



Revue 2010

Automne 2010 - Tome 69

De la pertinence et de la localisation du préjudice économique ou continu aux fins de la compétence internationale des tribunaux québécois

Gerald Goldstein

La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitation de la Cour suprême du Canada

Denis Nadeau

Les juristes de l'État et le Barreau : observations de droit comparé

Alejandra Boto Álvarez

La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités en Afrique – Le difficile passage de la rhétorique à la réalité

Amissi Melchiade Manirabona

Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois

Raphaël Lescop

Chronique

Droit constitutionnel. Luc Huppé

Barreau

du Québec



Le Fonds d'études juridiques du Barreau du Québec a contribué à la réalisation de cette publication

Publication du Barreau du Québec sous la direction du Comité de la Revue du Barreau

M^e Michel Deschamps, président

M^e Élise Charpentier

M^e Pierre Giroux

M^e Claude Laferrière

M^e François Montfils

M^e Alain-Robert Nadeau

M^e Hubert Reid

M^e Pierre Séguin

M^e Marc Sauvé, secrétaire

avec la collaboration de Mme Jocelyne Major, du Service de recherche et législation, Barreau du Québec

Dans les études ou articles, l'exactitude des citations, des lois, des codes et de toute autre note ou référence relève de la seule responsabilité de l'auteur. Les opinions émises doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'abonnement annuel est gratuit pour les membres du Barreau du Québec qui en font la demande. Le montant de l'abonnement est prélevé à même le Fonds d'études juridiques, composé des intérêts des comptes en fidéicommiss des avocats. Le prix d'abonnement annuel pour les non-membres (public en général) est de 67\$ (plus taxes), et de 56\$ (plus taxes) pour les étudiants.

Envoi de Poste-publications
Enregistrement n° 40013642

Pour nous joindre :
Revue du Barreau,
445, boulevard Saint-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

Barreau du Québec
Service des communications
Édition: Les Éditions Yvon Blais Inc.

ISSN-383669-X

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2010

Bibliothèque et Archives Canada, 2010



Revue 2010
Automne 2010 - Tome 69

De la pertinence et de la localisation du préjudice économique
ou continu aux fins de la compétence internationale des
tribunaux québécois

Gerald Goldstein 169

La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du
travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur
la valse-hésitation de la Cour suprême du Canada

Denis Nadeau 219

Les juristes de l'État et le Barreau :
observations de droit comparé

Alejandra Boto Álvarez 251

La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités
en Afrique – Le difficile passage de la rhétorique à la réalité

Amissi Melchiade Manirabona 277

Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* :
la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de
l'irrecevabilité partielle en droit québécois

Raphaël Lescop 317

CHRONIQUES

Droit constitutionnel. Une immunité judiciaire sans limite ?

<i>Luc Huppé</i>	363
Index des auteurs	371
Index analytique.	381
Table de la jurisprudence commentée	383
Table de la législation commentée	391

De la pertinence et de la localisation du préjudice économique ou continu aux fins de la compétence internationale des tribunaux québécois

Gerald GOLDSTEIN

Résumé

Afin de ne pas donner trop souvent aux tribunaux québécois en situation internationale l'occasion d'utiliser la théorie du *forum non conveniens* (art. 3135 C.c.Q.), ayant pour but de leur permettre de ne pas exercer leur compétence lorsqu'elle est considérée exorbitante, une tendance jurisprudentielle se manifeste, en cas d'action personnelle à caractère patrimonial, qui interprète la disposition de principe à ce sujet (art. 3148 C.c.Q.) de manière restrictive. Cet article présente en effet des possibilités de compétence exorbitante, notamment si l'on invoque que la partie *demanderesse* subit un dommage au Québec du fait qu'elle y a son établissement et que son patrimoine s'y trouve.

Depuis le jugement rendu en 2001 dans l'affaire *Québécor Printing Memphis Inc. c. Regenair*, de sérieuses divergences d'opinions se manifestent en jurisprudence dans cette hypothèse, aussi bien en Cour supérieure qu'en Cour d'appel. Ce conflit concerne, en matière contractuelle ou extracontractuelle, la pertinence du fait qu'un préjudice économique ou continu serait subi au Québec pour asseoir la compétence de ses tribunaux.

Cette étude, visant à favoriser une interprétation large de la compétence des tribunaux québécois, a pour objectif de présenter le débat de manière structurée afin de suggérer des éléments de solution permettant de se sortir de cette situation conflictuelle.

Après un exposé du conflit, elle présente les arguments qui devraient justifier la compétence québécoise dans cette situation.

Afin d'écartier cette compétence, on invoque l'inutilité des autres rattachements de l'article 3148 C.c.Q. si l'on utilise le préjudice économique ou continu comme fondement. Mais cet argument n'est pas convaincant : c'est une simple conséquence de la formulation alternative et sans hiérarchie des facteurs énoncés dans cette disposition. De plus, il est très possible qu'aucun préjudice ne soit subi au Québec, ce qui conserve toute la pertinence aux autres rattachements de l'article 3148 C.c.Q.

En pratique, en prenant le point de vue du défendeur, on veut éviter le caractère exorbitant de cette compétence et l'imprévisibilité qui en résulte. Pourtant, si le rattachement par le fait de subir un tel préjudice au Québec peut correspondre à la compétence du tribunal du domicile du demandeur, son caractère exorbitant est discutable puisque sa pertinence ne résulte pas nécessairement d'un désir de lui assurer un avantage procédural, mais du fait qu'il est le lieu de réalisation du dommage. Ce choix du codificateur s'inscrit dans une tendance internationale favorable à l'élargissement des compétences juridictionnelles. Impliquant une conception souple de la compétence, elle trouve sa limite dans la théorie du *forum non conveniens*. Cette logique de complémentarité entre l'admission d'une large compétence souple et l'adoption du *forum non conveniens* est illustrée par le fait que les systèmes de droit civil qui ne l'admettent pas sont forcés de restreindre de manière rigide la compétence en cas de préjudice économique au lieu du premier impact pour éviter les possibilités de compétences multiples.

Quant à l'objectif de prévisibilité, de l'avis de l'auteur, cette préoccupation n'est pas envisagée comme primordiale dans l'article 3148(3) par rapport à la protection de la victime.

La position opposée, favorable à une large compétence, peut se fonder sur l'absence de spécificité du préjudice financier, qui n'est pas différent par sa nature d'un autre dommage, comme le préjudice corporel ou moral, et son caractère immatériel n'a pas rendu impossible pour autant de localiser un préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation, ni un préjudice à la réputation. Le caractère fongible de la compensation monétaire du préjudice renforce cet argument.

On peut aussi critiquer la confusion entre la faute et le préjudice, entretenue par la position restrictive, du fait de la rétentio exclusive du lieu du premier impact comme chef de compétence. La position mesurée du droit suisse et celle obstinément restrictive du droit européen suggèrent des éléments intéressants de comparaison à ce propos pour le droit québécois, qui ne devrait pas distinguer entre dommage économique direct ou indirect étant donné la formulation de l'article 3148(3) C.c.Q., encore qu'une analyse en terme de lien de causalité puisse apporter un éclairage utile sur le débat jurisprudentiel. La position restrictive québécoise admettant cette distinction oblige aussi à passer par cet exercice d'analyse du lien de causalité *au stade de la détermination de la compétence du tribunal*, alors qu'elle trouverait plus logiquement sa place à celui du *forum non conveniens*.

Dans cette perspective, on peut finalement critiquer l'utilisation d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application de l'article 3148(3) C.c.Q.

En tout cas, pour harmoniser la jurisprudence, les tribunaux québécois doivent s'entendre sur le fondement à la compétence – protection de la victime ; bonne administration de la justice ou prévisibilité – choisie par le codificateur dans l'article 3148(3) du fait pour la victime de subir un préjudice au Québec.

De la pertinence et de la localisation du préjudice économique ou continu aux fins de la compétence internationale des tribunaux québécois

Gerald GOLDSTEIN*

INTRODUCTION	175
Section 1 : Le conflit jurisprudentiel	176
Par. 1. De la pertinence du préjudice économique en matière extracontractuelle	178
Par. 2. De la pertinence du préjudice économique en matière contractuelle	181
Par. 3. De la pertinence du préjudice corporel continu	185
Section 2 : Justifications de la compétence fondée sur le préjudice au Québec	187
Par. 1. Discussion des motifs défavorables à la compétence	188
A. De l'inutilité des autres rattachements	188
B. De la compétence exorbitante et de ses palliatifs	189
1. De la compétence exorbitante fondée sur le domicile du demandeur	190

* Docteur en droit (McGill), professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

2.	De l'utilité de la théorie du <i>forum non conveniens</i>	192
C.	De la prévisibilité et de la justice	194
1.	La prévisibilité en droit interne	195
2.	La prévisibilité en droit international privé	195
Par. 2.	Exposé des motifs justifiant la compétence . . .	197
A.	De l'absence de spécificité du préjudice financier	197
1.	Caractère immatériel du préjudice.	198
2.	Caractère fongible de la compensation monétaire	199
B.	De la pertinence de l'exclusivité du lieu du premier impact	199
1.	Une position intermédiaire à la lueur du droit suisse.	200
2.	La position obsessionnellement restrictive du droit européen	201
3.	Distinction entre dommage direct et indirect en droit québécois	204
4.	Du lien de causalité entre la faute et le dommage subi au Québec	208
C.	De l'inexistence d'un pouvoir discrétionnaire dans l'article 3148(3) C.c.Q.	214
1.	De la confusion entre la règle de compétence et le pouvoir de la décliner	214
2.	De la détermination discrétionnaire du lieu du préjudice.	216
	CONCLUSION	217

INTRODUCTION

Depuis quelques années, en suivant les enseignements de l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*¹, les tribunaux québécois ont adopté une ligne directrice générale consistant à utiliser restrictivement le pouvoir discrétionnaire de décliner la compétence juridictionnelle selon la théorie du *forum non conveniens* (codifiée dans l'article 3135 C.c.Q.). Parallèlement, et en conséquence, une autre tendance se manifestant en cas d'action personnelle à caractère patrimonial vise à interpréter de manière restrictive l'article 3148 C.c.Q. (la disposition de principe)², de façon à ne pas donner trop souvent aux tribunaux l'occasion de devoir utiliser l'article 3135 C.c.Q. En effet, cet article 3148 C.c.Q. entraîne certaines possibilités de compétence exorbitante. L'un des cas discutables est celui où l'on invoque que la partie contractuelle *demanderesse* subit un dommage au Québec du fait qu'elle y a son établissement et donc que son patri-moine s'y trouve.

Dans ce cadre, une profonde divergence d'opinions jurisprudentielles touche la possibilité de se servir du fait qu'un préjudice économique ou continu serait subi au Québec pour asseoir la compétence des tribunaux, situation qui n'est pourtant pas exclue en principe par l'article 3148 C.c.Q. Ce conflit divise dans trois domaines non seulement les juges des cours inférieures mais aussi ceux de la Cour d'appel. On peut citer au moins une quinzaine d'arrêts allant dans un sens et une quinzaine d'autres allant en sens opposé.

Pour tenter de se sortir de cette situation, cette étude a pour objectif spécifique de présenter le débat de manière structurée

1. [2002] 4 R.C.S. 205, AZ-50154091, J.E. 2003-59.

2. Voir sur le sujet, notamment : H. Patrick GLENN, « Droit international privé », dans *La Réforme du Code civil*, tome 3, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 669 et s., n° 90 ; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, « Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La Réforme du Code civil*, *ibid.*, p. 801 et s., n° 445 et s. ; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Traité de droit civil. Droit international privé*, Tome 1, *Théorie générale*, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 146, p. 357-359 ; Tome 2, *Règles spécifiques*, 2003, p. 539-542, n° 377 ; G. SAUMIER, « Les limites de la compétence internationale des tribunaux québécois », (1999) 12.2 *Revue québécoise de droit international* 1, p. 3 ; C. EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, Wilson & Lafleur, 2001, p. 90-92.

afin de suggérer des pistes de réflexion, tout en visant plus généralement à favoriser une interprétation large de la compétence des tribunaux québécois. Après un exposé de ce conflit dans la jurisprudence (Section 1), nous examinerons les arguments qui, selon nous, devraient en principe justifier la compétence québécoise si un dommage de nature économique ou continu est subi au Québec (Section 2).

Section 1 : Le conflit jurisprudentiel

Par une rupture assez brusque avec les quelques arrêts qui avaient jugé en sens inverse avant elle³, depuis l'adoption de l'article 3148 C.c.Q. en 1994, la Cour d'appel, en 2001, dans *Québecor Printing Memphis Inc. c. Regenair inc.*⁴ ne s'est pas reconnue compétente pour connaître d'un litige né à l'occasion d'un contrat de vente et d'installation de machines à Memphis (Tennessee). Le vendeur intentait au Québec une action en paiement. Mais l'acheteur invoquait l'incompétence du tribunal québécois. En effet, selon lui, le vendeur n'avait subi aucun préjudice au Québec car « le dommage [...] étant étroitement lié au lieu du défaut de paiement, ce dommage [avait] également eu lieu à Memphis »⁵. Selon l'opinion de M. le Juge Philippon, dissident⁶ :

L'appelante reconnaît un certain courant de jurisprudence qui assimile les effets du non-paiement, l'appauvrissement, au préjudice au sens des articles 1458 et 3148 C.c.Q. et situe un tel appauvrissement au Québec [...].

La notion de préjudice s'attache intrinsèquement au patrimoine. En l'espèce, il s'agit du patrimoine de l'intimée affectée par le défaut de paiement auquel elle aurait droit. Cette atteinte est subie au lieu du domicile de l'intimée, à Ste-Rose, Ville de Laval.

Une telle application de la notion de préjudice peut entraîner la reconnaissance d'une compétence qui s'avère exorbitante. Si tel est

3. *MNC Consultants multi-national Inc. c. Dover Corporation*, C.S. (Montréal), 500-17-001977-977, 21 avril 1998, AZ-98021491, J.E. 98-1179, REJB 1998-06856, 21 avril 1998 ; *Larwex Entreprises Inc. c. Daniel*, C.S. (Montréal), 500-17-003544-981, 14 octobre 1998, AZ-98022025, J.E. 98-2189, REJB 1998-08882 (C.S.), 14 octobre 1998 ; *Gestion M.P.F. Inc. c. 9024-3247 Québec Inc.*, C.S. (Montréal) 500-05-002963-962, AZ-97021702, J.E. 97-1706, REJB 1997-07539, conf. par C.A. (Montréal) 500-09-005325-972, 9 décembre 1998.

4. [2001] R.J.Q. 966, 2001 CanLII 27960 (QC C.A.).

5. *Ibid.*, par. 26 de l'opinion de M. le juge Philippon.

6. *Ibid.*, par. 28, 31 et 32. Cette position confirmait la solution admise par les trois décisions antérieures citées ici à la note 3.

le cas, c'est au stade de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* que le problème doit être abordé [...].⁷

Au contraire, la majorité de la Cour n'a pas admis que l'inexécution du paiement d'une créance au Tennessee constituait un préjudice subi au Québec par le créancier du seul fait qu'il y avait son siège social. M. le juge Beauguard affirme de manière lapidaire⁸ :

[9] [...] le refus par Quebecor d'exécuter son obligation de payer à Memphis ne peut être tenu comme un fait dommageable survenu au Québec et le fait que Regenair, dont le siège social est au Québec, ne reçoit pas le paiement de sa créance, laquelle est payable à Memphis, ne fait pas qu'un préjudice a été subi au Québec.

[10] Si Regenair avait raison, la compétence des tribunaux du Québec serait automatique dans le cas où le demandeur est un résident du Québec et les autres chefs de compétence visés à l'article 3148 C.c.Q. seraient inutiles.

[11] Il n'y a pas lieu d'interpréter d'une façon large l'article 3148 du fait de l'existence de l'article 3135 C.c.Q. Ce dernier article trouve application une fois qu'on a constaté qu'interprété d'une façon raisonnable, l'article 3148 confère juridiction au tribunal québécois.

Ces deux positions opposées donnent lieu à des divergences au sein des cours québécoises. Certains arrêts, jusqu'à récemment assez majoritaires, comprenant plusieurs décisions de la Cour d'appel, suivent l'opinion de M. le juge Beauguard. D'autres, relativement minoritaires, suivent l'opinion dissidente de M. le juge Philippon. Après une première vague de décisions reprenant la position de M. le juge Beauguard sans trop la discuter, il semblerait que le courant opposé ait néanmoins survécu et résisté, malgré le poids des décisions d'appel successives⁹. Le débat s'est étendu à trois domaines : il se manifeste lors de l'évaluation de la pertinence du préjudice économique en matière quasi délictuelle

7. M. le juge Philippon nous citait alors : G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Traité de droit civil. Droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, note 2, p. 359.

8. *Ibid.*, par. 9 à 11 de l'opinion de M. le juge Beauguard.

9. Incidemment, ceci illustre bien le caractère civiliste du droit québécois puisque l'autorité d'un arrêt y dépend essentiellement du caractère persuasif de ses motifs, spécialement si la jurisprudence n'est *pas* constante. Sur ce sujet, voir A. MAYRAND, « L'autorité du précédent judiciaire en droit québécois », (1959-60) *Thémis* 69 ; J.L. BAUDOIN, « The impact of the Common Law on the Civilian System of Louisiana and Quebec », dans *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdiction*, par J. Dainow (éd.), Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1974, 1, p. 13-14.

(par. 1), et en matière contractuelle (par. 2) et de la pertinence du préjudice corporel continu (par. 3).

Par. 1. De la pertinence du préjudice économique en matière extracontractuelle

Nous exposerons, comme dans les deux autres situations ayant donné lieu au conflit, les décisions ayant refusé la compétence puis celles l'ayant acceptée.

En 2002, dans *Ace / Clear Defense Quebec c. Clear Defense et Martin*¹⁰, la Cour supérieure en citant l'opinion majoritaire dans l'affaire *Regenair*, refuse de prendre compétence en raison de la violation aux États-Unis par des parties apparemment établies en ce pays, d'un contrat de distribution exclusive, violation entraînant des dommages à un distributeur québécois, au motif suivant¹¹ :

Le fait que la demanderesse, dont le siège social est au Québec, est brimée par les gestes posés par les défendeurs aux États-Unis ne fait pas qu'un préjudice a été subi au Québec.

En 2008, dans *Bouchard c. Ventes de véhicules Mitsubishi du Canada inc.*¹², la Cour supérieure de Montréal a écarté l'idée selon laquelle le fait, pour une Québécoise, de payer 25 % plus cher son automobile au Québec en raison d'une entente internationale entre concessionnaires, suffisait à fonder la compétence du tribunal québécois. Selon la Cour, le préjudice économique ne serait pas suffisant pour respecter la condition de l'article 3148 C.c.Q.

De même encore, en 2008, dans *Option Consommateurs c. Infineon Technologies, a.g.*¹³, il s'agissait de savoir si l'achat par des Québécois de produits contenant une mémoire vive dont le prix aurait été haussé artificiellement par une entente aux États-Unis entre fabricants n'ayant ni établissement ni domicile au Québec, constituait un lien juridictionnel suffisant selon l'article 3148 C.c.Q. pour donner la possibilité aux acheteurs directs et

10. (29 avril 2002) C.S. Beauharnois, n° 760-05-003080-999, J.E. 2002-1017. Voir aussi : *Sorel-Tracy Terminal Maritime c. F.S.L. Ltd.*, C.S. (Québec), 200-05-014131-002, 26 février 2001, J.E. 2001-641 (C.S.) ; *Hyprescon c. Madison Chemical Industries Inc.*, C.S. (Montréal), 500-05-062158-009, 19 septembre 2001, J.E. 2001-1907 (C.S.).

11. *Ibid.*, n° 19.

12. 2008 QCCS 6033, J.E. 2009-333.

13. 2008 QCCS 2781, J.E. 2008-1432.

indirects de mémoire vive de faire entendre au Québec leur recours collectif contre les fabricants. Une Québécoise désignée pour intenter le recours avait acheté un ordinateur contenant la mémoire en cause de la compagnie Dell Computer, ayant son domicile en Ontario. Le paiement devait y être effectué. Le contrat fut conclu en Ontario. La cour admet que sur le sujet de la pertinence du préjudice économique comme chef de compétence, la jurisprudence est divisée¹⁴. Mais la cour refuse de se considérer compétente en se rangeant du côté de la tendance restrictive. Elle affirme¹⁵ :

L'appauvrissement de Cloutier ne saurait équivaloir à un préjudice au Québec pour donner compétence à nos tribunaux. Cela prendrait une interprétation trop large pour conclure ainsi.

Cette position restrictive a aussi été suivie en 2008 par la Cour supérieure dans *Muridal inc. c. Dion*¹⁶ et dans *Morin c. Canada (Procureur général)*¹⁷, ainsi qu'en 2009, dans *Forest Fibers inc. c. Newport CH International, l.l.c.*¹⁸.

Au contraire, certains autres arrêts adoptent la position minoritaire du juge Philippon dans l'affaire *Regenair*.

Ainsi, en 2005, dans *Sterling Combustion inc. c. Roco Industrie inc.*¹⁹, la majorité de la Cour d'appel, a estimé, pour se considérer compétente en vertu de l'article 3148 C.c.Q., qu'un vendeur québécois subissait un préjudice au Québec du fait qu'il avait dû y réparer à ses frais une machine vendue à un acheteur québécois, à cause d'un fabricant ontarien (le défendeur) qui avait fourni des pièces défectueuses. Il s'agissait là aussi évidemment d'un préjudice économique.

Dans la même optique, dans *Groia c. Cinar Corporation*²⁰, la Cour d'appel confirme en 2008 une décision de la Cour supérieure qui avait considéré qu'elle était compétente en raison du *préjudice financier* subi au Québec par le demandeur du fait de la violation par le défendeur en Ontario d'une injonction de type Mareva,

14. *Ibid.*, n° 88.

15. *Ibid.*, n° 106.

16. 2008 QCCS 3674, J.E. 2008-1722.

17. 2008 QCCS 1743, J.E. 2008-1057.

18. 2009 QCCS 1749, J.E. 2009-1112.

19. 2005 QCCA 662, J.E. 2005-1328.

20. 2008 QCCA 838, J.E. 2008-1056, conf. *Cinar Corporation c. Weinberg*, 2007 QCCS 5994, J.E. 2008-212.

ordonnée par un tribunal québécois. Malgré cette injonction, le défendeur avait signé des chèques en Ontario qui, en l'es-pèce, aboutissaient à dilapider les fonds d'une compagnie contre laquelle un recours avait été intenté. La Cour supérieure avait affirmé, pour justifier sa compétence²¹ :

Que ce soit sur le plan de la perte du bénéfice de l'injonction comme le soutient Cinar ou au plan d'une perte économique qui résulterait de la dilapidation des fonds détenus par Groia, sans autorisation du Tribunal, de toute évidence c'est au Québec que Cinar subit un pré-judice s'il en est un. C'est au Québec qu'elle a son siège social et fait principalement affaires.

En Cour supérieure, dans le même sens, on peut aussi citer les arrêts rendus dans les affaires *4041992 Canada Inc. v. 1172535 Ontario Inc.*²² en 2004 et *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*²³, en 2006. Plus récemment, en 2009, dans *MP3 Networks Ltd. c. Peña*²⁴, la Cour supérieure se déclare compétente sur une allégation de fraude au motif suivant²⁵ :

L'entreprise qui subit des dommages par suite de la violation de ses droits d'auteurs ou marques de commerce subit nécessairement un préjudice, tout au moins partiellement, à l'endroit où est situé son siège social.

Saisie d'une requête dans le cadre d'un recours collectif, la cour d'appel en 2010 admet aussi que le préjudice financier subi par des consommateurs suffisait à fonder la compétence du tribunal québécois dans l'arrêt *British Airways, p.l.c. c. Option Consommateurs*²⁶.

Le même conflit touche les actions en matière contractuelle.

21. *Ibid.*, n° 20 et 21.

22. *4041992 Canada Inc. v. 1172535 Ontario Inc.*, C.S. (Montréal), n° 500-17-021242-048, 1^{er} octobre 2004, J.E. 2004-2121 (C.S.).

23. 2006 QCCS 2475, J.E. 2006-1080.

24. 2009 QCCS 4531, J.E. 2009-2019.

25. *Ibid.*, n° 33.

26. *Option Consommateurs c. British Airways, p.l.c.*, 2010 QCCA 1134, J.E. 2010-1160 ; AZ-50645903, conf. 2010 QCCS 140, J.E. 2010-587, au n° 9 : « La participation à un complot constitue au sens du Code civil du Québec une faute extra contractuelle pouvant engager la responsabilité des participants. Puisque parmi les victimes du complot, ils s'en trouvent au Québec, soit les résidents du Québec qui ont contracté avec [British] Airways et qui ont alors [payé] un prix artificiellement gonflé par suite de manœuvres illégales impliquant Virgin, ces personnes ont subi au Québec un préjudice (art. 3148(3) C.c.Q.) dont la cause est reliée aux gestes de Virgin ».

Par. 2. De la pertinence du préjudice économique en matière contractuelle

La Cour d'appel a repris l'opinion majoritaire de l'affaire *Regenair* dans *Foster c. Kaycan Ltd.*²⁷. Il s'agissait du non-respect en Ontario par un certain Foster, à titre de représentant, d'un contrat de travail prévoyant une clause de non-concurrence avec son employeur Kaycan Ltd., une compagnie ayant son siège social au Québec. La compagnie disait avoir subi des préjudices au Québec résultant du geste de Foster en Ontario. La Cour supérieure admet la compétence québécoise fondée sur ce dommage, mais la Cour d'appel infirme la décision en se fondant sur *Regenair*, sans aucune discussion.

En 2004, dans *Banque de Montréal c. Hydro Aluminum Wells Inc.*²⁸, la Cour d'appel du Québec confirme la position majoritaire et refuse de considérer que le préjudice financier subi par le demandeur au Québec constituait un chef de compétence valide. Comme dans l'affaire *Regenair*, il s'agissait du cessionnaire d'un vendeur québécois en faillite qui, n'ayant pas été payé par un acheteur établi aux États-Unis, intentait une action au Québec.

De même, dans *Richelieu Projects Inc. c. Western Rail Inc.*²⁹, la Cour d'appel affirme en 2006 que l'inexécution d'une obligation de livraison au Chili, due par une compagnie domiciliée dans l'État de Washington à sa cocontractante domiciliée au Québec, donc le préjudice économique, ne suffit pas à fonder la compétence du tribunal québécois au motif³⁰ :

[...] si Richelieu Projects avait raison, la compétence des tribunaux du Québec serait automatique dans le cas où le demandeur est un résident du Québec et les autres chefs de compétence visés à l'article 3148 C.c.Q. seraient inutiles. Le fait que la perte pécuniaire sera probablement comptabilisée à Montréal n'est pas un facteur attributif de compétence au sens du paragraphe 3148(3) C.c.Q.

27. C.A. (Montréal), n° 500-09-011224-011, 14 décembre 2001, AZ-02019017, J.E. 2002- 163.

28. C.A. (Montréal), n° 500-09-012647-020, 2 mars 2004, 2004 CanLII 12052 (QC C.A.).

29. 2006 QCCA 840, J.E. 2006-1282.

30. *Ibid.*, au n° 7.

La Cour d'appel a réaffirmé (bien que très incidemment) cette position en 2009 dans l'arrêt *PS Here, LLC c. Fortalis Anstalt*³¹.

Cette position restrictive est suivie par certaines cours inférieures. Ainsi, dans *Énergie innovation Ecotech inc. c. Apkon Engineering*³², la Cour supérieure considère en 2005 que le seul préjudice économique, subi par une compagnie québécoise, qui avait sous-traité à une compagnie ontarienne une commande de systèmes électriques à installer dans un stade new-yorkais, ne suffisait pas à fonder sa compétence. Au même effet, on peut encore citer l'arrêt rendu par la Cour supérieure en 2006 dans l'affaire *Quebecor World Inc. c. Union Capital Corporation*³³ et par la Cour du Québec en 2007 dans *Komunik inc. c. Childs*³⁴. Dans cette dernière affaire, le défaut en Ontario par une ex-employée ontarienne d'une compagnie québécoise de lui rendre une commission et certains biens utilisés dans son emploi ne fut pas considéré comme un préjudice subi au Québec, même si ce refus « affecte nécessairement le patrimoine de la demanderesse »³⁵. Sans nier l'existence d'un préjudice financier, on refuse ainsi qu'un appauvrissement au Québec suffise à donner compétence aux tribunaux québécois.

Toutefois, à cette proposition discutable, on peut opposer d'autres arrêts aussi rendus en matière contractuelle.

L'un des arrêts sur lesquels M. le juge Philippon se fondait pour aboutir à sa solution favorable à la compétence du tribunal québécois fut la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Larwex Entreprises Inc. c. Daniel*³⁶. Le demandeur réclamait au

31. 2009 QCCA 538, AZ-50545651, J.E. 2009-634 (au n° 40) : « si tel est le cas, toute banque québécoise, impayée par une entreprise québécoise devenue insolvable, pourrait poursuivre au Québec les débiteurs de cette dernière où qu'ils soient situés dans le monde ! ». En l'espèce, seule une compagnie québécoise en faillite était indirectement concernée dans une poursuite engagée par une compagnie étrangère contre deux autres compagnies, l'une californienne, l'autre de Colombie-britannique. En conséquence, la proposition énoncée par M. le juge Dalphond nous paraît être une extrapolation à partir d'une situation différente de l'espèce. Dans cette optique, il s'agissait d'un *obiter dictum*.

32. C.S. (Montréal), n° 500-17-022941-044, 14 janvier 2005, J.E. 2005-543 (C.S.).

33. 2006 QCCS 3820, J.E. 2006-1545.

34. 2007 QCCQ 3222, J.E. 2007-34.

35. *Ibid.*, au n° 44.

36. Précité, note 3. Voir aussi *Gestion M.P.F. Inc. c. 9024-3247 Québec Inc.*, précité, note 3, et *MNC Consultants multi-national Inc. c. Dover Corporation*, précité, note 3, arrêts sur lesquels la cour se fonde dans cette affaire.

Québec le paiement de certaines sommes relatives à des investissements dans l'État de New York et des chèques ne lui avaient pas été livrés. M. le juge Guthrie admet la compétence du tribunal québécois en affirmant³⁷ :

Il est évident que le non-respect d'une obligation contractuelle constitue un préjudice au sens de l'article 1458 C.c.Q. Même si les paiements étaient effectués au moyen de chèques tirés par le défendeur sur son compte à New York, l'on ne doit pas confondre **lieu de paiement** et **préjudice**. Même si la faute du défendeur a été commise hors du Québec, c'est au Québec que les demandeurs ont subi un préjudice, soit leur appauvrissement causé par le non-paiement de l'obligation du défendeur.

Dans *9044-2237 Québec inc. c. Festival Western de St-Quentin inc.*³⁸, une affaire datant de 2004, la Cour du Québec a considéré que les tribunaux québécois étaient compétents sur un litige relatif à l'inexécution d'un contrat de service conclu entre un défendeur domicilié au Nouveau-Brunswick et un demandeur québécois. Le défendeur n'avait pas donné suite à son contrat au Nouveau-Brunswick, alors que le demandeur québécois avait déjà engagé des frais pour se préparer à l'exécuter. La Cour considère donc que des dommages étaient subis au Québec, ce qui suffisait à donner compétence aux tribunaux québécois selon l'article 3148-3^o.

Il fut décidé de la même façon en 2006 dans *Gentec inc. c. Eecol Electric Inc.*³⁹, un litige entre une compagnie québécoise qui devait fournir du matériel électrique à une compagnie albertaine. Celle-ci annule la commande alors que le fabricant avait déjà commencé la production. La Cour supérieure se considère compétente en vertu de l'article 3148 C.c.Q. étant donné que la compagnie québécoise avait conclu des sous-contrats relatifs à la commande et devait l'entreposer, ce qui occasionnait des « frais qui contribuent à l'appauvrissement de la compagnie », donc « [17] Puisque le siège social de Gentec se situe au Québec, [...] c'est à cet endroit que le préjudice est subi ». Toutefois, se fondant sur l'article 3135 C.c.Q., la Cour renonce à exercer sa compétence en considérant l'ensemble des circonstances. Cette démarche nous paraît irréfutable.

37. *Ibid.*, à la p. 10 [AZ-98022025].

38. C.S. Laval, 540-32-014081-044, 24 février 2004, AZ-50228105, J.E. 2004-835 (C.Q.).

39. 2006 QCCS 2134, J.E. 2006-953.

Dans *Filmar Sportswear Canada Inc. c. Lil Heming*⁴⁰, la Cour supérieure de Montréal considère qu'elle était compétente pour entendre une action relative à l'inexécution d'un contrat de la part d'une représentante en Alberta. Celle-ci avait promis de continuer de travailler pour la demanderesse, compagnie québécoise qui avait acheté la société ontarienne par laquelle la représentante était employée. Toutefois, elle n'expédie pas les commandes de ses clients à la compagnie québécoise mais à d'autres, alors qu'elle avait affirmé en détenir pour une valeur de plus de 300 000 \$ lors de l'achat de la société. La Cour affirme, pour décider que le préjudice était subi au Québec, ce qui justifiait sa compétence⁴¹ :

Plusieurs facteurs de rattachement peuvent servir à établir le lieu où le préjudice a été subi. Le facteur de l'appauvrissement au Québec ne suffit pas en lui-même, de la même façon que le seul lieu du siège social n'est pas non plus un facteur déterminant. C'est l'ensemble des facteurs et des circonstances qu'il faut évaluer. [...] Dans le cas qui nous occupe, les faits énoncés dans la déclaration indiquent que les commandes obtenues [...] auraient dû être livrées au Québec. [...] La déclaration mentionne que la demanderesse a reçu des annulations de commandes qu'elle avait déjà obtenues de certains clients. Nul doute que c'est au Québec que ces annulations ont été reçues et que la perte de clients s'est matérialisée. [...] C'est aussi au Québec que les commandes auraient vraisemblablement été exécutées et où la perte monétaire se concrétisera.

La Cour supérieure tente ici de présenter une approche plus structurée de la tendance opposée amorcée par l'arrêt *Regenair* : *l'appauvrissement ne suffirait pas* pour donner compétence, mais il faut envisager *l'ensemble des circonstances* pour déterminer où le préjudice est subi.

Pourtant, l'article 3148 C.c.Q. n'exige que la preuve d'un préjudice au Québec. Or, on ne voit pas comment un appauvrissement au Québec pourrait *ne pas constituer en lui-même un tel préjudice*. C'est d'ailleurs l'opinion de M. le juge Daniel Payette dans l'affaire *Option Consommateur c. British Airways*⁴² rendu en 2010. Dans le contexte d'un recours collectif intenté par un consommateur qui estimait avoir payé trop cher son billet d'avion

40. C.S. (Montréal), n° 500-17-023103-040, 14 novembre 2005, J.E. 2006-11 (C.S.).

41. *Ibid.*, aux n° 18 et s.

42. Précité, note 26, conf. par 2010 QCCA 1134 (M. le juge Dalphond se fonde plutôt sur l'article 3148(2) C.c.Q.).

en raison d'une entente entre des compagnies de transport aérien, la Cour supérieure a affirmé (au sujet de l'opinion majoritaire dans l'affaire *Regenair*)⁴³ :

Il ne faut pas conclure de cette décision qu'un dommage économique, une perte pécuniaire n'est pas, in se, un préjudice au sens de l'article 3148(3) C.c.Q. Ce qui importe est qu'il doit avoir été subi au Québec pour constituer un facteur de rattachement valable. [...] Ce qui importe n'est pas la nature du préjudice subi, mais qu'il l'ait été au Québec.

Ainsi, selon cette proposition rationnelle, il ne faut pas aller jusqu'à dire qu'un préjudice financier ou économique n'est pas un préjudice étant donné que le Code civil, notamment l'article 3148 C.c.Q., ne fait aucune différence entre les types de préjudice. En l'espèce, la Cour admet *a priori*, qu'un tel préjudice fut subi au Québec. Selon elle, en matière contractuelle, le préjudice se matérialise non pas au lieu de conclusion du contrat, mais au moment et au lieu de l'exécution de l'obligation à l'origine du préjudice⁴⁴. Le paiement du billet d'avion ayant eu lieu au Québec, au domicile du débiteur, en application de l'article 1566 C.c.Q., le préjudice (au moins son premier impact) y était subi.

Par. 3. De la pertinence du préjudice corporel continu

Le même débat touche le cas de préjudice corporel continu.

Dans *Nosseir c. Vacances Transat Holidays inc.*⁴⁵, la Cour supérieure considère qu'elle n'est pas compétente pour entendre une action en responsabilité civile extracontractuelle de la part d'une touriste québécoise contre le propriétaire d'un bateau à moteur qui l'avait blessée en République dominicaine. Elle estime que le préjudice, initialement subi dans ce dernier pays, puis subi de manière continue chez elle au Québec, ne suffisait pas, selon l'article 3148 C.c.Q. Elle estime qu'il n'y avait pas de lien réel et substantiel avec le tribunal québécois, mais plutôt avec le tribunal dominicain.

43. *Ibid.*, au n° 39.

44. *Ibid.*, au n° 65 : « la Personne désignée allègue avoir accepté de payer un prix trop élevé pour les billets en raison d'un complot ourdi par les Intimées. C'est donc au moment et au lieu de l'exécution de son obligation contractuelle, le paiement, que son dommage s'est cristallisé ».

45. 2009 QCCS 1607, J.E. 2009-1065.

Finalement, elle justifie ainsi sa solution⁴⁶ :

[...] le présent Tribunal ne peut conclure que toutes victimes de blessures corporelles résidant au Québec pourraient poursuivre ici la personne physique ou morale où qu'elle soit dans le monde et pour un incident ou accident qui survient dans n'importe quel pays.

Comme on le constate, en définitive, cette tendance jurisprudentielle restrictive rejette la conception d'un droit international privé moderne admettant de larges compétences juridictionnelles, sous réserve d'un pouvoir discrétionnaire exceptionnel de ne pas les exercer, complétées par des règles de conflit qui ne favorisent pas la loi du for.

En l'espèce, contrairement à l'opinion de la Cour, on peut justifier cette interprétation large de la compétence internationale. Il est indiscutable que la société québécoise subira des conséquences importantes du fait de la blessure de la touriste qui réclamait plus de 200 000 \$ de dommages, notamment si elle utilise le système de santé québécois ou si elle reçoit des prestations de chômage subventionnées par les impôts locaux. À notre avis, ces faits justifient amplement la compétence du tribunal québécois et, *a priori*, on ne voit pas pourquoi on devrait mieux protéger les droits de l'auteur du dommage que ceux de la victime.

Heureusement, la Cour d'appel a récemment infirmé cette décision⁴⁷. M. le juge Michel Robert a affirmé⁴⁸ :

[...] il appert que la partie la plus importante du préjudice a été subie au Québec (Art. 3148(3) C.c.Q.) conférant ainsi compétence aux tribunaux québécois [...].

Dans le même sens, on trouve l'important arrêt rendu en 2007 dans l'affaire *D'Amours et Mongeon c. Transat Tours*⁴⁹. Des touristes québécois séjournent en Jamaïque dans un hôtel où les employés répandent des pesticides toxiques. Ils ressentent immédiatement des malaises. Après leur retour au Québec, leur santé s'aggrave et ils affirment que leur exposition aux pesticides a également eu lieu au Québec, jusqu'au moment où ils détruisent les

46. *Ibid.*, au n° 33.

47. *Nosseir c. Sea Pro Divers, s.a.*, 2009 QCCA 2182 (CanLII).

48. *Ibid.*, au n° 2.

49. *D'Amours c. Transat Tours Canada inc.*, 2006 QCCS 3372, conf. par *Hoteles Decameron Jamaica Ltd. c. D'Amours*, 2007 QCCA 418.

vêtements qu'ils portaient en Jamaïque. La Cour supérieure, dont la décision est confirmée par la Cour d'appel, écarte l'argument de la défenderesse selon laquelle le préjudice n'aurait eu lieu qu'en Jamaïque, mais accepte sa compétence en se fondant sur l'article 3148 C.c.Q. La Cour d'appel affirme très justement :

[...] le préjudice corporel, sauf circonstances exceptionnelles, apparaît au lieu de commission de la faute. Dès lors, s'il n'est reconnu comme facteur de rattachement à une juridiction qu'au lieu d'apparition du premier malaise, non seulement cessera-t-il d'être un critère autonome de compétence, mais il deviendra inutile parce qu'il se confondra à celui de la faute [...]. Cette interprétation introduit donc une distinction entre le préjudice corporel et les autres espèces de préjudice, ce qui a comme corollaire de soustraire au préjudice corporel sa caractéristique de singularité. Or, le Code ne distingue pas les types de préjudice et, conséquemment, leur attribue tous, qu'il soit matériel ou corporel, la même valeur à titre de critère à la reconnaissance de la compétence internationale des tribunaux québécois.

Mais la Cour admet qu'en cas d'abus ou de compétence exorbitante, il y aura lieu d'utiliser la théorie du *forum non conveniens* (art. 3135 C.c.Q.)⁵⁰. Cette analyse nous semble correspondre exactement à la lettre et à l'esprit des dispositions en cause.

Comme on le constate, le conflit jurisprudentiel est donc sérieux. Pour essayer de favoriser sa résolution, revenons maintenant de manière systématique à l'analyse des arguments que l'on peut avancer pour refuser ou accepter la compétence des tribunaux québécois.

Section 2 : Justifications de la compétence fondée sur le préjudice au Québec

À première vue, le débat théorique semble assez équilibré puisqu'on avance de part et d'autre plusieurs motifs apparemment convaincants. L'argumentation défavorable à la compétence fondée sur le préjudice économique ou continu se fonde essentiellement sur trois motifs auxquels nous répondrons (par. 1), avant d'exposer trois arguments permettant de justifier la solution opposée (par. 2).

50. *Ibid.*, aux n° 27 et 28.

Par. 1. Discussion des motifs défavorables à la compétence

Sur le plan de la logique, on invoque l'inutilité des autres rattachements de l'article 3148 C.c.Q. si l'on se fonde sur le dommage économique ou continu subi au Québec (A). En pratique, en prenant le point de vue du défendeur, on veut écarter le caractère exorbitant de cette compétence (B) et l'imprévisibilité qui en résulte (C).

A. De l'inutilité des autres rattachements

L'argument avancé par la majorité de la Cour d'appel dans l'affaire *Québecor Printing Memphis Inc. c. Regenair inc.*⁵¹, repris par la suite dans de nombreuses affaires, notamment par la Cour d'appel dans *Banque de Montréal c. Hydro Aluminum Wells Inc.*⁵² et dans *Richelieu Projects Inc. c. Western Rail Inc.*⁵³, consiste à dire que la compétence des tribunaux du Québec serait automatique dans le cas où le *demandeur* subissant un préjudice est un résident du Québec et les autres chefs de compétence visés à l'article 3148 C.c.Q. (ou encore ceux prévus aux articles 3149 et 3150 C.c.Q.) deviendraient inutiles. Pourtant, à notre avis, cet argument n'est pas convaincant.

On peut répondre qu'il est très possible qu'aucun préjudice ne soit subi au Québec, mais que seul le domicile du défendeur y soit situé ou, encore, que seule la faute soit commise au Québec, ce qui conserve toute la pertinence aux autres rattachements de l'article 3148 C.c.Q.

De plus, on pourrait tout aussi bien dire que le même « problème » se produit avec les rattachements par *l'exécution d'une obligation au Québec*, par le domicile du *défendeur* ou même par la survenance *de la faute* au Québec. Il ne vient à l'idée de personne, dans ces cas, d'argumenter que chacun de ces rattachements supprime l'utilité des autres lorsqu'il est présent⁵⁴. Pourtant, on pour-

51. Précité, note 4.

52. Précité, note 28, aux n° 30 et 31 (2004 CanLII 12052).

53. Précité, note 29, au n° 7.

54. Voir toutefois l'opinion de M. le juge Brossard dans *Banque de Montréal c. Hydro Aluminum Wells Inc.*, précité, note 28, au n° 32, en se plaçant du point de vue de l'opportunité des critères des articles 3149 et 3150 C.c.Q. étant donné le facteur de l'exécution d'une obligation contractuelle dans l'article 3148(3) C.c.Q. Il est exact que certains cas de double emploi peuvent se matérialiser. Ceci tend à montrer

rait soulever l'argument que si la *faute* est survenue au Québec, cela supprime l'utilité d'une compétence fondée sur le domicile du défendeur⁵⁵... Ce faux problème résulte simplement de la formulation alternative et *sans hiérarchie* des facteurs énoncés dans la disposition en question. Il est vrai qu'on aurait pu prévoir une telle hiérarchie sur le modèle de l'article 129(2) de la loi suisse de 1987 *sur le droit international privé*⁵⁶ qui se lit ainsi (au sujet de la compétence « pour connaître des actions fondées sur un acte illicite ») (nos italiques) :

Lorsque le défendeur n'a ni domicile ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, l'action peut être intentée devant le tribunal suisse du lieu de l'acte ou du résultat.

En définitive, à notre avis, ce n'est pas parce qu'il supprimerait toute utilité aux autres rattachements que ces tribunaux ne veulent pas se servir du préjudice économique. Le Code civil comprend en effet un certain nombre d'incohérences. Cette tendance se fonde plutôt sur des motifs sous-jacents tenant au contenu de la disposition en cause. En écartant la règle de l'incompétence si le domicile du défendeur n'est pas au Québec, figurant au premier alinéa de l'article 3148 C.c.Q., ce rattachement par le préjudice serait susceptible de mener à une *compétence exorbitante* ou à une certaine *imprévisibilité*, conséquences défavorables au commerce international du Québec.

B. De la compétence exorbitante et de ses palliatifs

Partir du principe que la compétence fondée sur le seul préjudice subi au Québec serait exorbitante ne va pourtant pas de soi.

que le Code n'a pas totalement respecté la logique dans l'exposé des règles de compétence internationale. La source différente de ses inspirations et les diverses interventions successives lors de la codification peuvent expliquer ce manque de cohérence. Il s'agit essentiellement des travaux de l'O.R.C.C. et de la *Convention de La Haye de 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, (Rec. des conventions (1951-1988), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, p. 106) pour l'art. 3148 C.c.Q., des art. 114 et 115 de la loi suisse de 1987 (*Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*), R.O. 1988.1776, R.S. 291, <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/c291.html>> pour l'article 3149 C.c.Q. et des travaux de l'O.R.C.C. pour l'article 3150 C.c.Q.

55. Cf. A. BÜCHER et A. BONOMI, *Droit international privé*, 2^e éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 287, au n^o 1055.

56. Précitée note 54.

Dans l'affaire *Spar Aerospace*, en Cour suprême du Canada, M. le juge Lebel estime plutôt le contraire⁵⁷.

1. De la compétence exorbitante fondée sur le domicile du demandeur

Le rattachement par le fait que le préjudice est subi au Québec peut effectivement correspondre à la compétence du tribunal du domicile *du demandeur*. Il s'agit en principe d'une compétence exorbitante que l'on admet pour protéger certaines personnes en situation de faiblesse, comme le consommateur, dans l'article 3149 C.c.Q. Mais même de manière générale, en cas d'accident subi par une personne à l'étranger, il n'est pas si choquant de lui permettre de poursuivre chez elle l'auteur du dommage⁵⁸. En d'autres termes, le caractère exorbitant de la compétence même en ce cas est discutable puisque, s'il se confond éventuellement avec le domicile du demandeur, sa « valeur localisatrice » ne résulte pas nécessairement d'un désir de lui assurer un avantage procédural, mais du fait qu'il est véritablement le lieu de réalisation du dommage⁵⁹. C'est au fond la raison pour laquelle le codificateur l'a introduite dans l'article 3148 C.c.Q.⁶⁰, d'autant plus que le choix du seul rattachement par le lieu de la faute aurait été arbitraire⁶¹. Les arrêts rendus récemment au sujet du préjudice corporel continu subi au Québec, comme celui de la Cour d'appel dans

57. Précité, note 1, au par. 56 : « À l'examen du libellé même de l'art. 3148, on peut soutenir que la notion de « lien réel et substantiel » se trouve déjà subsumée sous les dispositions du par. 3148(3). En effet, chacun des motifs énumérés (la faute, le fait dommageable, le préjudice, le contrat) semble être un exemple de situations qui constituent un lien réel et substantiel entre la province de Québec et l'action. En fait, je doute que le demandeur qui réussit à prouver l'un des quatre motifs d'attribution de compétence, ne soit pas considéré comme ayant satisfait au critère du « lien réel et substantiel », du moins aux fins de la simple reconnaissance de compétence ». Voir aussi : *Option Consommateurs c. British Airways, p.l.c.*, 2010 QCCS 140, J.E. 2010-587, au n° 30.

58. Voir ainsi : H. GAUDEMET-TALLON, note sous *Cass. Civ. (1^{re} ch.)*, 24 mars 1987, *Rev. Crit. d. i. p.* 1987. 580, p. 582 : « Personnellement, en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, cette compétence du forum actoris ne nous semblerait pas choquante : pourquoi obliger la victime domiciliée en France qui, déjà, a eu la malchance d'avoir un accident à l'étranger, à aller plaider à l'étranger ? Cela nous semble très sévère... ».

59. H. MUIR WATT, note sous CJCE, 10 juin 2004, *Kronhofer*, aff. C-168/02, *Rev. Crit. d. i. p.* 327, p. 334, au n° 10.

60. À la suite de la jurisprudence européenne (voir notamment : CJCE, 30 novembre 1976, *Bier et Reinwater c. Mines de potasses d'Alsace*, aff. 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735 ; *Rev. Crit. d. i. p.* 1977.563, note P. Bourel ; JDI 1977.728, note A. Huet ; D. 1977.613, note G. Droz) sur laquelle nous allons revenir plus bas.

61. Voir A. HUET, note sous *Bier et Reinwater c. Mines de Potasses d'Alsace*, JDI 1977.728, p. 732.

l'affaire *Hoteles Decameron Jamaica Ltd. c. D'Amours*⁶², nous paraissent inspirés de cette idée.

Toutefois, pourquoi admettre le rattachement par le préjudice économique en matière commerciale, entre deux compagnies ? *A priori*, on ne favorise pas ainsi le commerce international. On peut d'ailleurs faire remarquer que la compétence fondée sur l'exécution (ou l'inexécution) d'une obligation au Québec (art. 3148(3)) risque aussi de matérialiser la compétence du demandeur en matière contractuelle.

Il reste qu'il ne paraît pas fondamentalement injuste selon les conceptions actuelles de la responsabilité civile de répartir les risques d'une relation internationale quelconque en favorisant plutôt la victime d'un préjudice que son auteur⁶³, au moins au stade de la compétence internationale du tribunal. Ainsi, cette position ne semble pas faire l'objet de critique lorsqu'il s'agit de diffamation ou de préjudice à la réputation en général.

*Ce choix du codificateur s'inscrit dans une tendance internationale favorable à l'élargissement des compétences juridictionnelles*⁶⁴. Elle est fondée sur l'opportunité de protéger la victime, et non sur les vieux principes relatifs à l'allégeance au Souverain ou à son pouvoir, qui mènent à des rattachements rigides et peu pertinents. Placée dans une perspective d'opportunité ou de « justi-

62. Précité, note 49.

63. Voir : F. POCAR, « Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridiction », (1985-1986) *Trav. Com. fr. dr. int. priv.* 71, 75.

64. Cette large compétence de principe est d'autant plus justifiée que, dans l'affaire *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.* (2007 CSC 20, conf. *Transat Tours Canada Inc. c. Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V.*, J.E. 2006-716), la Cour suprême du Canada confirme un arrêt de la Cour d'appel qui avait considéré que les tribunaux québécois, compétents en vertu de l'article 3148-3^o, avaient en vertu du droit procédural québécois le pouvoir d'émettre une injonction à portée extraterritoriale au Mexique. Selon les juges, la difficulté à sanctionner un non-respect de son ordonnance ne constitue pas un facteur affectant ce pouvoir. Toutefois, ce fait peut entrer en ligne de compte lors de l'exercice de ce pouvoir, de manière à refuser de l'exercer selon la théorie du *forum non conveniens*. Par analogie, on peut en déduire que, même si seul le préjudice a lieu au Québec, ce qui rendrait tout jugement québécois difficile à faire exécuter à l'étranger, au lieu du domicile du défendeur, néanmoins, cette considération ne doit pas mener à écarter la compétence fondée sur l'art. 3148 C.c.Q. Au contraire, au stade de l'exception de l'art. 3135 C.c.Q., à la lueur des facteurs énumérés par la Cour d'appel dans l'affaire *Oppenheim Forfait GmbH c. Lexus Maritime inc.*, C.A. (Montréal), n^o 500-09-006253-983, 9 juillet 1998, on devra tenir compte de cet élément en analysant les critères n^o 8 (l'intérêt de la justice) et n^o 10 (la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger).

ciabilité », impliquant une conception souple de la compétence internationale, elle trouve une limite parfaitement efficace en cas de compétence exorbitante par le biais de la théorie du *forum non conveniens*.

2. De l'utilité de la théorie du *forum non conveniens*

Concrètement, en dehors des cas où la victime poursuit au Québec parce qu'elle n'aurait pas les moyens d'aller à l'étranger, au lieu de la faute, on peut envisager une tentation envers le forum shopping au Québec. Il se justifie par l'existence de certaines règles, notamment la possibilité des recours collectifs⁶⁵ et l'article 3128 C.c.Q. qui, en cas de responsabilité du fabricant, protège dans une certaine mesure la victime en lui donnant un choix de la loi applicable. L'article 3135 C.c.Q. pourrait donc être invoqué en cas de saisine « pathologique »⁶⁶ de manière à refuser totalement ou même partiellement d'exercer la compétence.

En effet, dans l'hypothèse où la compétence sur *l'ensemble du litige* fondée sur le dommage économique subi au Québec serait jugée exorbitante, on peut se demander si l'article 3135 C.c.Q. ne pourrait pas ou ne devrait pas justifier de limiter la compétence du tribunal québécois aux seules conséquences du préjudice subi au Québec, sans juger de celles découlant du préjudice survenu ou subi ailleurs⁶⁷. À supposer que l'article 3135 C.c.Q. présente cette souplesse – ce qui n'est absolument pas certain – si cette solution de déclinatoire partiel semble envisageable en matière de diffamation, et peut-être en cas de préjudice corporel continu ou aggravé en tenant compte de la durée de présence en un lieu, il n'est pas évident de dissocier géographiquement le dommage économique qui devrait normalement être subi en un seul endroit. De plus, cette dissociation multiplie les procédures, ce qui n'est pas un objectif souhaitable. Ce n'est d'ailleurs pas cette direction qu'a suivie la Cour d'appel dans l'affaire *Nosseir c. Sea Pro Divers*⁶⁸, en

65. Voir ainsi : *Option Consommateurs c. Infineon Technologies, a.g.*, précité, note 13.

66. Voir : *Cambior v. Recherches Internationales Quebec*, JE-98-1905, [1998] Q.J. n. 2544 (C.S.).

67. On rejoindrait ainsi la jurisprudence européenne : C.J.C.E., 7 mars 1955, *Shevill*, aff. C-68/93, Rec. 1995, I-415, D. 1996.63, note Parléani, Rev. Crit. d.i.p. 1996.487, note P. Lagarde, JDI 1996.543, note A. Huet. Comme il s'agissait d'une question de diffamation, il était relativement faisable de découper ainsi les dommages par pays.

68. Précité, note 47.

situation de préjudice corporel continu, puisqu'elle a justifié la compétence québécoise sur tout le litige, sans séparer entre le préjudice initialement subi en République dominicaine et son aggravation au Québec, au motif que « la partie la plus importante du préjudice a été subie au Québec »⁶⁹.

En tout cas, cette complémentarité logique entre l'admission d'une large compétence souple et l'adoption du *forum non conveniens* est illustrée par le fait que les systèmes de droit civil qui n'admettent pas cette théorie, comme le droit français ou le droit européen de la Convention de Bruxelles-Lugano, se voient forcés de restreindre de manière rigide la compétence en cas de préjudice économique au lieu du premier impact, pour éviter des possibilités de compétences multiples. Ils motivent cette solution pour des raisons de *bonne administration de la justice*⁷⁰. Cette préoccupation se retrouve aussi en droit québécois, mais sous la forme notamment du neuvième critère du *forum non conveniens*, tel qu'énoncé par la Cour d'appel dans l'affaire *Lexus Maritime inc.*⁷¹ Cette interprétation large *directement liée* à l'adoption de l'article 3135 C.c.Q. fut clairement admise par M. le juge Philippon dans l'affaire *Regenair* et par M. le juge LeBel en Cour suprême dans l'arrêt *Spar Aerospace*⁷².

Dans la même optique, plus subtilement, étant donné la structure de la règle de compétence internationale directe en droit de *common law* – l'exigence d'un *lien réel et substantiel*, elle-même fonction d'un examen de multiples circonstances –, M. le juge Sharpe, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Muscutt*, a expliqué que le fait de ne pas épuiser toute considération de « *fairness* » (que l'on peut rapprocher de la « *bonne administration de la justice* », ou que l'on peut traduire plus précisément par « *équité procédurale* ») au stade de l'analyse de la règle de compétence juridictionnelle permet de l'utiliser au stade suivant de l'analyse de la

69. Cette solution fondée sur une évaluation qualitative ou quantitative du préjudice entraîne une certaine imprévisibilité. On ne devrait en tout cas s'y prêter que dans le cadre de l'art. 3135 C.c.Q. et non dans celui de la compétence découlant de l'article 3148(3) C.c.Q.

70. Voir ainsi : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 689.

71. *Oppenheim Forfait GmbH c. Lexus Maritime inc.*, précité, note 64.

72. Précité, note 1, au par. 57 : « à mon avis, la doctrine du *forum non conveniens*, telle que codifiée à l'art. 3135, constitue un contrepoids important à la large assise juridictionnelle prévue à l'article 3148 ».

théorie du *forum non conveniens* et, ainsi, de *diminuer les exigences d'un lien réel et substantiel*, au premier stade⁷³.

On peut encore citer dans cette perspective l'article 6, al. 3 du Code belge de droit international privé de 2004. Il permet exceptionnellement au tribunal belge, auquel il est donné compétence par une clause d'élection de for, de décliner sa compétence lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente *aucun lien significatif* avec la Belgique. Ainsi, le seul cas où le droit belge envisage la possibilité d'un affaiblissement du lien réel et substantiel entre la Belgique et le litige, menant à utiliser une disposition que l'on pourrait qualifier de « cristallisation » de *forum non conveniens*, est celui où les parties passent une clause d'élection de for. Si l'on peut discuter de l'opportunité de cette règle en droit belge⁷⁴, on constate bien le lien étroit entre les deux éléments de l'équation : détermination d'un lien réel et substantiel moins fort et utilisation conséquente du *forum non conveniens*.

Il reste que, malgré le caractère exceptionnel de l'article 3135 C.c.Q., il donne un pouvoir discrétionnaire susceptible d'entraîner une imprévisibilité, ce qui nous amène au point suivant.

C. De la prévisibilité et de la justice

Il faut admettre que le préjudice continu ou par ricochet n'est pas aisé à prévoir pour le défendeur, qui doit pouvoir s'assurer. Il en est de même pour le préjudice financier, dans la mesure où la situation du préjudice de nature incorporelle subi par une personne morale, elle-même incorporelle, n'est pas facile à déterminer d'avance. Toutefois, il faut contrebalancer l'inconvénient subi par le défendeur par la position du demandeur au Québec selon les conceptions québécoises. Les objectifs en cause sont de nature

73. *Muscutt v. Courcelles*, (2002-05-29) ONCA C35934, au n° 45 (nous soulignons) : « [...] the residual discretion to decline jurisdiction [forum non conveniens] also suggests that the consideration of fairness and efficiency is not exhausted at the stage of assumed jurisdiction and that there is scope for considering these factors at the *forum non conveniens* stage. *The residual discretion therefore provides both a significant control on assumed jurisdiction and a rationale for lowering the threshold required for the real and substantial connection test* ».

74. En raison de l'imprévisibilité qu'elle entraîne en un domaine qui se prête extrêmement mal à ce caractère. Voir à ce propos : J. TALPIS et G. GOLDSTEIN, « The Influence of Swiss Law on Quebec's 1994 Codification of Private International Law », (2009) *XI YearBook of Private International Law* 339, p. 352.

matérielle : il faut savoir quelle est l'importance réelle ou la pertinence de la prévisibilité en matière de responsabilité civile, par rapport à un objectif de protection de la victime d'un fait dommageable.

1. La prévisibilité en droit interne

On doit d'abord rappeler qu'en droit québécois interne, dans la perspective moderne réparatrice ou compensatoire de la responsabilité civile, plutôt que répressive, la prévisibilité du dommage ne joue pas en tant que facteur principal en matière extracontractuelle. La prévisibilité et la justice se matérialisent dans l'exigence qu'il s'agisse d'un dommage *direct*⁷⁵, comme le prévoit l'article 1607 C.c.Q., ce qui se traduit par une recherche de lien de causalité entre la faute et le dommage. Cela simplifie les calculs, car, sinon, où arrêter la chaîne des conséquences d'un fait dommageable ? Par contre, en matière contractuelle, le dommage doit être prévisible en principe selon l'article 1613 C.c.Q. (sauf le cas de faute lourde ou intentionnelle).

2. La prévisibilité en droit international privé

En droit international privé classique, la prévisibilité en matière de conflit de lois dépend de la certitude qu'ont les parties de la loi applicable.

En droit québécois, en matière contractuelle, celle-ci peut être assurée par le respect des clauses de choix de la loi, prévu par l'article 3111 C.c.Q., et des clauses d'élection de for exclusif, ou par la soumission au tribunal québécois, éléments prévus par l'article 3148 C.c.Q. Depuis l'affaire *Grecon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*⁷⁶, le droit du Québec a suivi une ascension notable en cette direction, à partir de la déclaration par M. le juge LeBel de l'existence d'une hiérarchie des normes au sommet de laquelle on trouverait le principe du respect de la volonté des parties.

En matière extracontractuelle, la prévisibilité est assurée par la règle de conflit de l'article 3126 C.c.Q. En vertu de celui-ci, la loi applicable en principe à la responsabilité extracontractuelle

75. Baudouin, *La responsabilité civile*, 5^e éd., par J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, Éditions Yvon Blais, 1998, au n^o 221.

76. *Grecon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401.

est celle du lieu de la faute. Toutefois, en cas de dissociation entre ce lieu et celui du dommage, on applique la loi du lieu du préjudice *si l'auteur du dommage devait prévoir que ce préjudice s'y manifesterait*⁷⁷. De plus, dans le cas de la responsabilité du fabricant d'un bien meuble, la victime a le choix entre la loi du lieu d'achat et celle de l'établissement du fabricant selon l'article 3128 C.c.Q. Bien que le caractère alternatif de ces deux rattachements démontre sur ce point l'existence d'une politique québécoise de protection assez marquée⁷⁸, les rattachements en cause sont assez prévisibles pour le fabricant. On a donc visé dans les deux cas un équilibre entre les deux parties et les deux objectifs.

Il en résulte *a contrario* qu'en droit québécois, ce facteur de prévisibilité est essentiellement traité au plan de la loi applicable au fond du litige, puisqu'on ne trouve dans l'article 3148 C.c.Q. qu'une référence au lieu du préjudice au Québec sans l'assortir *sur ce plan* d'une condition de prévisibilité, ni d'une exigence que le dommage soit *directement lié à la faute*.

Dans cette optique, à l'opposé de ce qu'affirmait la Cour supérieure dans l'affaire *Nosseir c. Vacances Transat Holidays inc.*⁷⁹, il nous paraît sans inconvénient majeur de prendre compétence en cas d'accident survenu « n'importe où dans le monde » touchant une personne subissant son dommage au Québec. En effet, la loi désignée en ce cas par un tribunal québécois sera normalement la loi *étrangère* du lieu de l'accident, ce qui ne saurait surprendre ni l'auteur du dommage, ni la victime. De toute manière, sur ce plan aussi, s'il arrive en l'espèce que la loi du dommage n'est pas celle ayant objectivement les liens les plus étroits avec la situation, la clause échappatoire de l'article 3082 C.c.Q. permettra exceptionnellement de désigner celle qui respectera cette caractéristique. On retrouve sur ce point l'équivalent de la théorie *du forum non conveniens*.

Ceci démontre à notre avis que la prévisibilité en cas de compétence du tribunal québécois n'est pas une préoccupation consi-

77. Voir ainsi : *British Airways, p.l.c. c. Option Consommateurs*, 2010 QCCA 1134, au n° 9.

78. La disposition du droit suisse dont elle s'inspire, l'art. 135 de la loi de 1987, précité note 54, prévoit comme échappatoire à l'application de la loi du lieu d'acquisition la possibilité pour le fabricant de prouver que le produit y a été commercialisé sans son consentement, donc sans que cela soit intentionnel ni prévisible. Cette limite n'a pas été reprise en droit québécois.

79. Précité, note 45.

dérée comme primordiale dans la formulation de l'article 3148(3), de préférence à l'objectif de protection de la victime, puisque la faute autant que le préjudice fondent cette compétence. Exceptionnellement, elle trouve sa place au stade de l'analyse de la théorie du *forum non conveniens* de l'article 3135 C.c.Q. (notamment sous le facteur de l'avantage dont jouit le demandeur au Québec, ou sous celui de l'intérêt de la justice), ou, si le tribunal exerce sa compétence, dans le cadre des règles de conflit des articles 3126 et 3128 en général, et, tout aussi exceptionnellement, par le biais de la clause d'exception de l'article 3082 C.c.Q.

De toute façon, même si l'on avançait que la prévisibilité était un élément pertinent au plan de la compétence juridictionnelle, en matière contractuelle (comme dans l'affaire *Regenair*), on ne devrait certainement pas considérer d'un œil favorable un défendeur ayant refusé de payer son créancier, qu'il connaît évidemment, venir plaider au Québec que la perte financière au siège social de ce dernier était *imprévisible* pour lui ! Il n'y a donc aucune injustice à prendre compétence dans ces circonstances.

Par. 2. Exposé des motifs justifiant la compétence

La position minoritaire peut se fonder logiquement sur l'absence de spécificité du préjudice financier (A) et, au niveau théorique, sur la confusion que la rétention exclusive du lieu du premier impact comme chef de compétence entraîne entre la faute et le préjudice (B). Sur le plan de l'interprétation, on peut aussi critiquer l'utilisation d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application de l'article 3148(3) C.c.Q. (C).

A. De l'absence de spécificité du préjudice financier

Pour convaincre, ceux qui suivent la majorité de la Cour d'appel dans l'affaire *Regenair* devraient réussir à écarter l'argument d'interprétation évident selon lequel, d'une part, le texte même de l'article 3148 ne comporte aucune exclusion en fonction du type de préjudice, et, d'autre part, qu'il est impossible de *ne pas* qualifier une perte financière de préjudice. Pourtant, sans nier l'existence d'un préjudice financier, la plupart des arrêts s'inscrivant dans cette tendance affirment sans explication relative à sa nature que *ce type particulier* de préjudice ne peut fonder la compétence.

Il faut donc se demander en quoi le préjudice financier serait différent *par sa nature* d'un autre préjudice, comme le préjudice corporel ou moral.

1. Caractère immatériel du préjudice

La raison tient sans doute au caractère incorporel d'un tel préjudice, qui le rend plus difficile à localiser et qui implique surtout une localisation artificielle ou conventionnelle. Ceci pourrait justifier une certaine marge de manœuvre dans sa détermination. Nous reviendrons sur ce point en examinant la possibilité d'un pouvoir discrétionnaire intégrée dans l'article 3148 (au par. C). En pratique, ce caractère incorporel est toutefois partagé avec le dommage moral qui pourrait aussi fonder la compétence internationale du tribunal québécois. On peut rappeler à ce propos que la Cour suprême du Canada a admis dans l'affaire *Spar Aerospace* que le *préjudice à la réputation* de l'établissement québécois avait été subi au Québec, à la suite du refus par une compagnie américaine de payer des primes de rendement à *Spar*, domiciliée en Ontario... On ne voit pas très bien ce qui imposerait un traitement si différent entre le préjudice à la réputation, partageant ce caractère immatériel, qui *va nécessairement se faire sentir au plan financier*, censé être subi au lieu de l'établissement visé (équivalent en l'espèce au domicile d'une entité économique sans personnalité morale), et un dommage « purement » économique dû à une faute contractuelle comme l'absence de paiement ou de transfert de commandes.

Malgré des difficultés spécifiques, il n'est donc pas impossible de localiser un tel préjudice économique, pas plus qu'il n'a été impossible de localiser un préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation ou d'une abstention, ou encore un préjudice à la réputation. Le récent arrêt rendu dans l'affaire *National Bank of Canada c. Weir*⁸⁰ en fournit une bonne illustration. Le défendeur publiait sur un site web, maintenu en fonction par une compagnie ayant son siège en Colombie britannique, des propos affectant la réputation au Québec d'une banque et de ses employés. La Cour supérieure a accepté sa compétence, qu'elle a fondé sur le préjudice à la réputation subi au Québec, pour émettre une injonction de cesser de publier de tels propos, tout en rendant une décision condamnant le défendeur à des dommages punitifs.

80. 2010 QCCS 402, J.E. 2010-588, [2010] R.J.Q. 823, [2010] R.R.A. 164.

En ce qui concerne les personnes physiques, on cherche à les localiser au moment du préjudice (au lieu de leur résidence, dans *National Bank of Canada c. Weir*). Par analogie, dans le cas des personnes morales, en matière de préjudice financier, on peut les localiser par leur siège social.

D'ailleurs, la *prévisibilité* en ce dernier cas est probablement plus importante que celle qui résulte d'une situation de dommage corporel continu, ce qui devrait convaincre d'étendre au premier les solutions données à ce dernier (notamment dans l'arrêt *Hoteles Decameron Jamaica Ltd. c. D'Amours*)⁸¹.

2. Caractère fongible de la compensation monétaire

L'absence de spécificité du traitement que devrait recevoir le dommage économique dans le cadre de l'article 3148 est aussi justifiée du fait qu'en cour, la plupart des préjudices, même corporels, sont évalués monétairement. Comme l'expliquent si simplement Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers⁸² :

C'est l'argent qui sert de valeur de remplacement.

Néanmoins, certaines cours suivant la tendance restrictive ne semblent pas vouloir se fonder sur le préjudice « purement » économique, comme si elles refusaient de tenir compte du préjudice *directement* matérialisé par une perte financière, par opposition à une perte physique corporelle ensuite traduite en argent. Fonder une telle différence de régime, au plan de la compétence juridictionnelle, ne saurait évidemment convaincre aucun économiste.

En définitive, cette question doit être envisagée sous l'angle de la chaîne des événements menant à la responsabilité civile, ce qui est l'objet du point suivant.

B. De la pertinence de l'exclusivité du lieu du premier impact

Il n'est pas exceptionnel que les divers éléments nécessaires à fonder la responsabilité civile entraînent un débat sur leur perti-

81. Précité, note 49.

82. Baudouin, *La responsabilité civile*, 5^e éd., *op. cit.*, note 75, au n^o 272.

nence au plan de la compétence juridictionnelle internationale. La position mesurée du droit suisse (1) et celle obstinément restrictive du droit européen (2) suggèrent des éléments intéressants de comparaison à ce propos pour le droit québécois, qui ne devrait pas distinguer entre dommage économique direct ou indirect étant donné la formulation de l'article 3148(3) C.c.Q. (3), encore qu'une analyse en terme de lien de causalité puisse apporter un éclairage utile sur le débat (4).

1. Une position intermédiaire à la lueur du droit suisse

Rappelons que l'article 129(2) de la loi suisse de 1987 sur le droit international privé⁸³ donne compétence « pour connaître des actions fondées sur un acte illicite » aux tribunaux suisses « du lieu de l'acte ou du résultat ». Ainsi se trouve posée la dissociation entre la cause du préjudice, l'acte ou le fait dommageable, et son résultat ou ses effets.

La doctrine commentant cet article explique que la jurisprudence suisse a affirmé que ce lieu du résultat se situe à l'endroit « où le premier effet immédiat sur le bien juridique protégé s'est fait sentir », qui ne se confond pas nécessairement avec le lieu de survenance du dommage subséquent (notamment avec le lieu du domicile du lésé)⁸⁴. Toutefois, en matière de dommage économique, le professeur Dutoit affirme qu'il s'agit du lieu de situation des valeurs patrimoniales *concrètement atteintes* si elles peuvent être distinguées du reste du patrimoine, sinon, il s'agira du lieu où se trouve le patrimoine principal du lésé⁸⁵.

On voit donc apparaître l'idée, soutenue par certains⁸⁶, de faire dépendre les termes de l'alternative de la conception du droit interne de la responsabilité civile et notamment du point de savoir si celui-ci exige (comme le droit allemand) ou non (comme le droit français), pour engager la responsabilité, une *atteinte concrète à un bien* ou à un droit particulier. Dans ce dernier cas, la victime pourrait choisir entre le lieu de l'événement causal et celui du pré-

83. Précité, note 54.

84. B. DUTOIT, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^e éd. revue et augmentée, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 451.

85. *Ibid.*

86. Voir la position du gouvernement allemand dans l'affaire *Marinari*, CJCE, 19 septembre 1995, *Marinari c. Lloyd's Bank*, aff. C-364/93, Rec. 1995.I.2719, 2740, au n° 16.

judice causé abstraitement à son patrimoine, qui ne se matérialiserait pas nécessairement à son domicile. On justifierait de cette manière une conception plus large de la compétence internationale.

Ainsi, à la lueur du droit suisse, l'hésitation reste permise entre le lieu du *premier impact* ou du premier effet immédiat et celui de survenance du « dommage subséquent ». On rejoint ici la problématique du dommage par ricochet. Néanmoins, en cas de dommage économique, le lieu du patrimoine du lésé, donc, pour une personne morale, celui de son siège social, conserve un pouvoir attractif considérable.

Ce type d'analyse devient nécessaire à partir du moment où, comme dans le droit européen, on fait strictement dépendre la compétence juridictionnelle du caractère direct ou indirect du préjudice.

2. *La position obsessionnellement restrictive du droit européen*

La jurisprudence européenne relative à la Convention de Bruxelles-Lugano reflète la position restrictive québécoise.

Selon l'article 5(3) de cette législation européenne⁸⁷, le tribunal compétent est celui du lieu où le « fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». Mais la jurisprudence (affaire *Mines de Potasses d'Alsace*)⁸⁸ a considéré que ce lieu incluait aussi bien celui de l'acte ou du fait dommageable que celui du résultat. Toutefois, en 1990, dans l'affaire *Dumez*⁸⁹, elle a exclu la compétence du tribunal du lieu où la victime par ricochet a subi son préjudice. Il s'agissait de deux sociétés mères françaises qui poursuivaient en France des banques allemandes qui avaient résilié des crédits à leurs filiales allemandes et les avaient ainsi menées à leur liquidation judiciaire. La Cour de Luxembourg a considéré

87. Voir maintenant le *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023.

88. CJCE, 30 novembre 1976, *Bier et Reinwater c. Mines de potasses d'Alsace*, précité, note 60.

89. CJCE, 11 janvier 1990, *Dumez*, aff. C-220/88, Rev. Crit. d. i. p. 1990.363, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1990.497, note A. Huet.

que la notion de survenance du préjudice de l'article 5(3) de la Convention de Bruxelles ne permettait pas à ces sociétés mères de poursuivre en France les défenderesses allemandes en raison du préjudice qu'elles avaient subi en France du fait de la liquidation de leurs filiales en Allemagne. Elle a ainsi affirmé que cette disposition...

[...] ne peut être interprétée comme autorisant un demandeur qui invoque un dommage qu'il prétend être la conséquence du préjudice subi par d'autres personnes, victimes directes du fait dommageable, à attirer l'auteur de ce fait devant les juridictions du lieu où il a lui-même constaté le dommage dans son patrimoine.⁹⁰

De même, dans l'affaire *Marinari*⁹¹, la Cour de Justice des Communautés Européennes a étendu en 1995 cette solution au cas où la victime directe (et non plus indirecte, comme dans le cas du préjudice par ricochet) d'un préjudice survenu dans un premier lieu l'invoque elle-même en un second lieu parce qu'elle prétend y subir en conséquence une diminution de son patrimoine. Il s'agissait en l'espèce d'un Italien qui poursuivait chez lui en Italie (au lieu de son domicile, à Pise) une banque anglaise au motif que ses employés avaient séquestré des billets à ordre (pour une valeur de 750 millions de dollars) à Manchester en raison des doutes quant à leur provenance, ce qui avait entraîné son arrestation. Indépendamment du préjudice touchant concrètement ses valeurs mobilières à Manchester, il prétendait avoir subi un préjudice à son patrimoine et à sa réputation chez lui, à Pise. Mais la Cour a au contraire considéré que ce lieu du fait dommageable ne visait pas « le lieu où la victime prétend avoir subi un dommage patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre État »⁹². Ainsi, dans ce cas de victime unique, la Cour distingue le lieu où le préjudice est directement *survenu* (Manchester) et celui où il est simplement *comptabilisé* ou *subi* (Pise). Comme le précisait M. Darmon, l'avocat général présentant ses conclusions dans cette affaire, après avoir rappelé que la CJCE avait fait référence dans l'affaire *Dumez* au lieu de *survenance* du dommage :

90. *Ibid.*, voir le dispositif de l'arrêt.

91. CJCE, 19 septembre 1995, *Marinari c. Lloyd's Bank*, précité, note 86.

92. Voir le dispositif de l'arrêt. Voir aussi, *ibid.* au n° 14 : « cette notion [lieu où le fait dommageable s'est produit] ne saurait toutefois être interprétée de façon extensive au point d'englober tout lieu où peuvent être ressenties les conséquences préjudiciables d'un fait ayant déjà causé un dommage effectivement survenu dans un autre lieu ».

[...] conférer compétence à la juridiction dans le ressort de laquelle les pertes patrimoniales ont été constatées reviendrait à méconnaître la spécificité du lieu de survenance en tant que critère attributif de compétence en lui assimilant celui où le dommage est subi.⁹³

En conséquence, en 2004, dans l'affaire *Kronhofer*⁹⁴, elle a exclu qu'un demandeur puisse intenter une action devant le tribunal de son domicile autrichien, en rejetant l'argument que ce lieu serait censé localiser son patrimoine dans un cas de préjudice économique subi en raison de mauvais placements à Londres, à la suite de conseils donnés par des conseillers financiers en Allemagne. Dans ce cas de victime unique, comme dans l'affaire *Marinari*, on pouvait hésiter à localiser le dommage en plusieurs lieux. Celui, autrichien, de son patrimoine ; celui, anglais, du lieu de la perte de valeur des placements et celui, allemand, du compte par lequel les sommes perdues avaient transité. Choissant le troisième, la Cour partait du principe selon lequel la perte affectait directement le compte allemand. En conséquence, elle se trouvait à le séparer de l'ensemble du patrimoine du demandeur et pouvait considérer que ce patrimoine situé en Autriche subissait un dommage *induit par le dommage initialement* subi au lieu du compte, en Allemagne. Elle a donc refusé la compétence autrichienne parce qu'on pouvait qualifier l'Autriche de lieu du préjudice *indirect*.

Cette position restrictive, excluant les compétences fondées sur le lieu du préjudice économique subi par ricochet (affaire *Dumez*), sur celui où l'on comptabilise le préjudice économique (affaire *Marinari*) et sur celui du préjudice économique induit et donc indirect (affaire *Kronhofer*), s'explique par plusieurs motifs.

D'abord, il est fondamental *dans un ensemble conventionnel*, tel le droit européen, de définir des règles de compétences précises et assez rigides afin d'éviter la multiplicité des fors compétents⁹⁵. Cette orientation vise une bonne administration de la justice⁹⁶ et,

93. Rec. 1995.I. 2719, p. 2726, au n° 30.

94. CJCE, 10 juin 2004, *Kronhofer*, aff. C-168/02, Rev. Crit. 2005.326, note H. Muir Watt.

95. Voir le Considérant n° 15 du Règlement 44/2001, précité, note 88, qui énonce : « Le fonctionnement harmonieux de la justice commande de réduire au maximum la possibilité de procédures concurrentes et d'éviter que des décisions inconciliables ne soient rendues dans deux États membres ».

96. Voir par exemple l'exposé de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Marinari*, Rec. 1995.I. 2719, p. 2726 au n° 31.

en conséquence, cette jurisprudence vise absolument et « obsessionnellement »⁹⁷ à exclure le for du demandeur que l'on estime exorbitant. Il ne s'agit donc *pas de protéger la victime* en lui donnant un choix alternatif de tribunaux qui pourrait mener à des compétences concurrentes et à un forum shopping⁹⁸. Considération d'autant plus impérative que ce droit de tradition civiliste rejette le pouvoir discrétionnaire du *forum non conveniens*, donc ne dispose pas d'un instrument pour contrer directement ce forum shopping, et que la décision du tribunal saisi sera ensuite reconnue et rendue exécutoire dans les autres États-membres à la suite d'une procédure simplifiée qui exclut en principe la vérification de la compétence de ce tribunal d'origine⁹⁹. Il faut encore rappeler, dans cette perspective, que, pour assainir et permettre ce processus simplifié de reconnaissance, cet ensemble conventionnel a abrogé, pour les fins du droit européen, une liste assez complète des compétences reconnues comme exorbitantes dans chaque droit étatique, y compris, en principe, le for du demandeur.

Ces motifs permettent de comprendre par comparaison les orientations du droit québécois.

3. Distinction entre dommage direct et indirect en droit québécois

La solution restrictive européenne se présente avec beaucoup moins d'évidence lorsqu'il s'agit d'une règle étatique, non conventionnelle. Il en est d'autant plus ainsi dans le système juridique du Québec, que l'on peut qualifier de « mixte » en droit international privé, où elle est doublée d'un pouvoir discrétionnaire de ne pas exercer cette compétence (art. 3135 C.c.Q.) lorsque ceci serait contraire à une bonne administration de la justice, en cas de forum shopping. C'est ce que M. le juge Le Bel soulignait ainsi dans *Spar Aerospace*¹⁰⁰ :

[...], il est important de souligner que, contrairement au C.c.Q., la Convention de Bruxelles ne fournit pas la même protection contre l'exercice inapproprié de compétence, savoir le pouvoir de suspendre les actions sur la base du forum non conveniens [...]. On

97. H. MUIR WATT, note sous CJCE, 10 juin 2004, *Kronhofer*, aff. C-168/02, Rev. Crit. d.i.p. 2005.326, au n° 7.

98. *Ibid.*, au n° 38 et 39.

99. Voir l'article 35(3) du Règlement 44/2001, précité, note 88.

100. Précité, note 1, au par. 61.

s'explique alors peut-être mieux pourquoi la Cour européenne de justice cherche à interpréter le motif d'attribution de compétence de la Convention de Bruxelles de manière plus restreinte que le ferait un tribunal bénéficiant d'un autre pouvoir discrétionnaire lui permettant de se déclarer incompétent.

Enfin, on peut relever qu'à la différence du droit européen, *l'article 3148(3) fonde expressément la compétence juridictionnelle québécoise sur le lieu où le préjudice est subi* et non sur celui de sa *survenance*, contrairement au rattachement par la faute (lieu de commission) ou par le fait dommageable (lieu où il s'est produit). On indique ainsi dans ce cas le choix d'une approche non fondée sur une conception territorialiste dépassée de la compétence – automatiquement induite par la survenance d'un fait sur le territoire du Souverain et justifiée par sa puissance brute – mais axée sur l'opportunité liée aux conséquences économiques d'une relation, selon une conception moderne.

Elle correspond, au plan de la loi applicable en matière contractuelle, au choix dans l'article 3113 C.c.Q. de la compétence de la loi du lieu de résidence ou *de l'établissement* du débiteur de la prestation caractéristique, au détriment du lieu d'exécution de cette prestation, parce que c'est là où se manifestent réellement les conséquences économiques du contrat. Dans la même logique, on ne limite pas de manière rigide la compétence juridictionnelle au cas du dommage *initialement survenu* au Québec, mais on l'étend au cas où, initialement survenu à l'étranger, il se manifesterait *consécutivement* ou indirectement par un *dommage économique subi* au Québec. En ce sens, M. le juge LeBel au nom de la Cour suprême du Canada affirme dans la même affaire¹⁰¹ :

L'appelante [...] se fonde sur la jurisprudence européenne pour affirmer que seul le préjudice direct, et non le préjudice indirect, peut être utilisé pour rattacher l'action au ressort. À mon avis, rien dans le libellé du par. 3148(3) ne donne à penser qu'on ait voulu établir une telle restriction.

Malgré cette prise de position nette de la Cour suprême du Canada *sur la nature du préjudice, directe ou indirecte*, impliquant expressément que les solutions du droit européen ne doivent pas être reprises au Québec pour des motifs tenant à la structure fondamentalement différente de ce système juridique,

101. Précité, note 1, au par. 36.

les cours québécoises suivant l'opinion majoritaire dans l'affaire *Regenair* – expressément mentionnée et, à notre avis, directement condamnée dans *Spar Aerospace* – parviennent pourtant à ce résultat¹⁰².

Il reste que la position de la Cour de Luxembourg explique bien cette tendance restrictive québécoise écartant le lieu où la perte est comptabilisée comme fondement de compétence. Elle la limite au cas du *dommage initialement survenu* au Québec. Elle l'exclut en cas de *dommage initialement survenu* à l'étranger entraînant un *dommage économique consécutif* qui serait néanmoins *subi* au Québec. Ce faisant, comme l'a fait la Cour de Luxembourg au sujet de l'article 5(3) de la Convention de Bruxelles, elle ajoute à l'article 3148(3) puisque celui-ci ne distingue pas entre préjudice directement ou indirectement subi au Québec.

Toutefois, dans l'affaire *Hoteles Decameron Jamaica*¹⁰³, la Cour d'appel prend nettement une position opposée sur la ques-

102. Dans l'affaire *Banque de Montréal c. Hydro Aluminum Wells Inc.*, précité, note 28, M. le juge Brossard (aux n° 52 et 55), pour adopter l'opinion majoritaire dans *Regenair*, malgré l'arrêt *Spar Aerospace*, estime à la suite d'un découpage habile que la Cour suprême dans cette affaire ne s'est pas prononcée sur la nature (et sur son exclusion ou non) d'un type de préjudice, mais uniquement sur le montant de ce préjudice et aussi sur les rapports entre une interprétation large et l'idée d'un lien réel et substantiel. Selon cette présentation, la position majoritaire n'aurait donc pas vraiment été condamnée et il n'y aurait rien d'inconciliable entre les deux arrêts, au moins entre les passages sélectionnés par M. le juge. Avec tout le respect pour l'opinion contraire, notre lecture, moins détaillée que celle du juge, est très différente. Comme le passage que nous venons de citer nous semble le montrer, à notre avis, dans son opinion très structurée M. le juge Lebel prenait parti sur la nature du préjudice pertinent en droit québécois. Il excluait 1° la distinction entre dommage direct et indirect en droit québécois aux fins de l'art. 3148(3) C.c.Q. et 2° une lecture restrictive de cette disposition en raison a) de la formulation différente du droit européen de notre article et b) de l'existence du pouvoir discrétionnaire de l'art. 3135 C.c.Q.

Dans la même affaire *Banque de Montréal c. Hydro Aluminum Wells Inc.*, la Cour d'appel estime toutefois (*ibid.*, au n° 59) que « [...] le fait que la Cour suprême du Canada ait refusé l'autorisation d'appel du jugement Quebecor, qui lui avait été présentée par Regenair, me paraît également significatif, sinon même déterminant [...] ». On peut au contraire penser que ce refus d'autorisation n'est absolument pas déterminant puisqu'il fut délivré **en février 2002** (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S. Can., 2002-02-14, 28677), alors que la Cour suprême a rendu l'arrêt *Spar Aerospace*, dans lequel elle examine la question au fond, donc *cette fois de manière approfondie, après cette date, en décembre 2002*, ce qui laisserait plutôt croire que l'opinion de la Cour suprême sur le sujet correspond à ce dernier arrêt, qui nous paraît clairement condamner la position majoritaire.

103. Précité, note 49.

tion, en affirmant très justement (en matière de préjudice corporel)¹⁰⁴ :

[...] le préjudice corporel, sauf circonstances exceptionnelles, apparaîtrait au lieu de commission de la faute. Dès lors, s'il n'est reconnu comme facteur de rattachement à une juridiction qu'au lieu d'apparition du premier malaise, non seulement cessera-t-il d'être un critère autonome de compétence, mais il deviendra inutile parce qu'il se confondra à celui de la faute [...].

Ainsi, se concentrer sur le lieu de survenance du dommage et ne retenir que le premier impact de la faute, comme chef de compétence, aboutit en cas de préjudice corporel à supprimer ce facteur pourtant admis dans la disposition en cause. Dans le même sens, en matière de dommage économique contractuel, M. le juge LeBel affirmait dans l'affaire *Spar Aerospace* que, même si les primes de rendement dont Spar Aerospace fut privée devaient être versées en Ontario, au siège social de la compagnie, qui représentait donc le lieu de la faute, on devait admettre selon les preuves relatives à l'indépendance de son établissement au Québec, que ce dernier y avait subi un préjudice¹⁰⁵. De plus, dans cette affaire, la Cour suprême ne considère pas que le caractère éventuellement induit du préjudice à sa réputation subi par l'établissement québécois devait écarter la compétence, ni que ceci concrétisait en l'espèce une absence de lien réel et substantiel avec le tribunal québécois qui aurait dû le mener à ne pas l'exercer (selon l'article 3135 C.c.Q.).

D'ailleurs, ce n'est pas parce qu'en droit interne on n'admettrait pas, en principe, le préjudice par ricochet que l'on devrait nécessairement refuser aussi la compétence juridictionnelle internationale fondée sur un préjudice par ricochet subi au Québec. En effet, la portée du caractère indirect du préjudice est essentiellement une question relative aux conditions de la responsabilité, touchant la suffisance du lien de causalité, qui dépend de la loi applicable au fond. Or, rien ne dit qu'il s'agira du droit québécois. La règle de conflit (3111, 3112, 3126 ou 3128 C.c.Q.) peut désigner un droit étranger admettant au fond une responsabilité fondée sur ce type de préjudice¹⁰⁶.

104. *Ibid.*, au n° 26.

105. Précité, note 1, au par. 34.

106. De plus, nous ne pensons pas que l'exception d'ordre public devrait intervenir sur ce point car un droit étranger différent ne matérialiserait pas une divergence de conceptions suffisamment grave étant donné que le droit québécois

Par ailleurs, la situation qui verrait une victime directe et une victime par ricochet soumises à des tribunaux différents, en raison d'une compétence large, au Québec ou à l'étranger, pourrait être traitée soit par le biais de l'article 3139 C.c.Q., soit par celui de l'article 3135 C.c.Q.

4. Du lien de causalité entre la faute et le dommage subi au Québec

De façon plus analytique, on peut encore exposer la problématique dans les termes suivants : si l'on accepte de fonder une compétence sur le préjudice, on devrait envisager tous les éléments qui le matérialisent, y compris le dernier fait. Or, dans le cas par exemple d'une perte de clientèle due à l'inexécution d'une obligation de transférer des commandes, en quoi ce fait matérialise-t-il concrètement un préjudice, *autrement que par sa conséquence financière*, l'appauvrissement ? Il ne s'agit pas de compenser une personne déprimée par une perte de relations sociales due à l'absence de communication avec les clients espérés. La perte effectivement subie est strictement financière. En matière contractuelle, comme nous l'avons dit, il est parfaitement prévisible pour le débiteur que son créancier subisse une perte économique au lieu où se situe son patrimoine.

En d'autres termes, en l'absence de nouveau fait causal ou de rupture du lien de causalité, le dommage financier découle *directement* de la faute (de l'inexécution de l'obligation contractuelle, dans ce cas)¹⁰⁷. Il ne s'agit donc *pas* d'un préjudice par ricochet, d'un « dommage issu d'un dommage »¹⁰⁸, mais du même préjudice *directement lié à la faute* qui, si l'on veut, s'exprime sur un autre plan, par un autre effet que celui de la perte (abstraite) de clientèle. Ainsi que l'écrit la professeure Horatia Muir Watt¹⁰⁹, au sujet du droit européen (qui, rappelons-le, détermine la compétence

n'exclut pas systématiquement le préjudice par ricochet. La question relève en effet de la conception admise en matière de lien de causalité. Or, ceci est très discuté.

107. Voir H. MUIR WATT, note sous CJCE 10 juin 2004, *Kronhofer*, précité, note 59, p. 332 n° 6 : « Aucun fait distinct ne s'interpose pour rompre la chaîne de causalité entre le comportement [des défendeurs] et l'atteinte au patrimoine pour justifier d'analyser le dommage financier invoqué autrement que comme un dommage direct ».

108. *Baudouin, La responsabilité civile*, précité, note 75, au n° 529.

109. Précité note 59, p. 333, au n° 7.

juridictionnelle en fonction du caractère direct ou indirect du préjudice) :

La vraie question est donc de savoir où se localise ce préjudice financier qui est en rapport de causalité directe avec le comportement des défendeurs.

La position restrictive québécoise semblant admettre cette distinction, elle oblige aussi en conséquence à passer par cet exercice d'analyse du lien de causalité *au stade de la détermination de la compétence du tribunal* (alors qu'elle trouverait plus logiquement sa place à celui, éventuellement suivant, du *forum non conveniens*), comme nous allons l'exposer maintenant.

A priori, la question de l'importance du lien de causalité paraît être une condition à traiter selon la loi applicable au fond, afin d'en déduire éventuellement une responsabilité civile. Les objectifs au plan de la compétence juridictionnelle internationale sont plus simples et impliquent notamment la vérification entre le tribunal et la situation de l'existence d'un lien réel et substantiel. Mais si l'on suppose que la volonté de ne pas admettre le préjudice économique ou continu repose sur l'argument selon lequel *ce rattachement ne représente aucun lien réel et substantiel*, alors on peut avancer que ce raisonnement devrait se traduire par l'analyse du lien de causalité entre la faute ou le dommage survenu à l'étranger et le dommage subi au Québec.

S'il existe un lien de causalité directe entre le préjudice économique subi au Québec et la faute, la compétence québécoise est justifiée. Elle reflète alors un lien réel – non artificiel – et substantiel – qualitativement important – avec le litige. Au contraire, en cas de rupture du lien de causalité, s'il s'agit d'un dommage subi au Québec en conséquence d'un dommage survenu à l'étranger, on peut se demander s'il existe encore un lien suffisant avec le Québec. Mais, dans les deux cas, on devrait se poser cette question dans le cadre de l'analyse de la théorie du *forum non conveniens*, puisque l'article 3148 C.c.Q. ne fait pas de différence selon le type de dommage, direct ou indirect, continu ou non.

C'est dans cette perspective *de lien de causalité* qu'on peut analyser l'argumentation de la Cour supérieure en matière con-

tractuelle dans l'affaire *Filmar Sportswear Canada Inc. c. Lil Heming*¹¹⁰. Rappelons qu'elle affirme :

Le facteur de l'appauvrissement au Québec ne suffit pas en lui-même [...] les faits énoncés dans la déclaration indiquent que les commandes obtenues [...] auraient dû être livrées au Québec. [...] La déclaration mentionne que la demanderesse a reçu des annulations de commandes qu'elle avait déjà obtenues de certains clients. Nul doute que c'est au Québec que ces annulations ont été reçues et que la perte de clients s'est matérialisée. [...] C'est aussi au Québec que les commandes auraient vraisemblablement été exécutées et où la perte monétaire se concrétisera.

D'abord, on peut présumer de ce passage que l'appauvrissement « qui ne suffirait pas en lui-même » serait « la perte monétaire ». Si elle permet de donner compétence, c'est, selon la Cour, parce qu'elle serait *doublée d'autres faits eux-mêmes localisés au Québec* : la réception des annulations de commandes, la perte de clientèle, l'absence de commandes qui devaient y être livrées et exécutées. Pourtant, à l'exception de la réception au Québec du courrier annulant les commandes, les autres faits invoqués sont purement immatériels. Donc ils ne permettent pas de localiser objectivement le préjudice plus que le manque à gagner. De plus, vues sous l'angle du lien de causalité, ni la réception des annulations, ni l'absence de commande ou la perte de clientèle ne peuvent constituer des faits *distincts* s'interposant entre la faute (l'inexécution de l'obligation contractuelle) et le préjudice financier de façon à rompre le lien de causalité entre eux. En effet, la réception au Québec des lettres d'annulation n'entraîne d'elle-même *aucun dommage initial*, à la différence, par exemple, d'un message diffamatoire. L'appauvrissement est donc un dommage *directement lié à l'inexécution de l'obligation contractuelle*. En conséquence, il ne nous semble pas que la solution aurait dû être différente du fait que la réception des annulations ait eu lieu ailleurs qu'au Québec. Contrairement à ce qu'affirme la Cour, la perte financière (l'appauvrissement) qui fut *directement* subie au Québec justifiait donc *à elle seule* la compétence québécoise sans nécessité de la corroborer par d'autres éléments.

Ainsi, dans cette affaire, la démarche consistant à remonter la chaîne des événements causant le dommage économique pour essayer de justifier la compétence du tribunal, autrement que par

110. Précité, note 40.

la seule localisation de l'appauvrissement au Québec, mène à envisager la localisation plus ou moins artificielle de faits non autonomes du point de vue causal, ou encore à localiser la faute. Or, le dommage qui en découle suffit pour fonder la compétence selon l'article 3148 C.c.Q.

En d'autres termes, même dans une hypothèse où l'on déciderait de limiter la compétence de l'article 3148 au préjudice direct, cela n'écarterait pas automatiquement le préjudice financier comme fondement dans la mesure où l'on pourrait prouver un lien de causalité suffisant entre la faute et ce préjudice¹¹¹.

La meilleure illustration de cette proposition vient des circonstances de l'affaire *Regenair*. La compagnie québécoise ayant installé la machine au Tennessee ne reçoit pas de paiement à Memphis. En l'absence d'établissement québécois au Tennessee, même si l'on peut avancer que le préjudice y est *immédiatement survenu*, rien ne permet de dire qu'il y est *subi*. D'un point de vue économique, réaliste, il ne se fait sentir qu'au Québec. D'un point de vue juridique, aucun fait susceptible de rompre la chaîne des

111. Un autre exemple de cette problématique assez complexe est fourni par l'arrêt *Cortas Canning and Refrigerating Co. c. Suidan Bros. Inc.*, [1999] R.J.Q. 1227 (C.S.). Dans cette affaire de concurrence déloyale (où il ne s'agissait pas d'une question de compétence directe du tribunal québécois mais de reconnaissance d'une décision étrangère), une compagnie québécoise vend au Texas de la nourriture en boîte en copiant le modèle d'une compagnie incorporée au Texas, après la rupture entre elles d'un contrat de distribution exclusive. Alors que le tribunal texan était compétent selon l'article 3168 C.c.Q., parce qu'un dommage s'était produit dans cet État *et* qu'une faute y avait été commise, la Cour a néanmoins entrepris d'envisager l'existence d'un rattachement important entre ce tribunal et le litige en vertu de l'article 3164 C.c.Q. La Cour supérieure a refusé de reconnaître la décision texane. Elle a considéré que le tribunal texan ayant condamné par défaut une compagnie québécoise à payer près de 13 millions de dollars canadiens en raison de la vente au Texas de marchandises ayant une valeur de 96 \$, n'aurait pas dû exercer sa compétence parce qu'il n'y avait *pas de rattachement important* entre ce tribunal et le litige. On a donc condamné le for du demandeur alors qu'il correspondait à celui de la faute (violation des lois sur la concurrence) et du dommage (96 \$) en raison du forum shopping. Mais il est intéressant de noter que la cour a fait remarquer que la faute consistant à vendre pour 96 \$ de marchandises n'avait *aucun rapport avec le préjudice* allégué de plusieurs millions de dollars qui, lui, n'avait pas de lien substantiel avec le Texas. Ainsi, ce dernier préjudice, qui, par sa valeur, ne pouvait être qu'induit ou indirect, a conduit à refuser la compétence au tribunal étranger en suivant un raisonnement fondé sur *l'absence de lien réel et substantiel* (par l'application conjointe des articles 3164 et 3135 C.c.Q.) découlant en fait *du défaut de lien de causalité suffisant* entre la faute et le dommage allégué. En d'autres termes, on a refusé au tribunal étranger une compétence fondée sur un préjudice indirect subi au Texas, préjudice allégué qui n'aurait *pas de lien de causalité suffisant* avec la faute au Texas.

causalités ne se produit. De ce double point de vue, c'est donc un dommage *directement subi* au Québec¹¹².

Dans *Richelieu Projects Inc. c. Western Rail Inc.*¹¹³, des biens non conformes à un contrat sont livrés au Missouri par une compagnie de l'État du Washington à un client chilien d'une compagnie québécoise, qui poursuit au Québec. Aucun fait nouveau ne rompt le lien de causalité entre l'inexécution de l'obligation aux États-Unis et le préjudice initialement *survenu* au lieu de la faute, mais réellement *subi* au Québec. Pourtant la Cour d'appel considère les tribunaux québécois incompétents en refusant d'admettre qu'un préjudice a été subi au Québec.

Il reste possible, bien sûr, de trouver, selon les circonstances, un événement rompant cette chaîne de causalité qui concrétiserait la survenance au Québec d'un dommage induit par le seul dommage directement lié à la faute. On trouve cette situation dans l'affaire *Marinari* où le demandeur italien invoquait non seulement le préjudice qu'il avait subi en Angleterre en raison de la confiscation de ses effets de commerce et de son emprisonnement, mais aussi le préjudice à sa réputation subi en Italie. La Cour de Luxembourg a alors affirmé que le tribunal italien était incompétent en raison du caractère induit du préjudice. Au contraire, dans l'affaire *Spar Aerospace*, dans le même type de situations, la Cour suprême du Canada a tout de même considéré que ce préjudice à la réputation était subi au Québec et justifiait la compétence québécoise.

Comme exemple, on peut aussi analyser sous cet angle les faits de l'affaire *Bouchard c. Ventes de véhicules Mitsubishi du Canada inc.*¹¹⁴. Une consommatrice québécoise veut intenter un recours collectif au Québec en estimant qu'elle y a payé trop cher son automobile parce que les concessionnaires auraient été parties à une entente anticoncurrentielle s'étendant du Japon au Québec en passant par la Californie. Elle poursuit les fabricants japonais et californien, plutôt que son concessionnaire québécois. On peut considérer que, si elle subit un préjudice au Québec, celui-ci n'est pas directement lié aux actes des fabricants étran-

112. On pourrait analyser de la même manière les arrêts rendus dans les affaires *Forest Fibers inc. c. Newport CH International, l.l.c.*, précité, note 18, et *Ace / Clear Defense Quebec c. Clear Defense et Martin*, précité, note 10.

113. Précité, note 29.

114. Précité, note 12.

gers mais à celui de son concessionnaire québécois qui, en répercutant la hausse des prix sur ses clients, matérialise un nouveau fait causal qui rompt le lien de causalité entre la faute des fabricants étrangers et son préjudice. De fait, la Cour supérieure refuse la compétence.

Dans des circonstances similaires, dans *Option Consommateurs c. Infineon Technologies, a.g.*¹¹⁵, la Cour supérieure refuse aussi l'autorisation d'intenter au Québec un recours collectif en invoquant d'ailleurs précisément cette question de lien de causalité¹¹⁶. De même, mais pour se considérer compétente sur un recours collectif intenté au Québec, contre des compagnies de transport aérien, par des consommateurs québécois estimant avoir payé trop cher leurs billets d'avion en raison d'une entente qui se serait déroulée en dehors du Québec, la Cour d'appel dans *Option Consommateurs c. British Airways, p.l.c.*, affirme (nos italiques)¹¹⁷ :

Puisque parmi les victimes du complot, ils s'en trouvent au Québec, soit les résidants du Québec qui ont contracté avec [British] Airways et qui ont alors [payé] un prix artificiellement gonflé par suite de manœuvres illégales impliquant Virgin, ces personnes ont subi au Québec un préjudice (art. 3148(3) C.c.Q.) dont la cause est reliée aux gestes de Virgin.

Dans *Énergie innovation Ecotech inc. c. Apkon Engineering*¹¹⁸, la Cour supérieure refuse de se considérer compétente selon l'article 3148(3) sur une poursuite intentée par une compagnie québécoise contre une compagnie ontarienne à laquelle elle avait commandé du matériel de contrôle d'éclairage électrique à installer dans un stade de l'État de New York. Étant donné que la compagnie québécoise avait dû modifier l'installation à Amherst (N.Y.), à la suite du défaut du matériel ontarien, le dommage avait d'abord été subi dans l'État de New York, avant que la répercussion financière ne se fasse sentir au Québec. Il s'agissait donc d'un préjudice indirect, ce qui pouvait rationnellement – mais sans que ceci ne soit exigé par l'article 3148 – justifier l'attitude restrictive de la Cour supérieure.

115. Précité, note 13.

116. *Ibid.* au n° 47. Elle affirme (*ibid.* au n° 83) : « La requérante fait le « saut » du cartel aux États-Unis à la vente au Québec de produits équipés de DRAM dont le prix a été artificiellement gonflé ainsi que les acheteurs subséquents au Québec qui se sont vu refiler la portion artificiellement gonflée du prix de la DRAM ».

117. *Option Consommateurs c. British Airways, p.l.c.*, précité, note 26, au n° 9.

118. Précité, note 32.

Comme ces exemples le montrent, cette manière d'envisager le problème semble permettre d'expliquer plus rationnellement les divergences de la jurisprudence. Mais est-il souhaitable de se prêter à ce type d'analyse au stade de la détermination de la compétence, plutôt qu'à celui du *forum non conveniens* de l'article 3135 C.c.Q. ?

C. De l'inexistence d'un pouvoir discrétionnaire dans l'article 3148(3) C.c.Q.

Dans l'affaire *Hoteles Decameron Jamaica Ltd. c. D'Amours*¹¹⁹, la Cour d'appel insiste sur la nécessité pratique de ne pas s'engager au stade de l'analyse de la compétence du tribunal dans un débat systématique relatif à l'interprétation du préjudice. Dans le même sens, M. le juge LeBel affirmait dans l'affaire *Spar Aerospace*¹²⁰ :

À mon avis, l'introduction de restrictions quant au montant et à la nature du préjudice subi dans le ressort avant que le tribunal puisse se déclarer compétent risquerait d'obliger indûment le juge des requêtes à se prononcer prématurément sur le fond du litige.

Cette possibilité de débat inopportun peut se manifester de deux manières.

1. De la confusion entre la règle de compétence et le pouvoir de la décliner

Au plan théorique, la Cour supérieure dans *Nosseir c. Vacances Transat Holidays inc.*¹²¹ confond les deux étapes de la détermination de sa compétence internationale. En effet, elle examine une exigence de lien réel et substantiel au premier stade, celui de l'application de l'article 3148 qui détermine sa compétence, alors

119. Précité, note 49, au n° 30 (à propos d'une thèse voulant que l'on recherche le lieu du préjudice le plus sérieux) : « [...] si l'on acceptait cette proposition, cela signifierait que les parties s'engagent, au stade préliminaire, dans un long et complexe débat qui risque de les entraîner prématurément vers l'examen du fond du litige, ce qui n'est ni prescrit ni souhaitable ». Toutefois, la Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Nosseir (Nosseir c. Sea Pro Divers, s.a.,* précité, note 47) au motif (au n° 2) : [...] il appert que la partie la plus importante du préjudice a été subie au Québec (art. 3148(3) C.c.Q.) conférant ainsi compétence aux tribunaux québécois [...] ».

120. Précité, note 1, au par. 32. Voir aussi : *Republic Bank Ltd. c. Firecash Ltd., C.A.* (Montréal), 500-09-013735-030, 30 mars 2004, 2004 QCCA10335.

121. Précité, note 45.

que cet article ne lui laisse aucune discrétion à partir du moment où un préjudice est subi au Québec. Elle affirme en effet¹²² :

Dans la présente affaire, dans le cadre de la requête présentée par Pro Divers, il est difficile de constater l'existence d'un lien réel et substantiel entre l'action de la demanderesse et les tribunaux québécois. Tout le débat porte sur des faits survenus en République Dominicaine dont non limitativement les suivants : le pilote du bateau a-t-il commis une faute, l'Hôtel Occidental avait-elle un contrôle sur Pro Divers, y a-t-il eu violation de loi ou règlement de sécurité en République Dominicaine, la demanderesse a-t-elle été informée là-bas d'un danger potentiel quelconque, les surveillants de plage ont-ils correctement fait leur travail ?

Toutes ces intéressantes questions relèvent de l'analyse propre à l'article 3135 C.c.Q. qui se prête parfaitement à une étude de l'ensemble des circonstances, mais non de celle relative à l'article 3148 C.c.Q. Pourtant la Cour supérieure affirme très clairement qu'elle ne se place pas dans le cadre de l'article 3135 C.c.Q. parce que la doctrine du *forum non conveniens* n'était même pas invoquée par le défendeur¹²³.

En définitive, on a l'impression que les tribunaux placent immédiatement à l'étape de la compétence du tribunal l'évaluation de la pertinence de l'exercer. Or, si l'application de l'article 3135 doit être exceptionnelle, c'est parce que les facteurs de compétence des règles québécoises présentent normalement un lien réel et substantiel avec le litige. Ce n'est pas parce que les tribunaux doivent procéder à une analyse multifactorielle avant de parvenir à l'étape suivante, celle de l'article 3135 C.c.Q. C'est pourtant ce que certains tendent à faire. Ce faisant, ils ne respectent d'ailleurs pas les directives données par la Cour d'appel dans l'affaire *Oppenheim Forfait GmbH c. Lexus Maritime inc.*¹²⁴, puisqu'ils se limitent en conséquence aux éléments relatifs à la localisation du préjudice, alors que l'analyse selon l'article 3135 C.c.Q. permet d'envisager globalement de nombreux autres éléments.

122. *Ibid.*, au par. 30. Voir aussi le par. 32 : « Or le lien réel et substantiel entre la réclamation de Mme Nosseir et la responsabilité éventuelle de Pro Divers commande logiquement que le forum soit celui du tribunal dominicain ».

123. *Ibid.*, au par. 36.

124. Précité, note 64.

2. De la détermination discrétionnaire du lieu du préjudice

Indépendamment du pouvoir discrétionnaire inhérent à l'article 3135 C.c.Q., le tribunal doit prendre garde à ne pas s'arroger un *pouvoir discrétionnaire* en examinant *l'ensemble des circonstances* pour savoir matériellement où se situe le préjudice et si la compétence doit être prise, comme l'a fait la cour dans *Filmar Sportswear Canada Inc. c. Lil Heming*¹²⁵.

S'il est certain que le juge doit examiner les circonstances de fait quand il doit déterminer en l'espèce où se localise le préjudice, cela n'implique pas pour autant un *pouvoir discrétionnaire* de tenir compte de certaines circonstances et d'en ignorer d'autres, à partir du moment où la preuve est convaincante. Ainsi, la preuve d'un appauvrissement du patrimoine ou d'un dommage corporel subi au Québec doit être reçue *sans que l'on puisse décider de ne pas en tenir compte, en considération de l'ensemble de la situation*.

On peut se demander plus précisément ce qu'il en est en cas de dommage purement financier subi par une personne morale. Comme nous l'avons déjà signalé, le préjudice se concrétise alors par un événement immatériel : une perte de valeur ou un manque à gagner. La difficulté liée à sa localisation dans l'espace est accentuée puisque ce préjudice est subi par une personne morale, elle-même de nature incorporelle. Dans la mesure où ces circonstances nécessitent une prise de position fondée sur une fiction, c'est-à-dire une interprétation, le tribunal dispose d'une certaine marge de manœuvre. Il ne s'agit pas pour autant de déterminer casuellement quelle serait la conception québécoise dans chaque situation. Une fois la position jurisprudentielle fermement déterminée par un raisonnement convaincant, par exemple en considérant (comme il se doit, à notre avis) que la personne morale fictivement domiciliée au lieu de son siège social (art. 307 C.c.Q.) subit normalement une perte économique *au lieu où son compte en banque se trouve* (en principe le même que celui de son siège social), il faut l'appliquer systématiquement *dans les mêmes circonstances* d'un autre litige sans revenir dessus pour refaire l'analyse cas par cas¹²⁶.

125. Précité, note 40.

126. À ce propos, on peut avancer que, si l'absence de paiement et donc la perte financière se manifestent au lieu du siège social d'une filiale à l'étranger, il est possible de prouver dans ce cas que le préjudice est subi à l'endroit où se situent

CONCLUSION

Le codificateur n'ayant expressément exclu ni le préjudice économique, ni le préjudice continu, ni le préjudice par ricochet, il apparaît au terme de cette étude que, pour harmoniser la jurisprudence, les tribunaux québécois doivent s'entendre, si possible, sur le fondement à la compétence choisie par le codificateur dans l'article 3148(3) du fait pour la victime de *subir un préjudice* au Québec, à côté de celle fondée sur la faute.

S'il s'agit de *protéger la victime* en lui fournissant un for facile à saisir, interprétation plausible en raison de l'utilisation de l'expression « lieu où le préjudice *est subi* », plutôt que le lieu de survenance, il faut admettre sans tergiversation une compétence fondée sur le lieu où le dommage économique, le dommage par ricochet et le dommage continu sont subis. La décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Hoteles Decameron Jamaica* semble aller en ce sens. Toutefois, il reste alors exact que la compétence prévue à l'article 3149 C.c.Q. en faveur du domicile du demandeur paraît moins indispensable. Encore qu'elle continue à se justifier dans les cas, rares, où le consommateur ou le travailleur ne subirait pas de préjudice au lieu de son domicile. Ainsi, dans la récente affaire ontarienne *Van Breda*¹²⁷, une touriste domiciliée en Ontario, blessée à Cuba part ensuite s'installer en Colombie britannique plutôt que de revenir en Ontario, du fait de ses blessures.

S'il s'agit d'assurer *une bonne administration de la justice, d'éviter le forum shopping*, on peut encore penser, comme semble l'avoir fait le codificateur, qu'en général le fait de subir un préjudice au Québec, même de nature économique ou continu, matérialise un lien réel et substantiel avec le tribunal québécois. On peut aussi rappeler que l'existence de l'article 3135 C.c.Q. permet une interprétation « généreuse » de l'article 3148 C.c.Q. C'est cette

physiquement les avoirs propres à cette filiale. On pourrait peut-être envisager sous cet angle la solution donnée par la Cour d'appel dans l'affaire *Banque de Montréal c. Hydro Aluminum Wells Inc.*, précité, note 28, étant donné que la maison mère québécoise (Dominion) faisait affaire aux États-Unis par l'intermédiaire d'une filiale (Hudson). Dans le cas d'une succursale, c'est-à-dire d'un établissement sans personnalité morale, on peut aussi admettre que la perte survient au lieu de cette succursale et non directement au lieu du siège de la société mère. La question se posera alors de savoir si l'on peut admettre que le préjudice par ricochet, que cette société mère prétend subir au Québec, suffit pour exercer la compétence. La solution dépendra de l'analyse du lien de causalité.

127. *Van Breda v. Village Resorts Limited*, 2010 ONCA 84, [2010] O.J. No. 402.

logique du système québécois qu'à notre avis la tendance restrictive écarte.

Si l'on cherche à éviter *l'imprévisibilité* et l'injustice qui en découle, en matière contractuelle, ces considérations sont respectées en général du fait de la connaissance par le débiteur récalcitrant du lieu où son cocontractant va subir son dommage économique. En matière extracontractuelle, elles peuvent s'exprimer par le biais de l'analyse du lien de causalité entre la faute et le préjudice prétendument subi au Québec, analyse qui fournit un argument plus convaincant que la seule affirmation que ce dommage ne peut fournir de justification à la compétence ou qu'il écarterait l'utilité des autres rattachements.

Dans cette perspective de prévisibilité, il serait judicieux en tout cas de mettre fin au débat jurisprudentiel dans le cadre de l'article 3148(3) et de ne pas introduire l'incertitude par l'évaluation *systématique* de la pertinence du rattachement à la lueur de toutes les circonstances de l'espèce, en reportant éventuellement au stade de l'article 3135 C.c.Q. ce type d'analyse incluant l'étude du lien de causalité entre la faute et le dommage subi au Québec.

La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitation de la Cour suprême du Canada

Denis NADEAU

Résumé

La place que peut et doit jouer l'ensemble des normes législatives dans l'univers bien circonscrit des conventions collectives suscite, depuis plusieurs années, de vifs débats se cristallisant, en général, autour de la détermination du champ de compétence des arbitres de griefs. En sept ans, la Cour suprême a prononcé trois jugements importants qui révèlent de réelles tensions entre deux courants de pensée opposés : le premier, favorisant l'intégration implicite du corpus législatif aux conventions collectives, et du même coup, permettant l'élargissement de la compétence arbitrale ; le second, distinguant l'assujettissement au droit et le forum approprié pour trancher les litiges, fractionnant ainsi les juridictions aptes à décider des recours des salariés syndiqués.

Profitant du récent arrêt *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, le texte vise à présenter les grandes lignes de ce débat qui, sous l'apparence de litiges classiques de compétence, soulève la question fondamentale du rôle et de l'efficacité du « droit extérieur » (dont les droits fondamentaux et autres droits d'ordre public) dans l'ordonnancement juridique des rapports collectifs du travail.

La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitation de la Cour suprême du Canada

Denis NADEAU*

I) DE L'AUTONOMIE CONTRACTUELLE À UNE HIÉRARCHIE DES DROITS EMPREINTE DE SUBSIDIARITÉ	225
a) Panorama de variations sur un même thème	225
b) Une grille d'analyse innovante : la hiérarchie des droits « subsidiaire »	235
II) LA COMPÉTENCE ARBITRALE ET L'OBLIGATION DE REPRÉSENTATION SYNDICALE DANS LA MOUVANCE DE LA HIÉRARCHIE DES DROITS	240
a) Une compétence arbitrale renforcée...	240
b) Et une obligation de représentation syndicale en expansion.	245
III) UNE OUVERTURE AU DROIT EXTÉRIEUR ET À LA RESPONSABILISATION DE L'ENSEMBLE DES INTERVENANTS	248

* Professeur titulaire, Faculté de droit civil, Université d'Ottawa.

1. La perméabilité de la convention collective à l'égard des règles de droit extérieures au contenu formel de la négociation se trouve au cœur d'un vif débat opposant, depuis une dizaine d'années, deux visions à la Cour suprême du Canada et, par incidence, au sein de la communauté juridique intéressée au droit du travail. La première, que l'on pourrait qualifier de « classique », repose sur le principe de l'autonomie contractuelle. Sans prétendre à une totale autarcie normative de la convention collective, cette position valorise, en premier lieu, la volonté exprimée par les parties à l'intérieur du contrat collectif et se garde bien d'interpréter les silences de la convention comme une invite à l'introduction automatique du droit extérieur.

2. La seconde approche ne remet pas en cause le caractère normatif de la convention collective, mais assujettit celle-ci à la « pluralité des sources de droit » pouvant s'appliquer au monde du travail. L'autonomie contractuelle, aussi importante soit-elle, se voit ici subsumée dans un cadre beaucoup plus large qui pourra, selon les cas, suppléer au mutisme des parties ou, au besoin, écarter des dispositions incompatibles avec des normes législatives supérieures.

3. Au cœur de ce débat se pose en fait toute la question de la portée de la convention collective que des parties autorisées viennent de conclure. Celle-ci n'est-elle, en fait, qu'un canevas de départ qui, au fil des mois et des années, pourra être, c'est selon, enrichi ou remis en cause par le droit extérieur ? Ou cette convention peut-elle encore prétendre représenter l'expression concrète des choix des parties qui l'ont négociée, avec tous les compromis que ceci peut impliquer, et avoir ce caractère de stabilité qui est une des bases de notre système de relations collectives de travail¹ ?

4. C'est à travers l'analyse de la compétence des arbitres de griefs que ces questions de fond se sont posées au cours de la dernière décennie. Rien de plus normal lorsqu'on sait que l'arbitre est investi du pouvoir exclusif de trancher des « griefs », définis

1. F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., 2010, Montréal, Wilson & Lafleur, p. IV-155 à IV-173.

comme des « mésententes relatives à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective »². Or, à partir du moment où ce « grief » ne se limite pas à une référence aux termes de la convention collective, mais, afin de fonder son droit, s'appuie, d'une façon directe, sur des règles de droit extérieures, la phase de l'arbitrage devient l'enceinte toute désignée pour entendre les tenants de la vision privilégiant l'autonomie normative ou ceux qui favorisent, en milieu de travail collectif, la pluralité des sources.

5. Loin d'articuler une réponse claire à l'égard de ces deux approches, la Cour suprême du Canada s'est montrée, depuis 2003, divisée et ambivalente. À l'occasion de trois arrêts majeurs, soit les décisions *Parry Sound*³, *Isidore Garon*⁴ et la plus récente en titre, soit *Syndicat de la fonction publique du Québec*⁵, quatorze juges de cette Cour ont eu à se prononcer sur la délicate question de l'application, à titre de source, du droit extérieur à l'égard de la convention collective⁶. Un bilan « personnalisé » de ces décisions révèle les tensions, hésitations et revirements de la part des membres de la Cour à propos de cette délicate question. Parmi les quatre juges toujours actifs et ayant siégé dans les trois affaires précitées⁷, aucun n'est demeuré fidèle à la vision exprimée initialement dans *Parry Sound* ; les juges LeBel et Deschamps étant, à ce titre, ceux qui ont opéré les migrations les plus remarquables⁸. Pour leur part, les nouveaux juges de la Cour⁹ ont

2. Art. 100 *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27. Ci-après C.t.

3. *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157 (ci-après *Parry Sound*).

4. *Isidore Garon ltée c. Tremblay ; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27 (ci-après *Isidore Garon*).

5. *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, D.T.E. 2010-504, 2010 CSC 28 (ci-après SCFP).

6. Il s'agit des juges McLachlin, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps, LeBel, Major, Charron, Fish, Abella, Cromwell et Rothstein.

7. Soit les juges McLachlin, Binnie, LeBel et Deschamps.

8. Dans *Parry Sound*, la juge Deschamps a souscrit à l'opinion majoritaire, associée à l'approche favorisant la « pluralité des sources », alors que le juge LeBel s'est rangé à l'opinion dissidente, et fort « autonomiste » du juge Major. Dans les arrêts *Isidore Garon* et *SCFP*, les deux juges ont non seulement changé complètement de camp, mais sont devenus, en quelque sorte, les porte-parole de leur nouvelle vision respective. Outre les revirements des juges LeBel et Deschamps, il est intéressant de constater, et ce, en limitant l'étude aux seuls juges encore actifs, que la juge en chef McLachlin a d'abord souscrit à la perspective de la pluralité des sources dans *Parry Sound* et *Isidore Garon* (dissidence), mais a appuyé l'opinion dissidente de la juge Deschamps dans *SFPQ*. Quant au juge Binnie, après avoir été du banc majoritaire dans *Parry Sound*, il s'est rangé en faveur de la tendance autonomiste mise de l'avant par la juge Deschamps dans *Isidore Garon* et dans *SFPQ*.

9. Je vise ici les juges qui n'étaient pas à la Cour suprême au moment de l'arrêt *Parry Sound*.

adhéré, d'une façon quasi-égale, à l'une ou l'autre des visions ; maintenant, du coup, le caractère de flottement actuel entourant la question¹⁰.

6. Le dernier arrêt appréhendant cette problématique, soit l'affaire *Syndicat de la fonction publique du Québec*¹¹, perpétue ce clivage entre les deux approches. L'avantage numérique favorisant, cette fois, l'application de la pluralité des sources, la décision de la majorité introduit toutefois une nouvelle grille d'analyse qui, si elle n'a pas rallié dans cette affaire tous les juges, me semble néanmoins porteuse d'une piste de solution afin de guider les inévitables débats auxquels syndicats et employeurs seront encore confrontés au cours des prochaines années. Après avoir rappelé, en première partie de ce commentaire, les lignes de fond caractérisant les arrêts *Parry Sound* et *Isidore Garon* et avoir fait ressortir l'originalité de la démarche retenue par la majorité de la Cour dans l'arrêt *SFPQ*, j'exposerai, en seconde partie, les points d'intérêts de cette décision à l'égard des questions relatives à la détermination et à l'étendue de la compétence arbitrale et à celle de la portée de l'obligation de représentation syndicale tout en signalant quelques-uns des défis que ce nouvel arrêt pose pour l'ensemble de la communauté des relations collectives du travail.

I) DE L'AUTONOMIE CONTRACTUELLE À UNE HIÉRARCHIE DES DROITS EMPREINTE DE SUBSIDIARITÉ

a) Panorama de variations sur un même thème

7. Même si une lecture attentive de la jurisprudence antérieure à 2003 permettait d'anticiper, par analogie, les conclusions

10. Dans *SFPQ*, les juges Abella et Cromwell ont partagé l'opinion du juge LeBel alors que le juge Rothstein a souscrit à la position dissidente. Notons, par ailleurs, que si la juge Charron a adhéré aux jugements majoritaires dans *Isidore Garon* et *SFPQ* – démontrant du même coup son ouverture à l'égard des deux visions – le juge Fish a suivi l'approche de pluralité des sources développée par le juge LeBel tant dans *Isidore Garon* (dissidence) que dans *SFPQ*. Face à un tableau récapitulatif si éclaté, il est difficile de dégager une tendance majoritaire au sein des neuf juges actuels de la Cour ; sinon de remarquer qu'outre les juges LeBel et Deschamps, dont les positions semblent maintenant fermes, le juge Binnie paraît plus près de la vision autonomiste et le juge Fish de celle de l'approche de la pluralité des sources. Quant aux juges McLachlin et Charron, il est manifeste que ces dernières ne peuvent être associées, avec un minimum de prévisibilité, à l'une ou l'autre des approches.

11. *Supra*, note 5.

de l'arrêt *Parry Sound*¹², cette décision de la Cour suprême a eu l'effet d'un véritable coup de tonnerre dans la communauté juridique des relations collectives du travail du fait qu'elle remettait directement en cause le sacro-saint principe de l'autonomie normative des parties à une convention collective¹³.

8. Dans un jugement rédigé pour la majorité de la Cour, le juge Iacobucci statuait qu'un arbitre était compétent pour trancher un grief et ce, nonobstant le fait que la convention collective interdisait expressément à la plaignante, une salariée à l'essai, de contester son congédiement par le biais de l'arbitrage¹⁴. Comment expliquer une telle entorse à l'endroit du droit explicite des parties ? Premier élément, déterminant en l'espèce : la nature du grief déposé par le syndicat de la salariée, cette dernière invoquant, en effet, être victime de discrimination de la part de l'employeur et soulevait les dispositions pertinentes du *Code des droits de la personne*¹⁵.

9. Pour la majorité de la Cour, « les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle il [l'arbitre] a compétence »¹⁶. Ces droits et obligations « sont conte-

12. En effet, la Cour suprême montre, depuis plus de trente ans, une grande ouverture à l'égard du pouvoir des arbitres de griefs d'interpréter et d'appliquer la loi lorsque ceci est nécessaire (*McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517) et ce, en incluant les dispositions de la *Charte canadienne des droits* (*Douglas / Kwantlen faculty assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 ; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929. Sous cet éclairage, il était difficile de s'étonner que la Cour s'inspire de cette approche et, qu'afin de lui donner pleine efficacité, elle conclut que la convention collective « incorpore » d'une façon implicite les dispositions d'une loi provinciale relative aux droits de la personne. Pour une décision récente qui consacre les pouvoirs de réparation des tribunaux administratifs suivant l'article 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lire *R. c. Conway*, [2010] 1 R.C.S. 765. À mon avis, l'analyse et la conclusion de la Cour suprême s'appliquent, par analogie, aux arbitres de griefs.

13. Sur l'impact de cet important arrêt, lire D. ROUX, A.-M. LAFLAMME, dir., *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail : Chartes, normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc. : Actes du colloque tenu à l'Université Laval / 8 novembre 2007*, 2008, Montréal, Wilson & Lafleur. Voir aussi D. NADEAU, « La Charte des droits et libertés de la personne du Québec : naissance d'un « nouveau salarié » dans un droit en mutation », dans « La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives », 2006 *R. du B.* (hors-série) 399.

14. L'article 8.06a) de la convention collective à l'étude prévoyait expressément que « l'employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il juge acceptable et une telle mesure ne peut faire l'objet d'un grief ni être soumise à l'arbitrage et ne constitue pas un différend entre les parties », *supra*, note 5, par. 3.

15. *Ibid.*, par. 4. Avant la fin de sa période d'essai, la salariée avait pris un congé de maternité. *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H-19.

16. *Ibid.*, par. 23.

nus implicitement dans chaque convention collective [...] »¹⁷. Contredisant, par cette assertion, toute la philosophie autonomiste sous-jacente aux relations collectives de travail, le juge Iacobucci ajoutait qu'« on ne peut pas déterminer les droits et obligations substantiels des parties à une convention collective en se reportant uniquement aux intentions réciproques qu'ont exprimées les parties contractantes dans la convention »¹⁸.

10. Que le texte de la convention collective soit silencieux relativement au droit de contester une fin d'emploi en raison de son caractère discriminatoire¹⁹ ou qu'il dispose expressément de cette question en prévoyant que certains salariés ne peuvent déposer un grief afin d'attaquer leur congédiement même pour des motifs discriminatoires²⁰, la majorité de la Cour indiqua que « certains droits et obligations existent indépendamment des intentions subjectives des parties »²¹ ; permettant du même coup à l'arbitre d'avoir compétence pour en disposer.

11. À cette démarche ouverte à la pluralité de sources, deux juges, dont le juge LeBel, ont manifesté leur dissidence²². Mettant en relief la liberté des parties à la convention collective de « circonscrire le périmètre de leurs ententes en l'absence de disposition législative dérogatoire expresse ou implicite »²³ ainsi que leur droit d'exclure diverses catégories d'employés de certaines dispositions de la convention collective et types de différends de la compétence de l'arbitre²⁴, le juge Major, rédacteur de l'opinion, exprima son désaccord à l'égard de l'argument de l'incorporation du droit extérieur développé par la majorité de la Cour. À son avis, « [À] moins que le législateur n'adopte une législation incorporant la substance de ses lois dans les conventions collectives, on doit présumer que syndicats et employeurs peuvent déterminer quels employés et différends sont couverts par la convention collective et ont donc accès à l'arbitrage obligatoire [...] »²⁵ Seule réserve – et on verra que celle-ci permet d'expliquer la position qu'adoptera ultérieurement le juge LeBel dans les arrêts *Isidore Garon* et

17. *Ibid.*, par. 28 et 49.

18. *Ibid.*, par. 29.

19. *Ibid.*, par. 28.

20. *Ibid.*, par. 35-36.

21. *Ibid.*, par. 36.

22. L'opinion dissidente a été rédigée par le juge Major.

23. *Ibid.*, par. 74.

24. *Ibid.*, par. 94.

25. *Ibid.*, par. 80.

SFPQ – la convention collective ne doit toutefois pas entrer *en conflit* avec une loi ou l'intérêt public²⁶.

12. S'inscrivant parfaitement dans le courant de l'autonomie contractuelle, cette opinion dissidente permet de mesurer le profond respect que ses auteurs accordaient à l'égard du pouvoir normatif des parties à une convention collective. Certes, ceux-ci rappelaient que la liberté contractuelle des parties n'est pas absolue²⁷, mais ils reconnaissent à des parties négociantes le droit d'exclure du droit à l'arbitrage de grief certains groupes de salariés et ce, indépendamment du motif de leur contestation. Les salariés à l'essai ne se voyaient donc pas privés d'exercer leur droit fondé sur le *Code des droits de la personne*, mais les juges dissidents estimaient que les parties étaient en droit de déterminer que ce recours ne pouvait être exercé devant l'arbitre de grief. Dit autrement, pour les dissidents, le forum arbitral est lié à l'application et à l'interprétation des normes *qu'elles ont convenues à la convention collective* et non pas celles qui, tout en étant reliées à l'exercice de la prestation de travail, tirent leur source de lois extérieures.

13. Le jugement majoritaire prononcé trois ans plus tard dans l'arrêt *Isidore Garon* reprenait, dans une large mesure, cette approche « autonomiste » ou « contractuelle ». Ici, contrairement à *Parry Sound*, les conventions collectives à l'étude ne privaient pas des salariés d'exercer leurs recours en arbitrage. Fallait-il cependant, selon les employeurs impliqués, que les droits qu'ils invoquaient en matière de préavis de fin d'emploi se retrouvent à la convention collective. Or, une des conventions collectives à l'étude était muette à ce sujet et la seconde se limitait, pour les mises à pied de plus de six mois, à un renvoi à la *Loi sur les normes du travail*²⁸. Au soutien de leurs griefs, les syndicats alléguaient que la norme relative au préavis de fin d'emploi, prévue à l'article 2091 C.c.Q., s'ajoutait aux textes conventionnels et autorisait ainsi l'exercice de leurs griefs devant l'arbitre. Pour leur part, les employeurs s'objectaient à la compétence arbitrale en soulignant « l'absence d'un rattachement à la convention collective »²⁹.

26. *Ibid.*, par. 80 et 93. Mes italiques. Dans de tels cas de conflits, le juge LeBel fera appel, dans *Isidore Garon* et *SFPQ*, à la hiérarchie des droits afin d'écarter le principe de l'autonomie contractuelle. (*supra*, 17-19).

27. *Ibid.*

28. *Isidore Garon*, note 4, par. 2. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1.

29. *Ibid.*, par. 4.

14. Situant la question sous l'angle contractuel, la juge Deschamps, au nom de la majorité, précisa qu'à l'exception des normes minimales édictées par la *Loi sur les normes du travail*, « la durée du délai de congé est donc une matière qui doit être déterminée dans le cadre des négociations entre le syndicat et l'employeur »³⁰. Les modalités de fin d'emploi appartenant, selon la majorité, « au champ naturel des négociations syndicat-employeur sur les conditions de travail »³¹, « le fait que les parties aient omis de stipuler dans la convention collective les conséquences de la fermeture de l'entreprise n'a pas pour effet de rendre applicable le droit commun en matière de contrats individuels de travail [...] »³².

15. Sans isoler la convention collective de l'ensemble de l'ordonnancement juridique, la majorité dégagea que seules les règles de droit commun « compatibles » avec le régime collectif des relations de travail pouvaient être, à la manière de *Parry Sound*, « incorporées à la convention collective »³³. Or, selon la majorité de la Cour, les caractéristiques fondamentales du régime collectif des relations de travail, le pouvoir exclusif de représentation des syndicats accrédités et, en corollaire, l'interdiction de toute négociation individuelle qui en découle constituaient autant d'éléments qui faisaient du délai de congé, prévu à l'article 2091 C.c.Q., une notion incompatible avec un contexte conventionnel collectif et ce, en raison de sa nature individuelle³⁴.

16. Dans un environnement profondément marqué par le consensualisme, l'immixtion de sources de droit extérieures, la règle d'« incorporation », mise de l'avant dans *Parry Sound*, permettant de suppléer au contenu normatif négocié était loin de représenter, pour la majorité, une règle universelle, mais devenait assujettie à une condition de « compatibilité » qui, en l'espèce, se heurtait, selon elle, au fondement même du régime d'organisation des rapports collectifs du travail. On le constate, la résis-

30. *Ibid.*, par. 39.

31. *Ibid.*, par. 41.

32. *Ibid.*, par. 40. Pour un commentaire critique de cet arrêt, lire F. MORIN, « Être et ne pas être à la fois salarié ! », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 22-60. Du même auteur, lire « La qualité juridique de la convention collective et le principe de l'ordre hiérarchique des sources de droit ! », (2010) 35(3) *Le Bulletin* 15-34, La Conférence des arbitres du Québec, (http://www.conférence-des-arbitres.qc.ca/App_Doc/Bulletin/Bulletin%202010-08.pdf, 22/11/10).

33. *Ibid.*, par. 24.

34. *Ibid.*, par. 32 et 38.

tance à la pluralité des sources repose essentiellement, tout comme c'était le cas pour les juges dissidents dans *Parry Sound*, sur une vision de l'organisation des rapports collectifs du travail où l'autonomie contractuelle a préséance sur les autres sources de droit. Le raisonnement est simple : des salariés ont désiré s'associer afin de négocier collectivement leurs conditions de travail. Du fait du pouvoir de représentation et de négociation du syndicat accrédité, l'équilibre des pouvoirs entre les salariés et leur employeur serait dès lors, d'une certaine façon, rétabli³⁵ et c'est donc à travers le fruit de cette négociation, et seulement qu'à cet endroit, que les droits applicables au milieu de travail accrédité doivent se retrouver. Autrement dit, si, dans *Isidore Garon*, les parties avaient voulu traiter de la question de préavis de fin d'emploi en cas de fermeture d'entreprise – ou le faire autrement que par un renvoi aux dispositions de la *Loi sur les normes du travail* – elles n'avaient qu'à le faire³⁶. Leur silence marquait la limite, à tous égards, de leurs engagements et droits.

17. Dans son opinion dissidente, le juge LeBel développa, pour la première fois, une position mettant de l'avant la théorie de la hiérarchie des règles de droit. Sans écarter la théorie de « l'incorporation » des dispositions d'ordre public dégagee de *Parry Sound*, le juge LeBel précisa que « l'utilisation du terme « incorporation », bien que celui-ci soit utile pour la conceptualisation de l'intégration des sources diverses, *n'est pas tout à fait exacte*. Il est plus approprié, dira-t-il, d'énoncer que les différentes sources en droit du travail s'harmonisent pour constituer un cadre juridique complet »³⁷.

18. D'où, ajouta le juge LeBel, l'inévitable établissement d'une hiérarchie et la nécessité d'évaluer « dans quels cas les règles établies par une convention collective et celles qu'édicte la loi auront préséance »³⁸. La méthode d'analyse, qui avait été adoptée par la majorité de la Cour, est alors inversée : le régime collectif des relations de travail et sa prégnance contractuelle ne s'imposent plus ici comme un corpus de règles qui, sans être

35. *Ibid.*, par. 59. La majorité indique que « [D]ire d'un salarié qu'il est isolé ou vulnérable alors qu'il est représenté par un syndicat serait faire affront au syndicalisme. »

36. Lire à ce sujet les commentaires de L. LECLERC, « Le contrat de travail et la convention collective », dans D. ROUX et A.-M. LAFLAMME, *supra*, note 14, p. 56, p. 67-69.

37. *Isidore Garon*, note 4, par. 168, mes italiques.

38. *Ibid.*, par. 169.

étanche, s'ouvre timidement et avec son lot de conditions, aux sources de droit antérieures. Au contraire, la convention collective doit être appréhendée, comme toute autre source normative, à travers le prisme des règles régissant la hiérarchie législative des sources. Il s'agit donc moins de s'interroger quant à « l'incorporation » ou non d'une norme extérieure à l'égard du contenu d'une convention collective que de situer celle-ci dans la perspective élargie de l'ensemble de l'ordonnement juridique afin d'en dégager les conséquences.

19. À cet égard, le juge LeBel établit que les règles relatives au préavis de résiliation du contrat de travail prévues au *Code civil du Québec*, possèdent, malgré l'absence de mention expresse à cet effet, un caractère d'ordre public de direction³⁹. Ainsi, selon lui et ses collègues dissidents, « le droit commun intègre dans le contenu implicite de la convention collective certaines règles de droit nécessaires à sa mise en œuvre, malgré le silence de cette entente »⁴⁰.

20. Au lendemain de *Isidore Garon*, le clivage entre les deux visions était on ne peut plus manifeste. L'avancée d'une position favorisant la pluralité des sources en milieu conventionné, établie d'une façon éclatante dans *Parry Sound*, se trouvait considérablement relativisée dans *Isidore Garon*. En assujettissant l'incorporation du droit extérieur à des conditions « structurelles » de compatibilité, il devenait évident que la percée des droits extérieurs au sein de la convention collective se voyait immanquablement freinée par les principes mêmes d'un régime priorisant l'autonomie normative des parties. En raison de l'incertitude se dégageant de ces arrêts, il était inévitable que les deux pôles d'analyse se croisent à nouveau, si tant est que le principe de l'incorporation mis de l'avant par *Parry Sound* et le test de la « compatibilité » développé dans *Isidore Garon* n'étaient pas de mariage facile dans le cadre de l'exercice quotidien du droit.

21. L'arrêt *SFPQ* – et deux autres décisions connexes⁴¹ – ont donc permis à la Cour suprême du Canada de revenir sur cette

39. *Ibid.*, par. 171-174.

40. *Ibid.*, par. 167.

41. Il s'agit des arrêts *Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy c. Québec (Procureur général)*, D.T.E. 2010T-502, 2010 CSC 29, et *Syndicat des professeurs et professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières*, D.T.E. 2010-505, 2010 CSC 30.

problématique. La convention collective à l'étude dans *SFPQ* privait expressément certains salariés – saisonniers, occasionnels ou temporaires – de leur droit de contester par grief leur fin d'emploi⁴². Du fait que les salariés visés possédaient par ailleurs plus de deux ans de « service continu » au moment de leur congédiement, leur syndicat a contesté, par grief, la décision de l'employeur de mettre un terme à leur emploi et ce, malgré la présence d'une clause contractuelle expressément à l'effet contraire. S'inspirant directement de *Parry Sound*, le syndicat alléguait que la norme substantielle du travail prévue à cette disposition était incorporée implicitement à la convention collective ; accordant ainsi à l'arbitre la compétence nécessaire pour disposer des griefs. L'employeur s'objectait pour sa part à la compétence arbitrale en soulevant à la fois le texte explicite de la convention collective et le fait qu'à son avis, seule la Commission des relations du travail avait compétence pour disposer du recours prévu à l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*⁴³. Tout comme dans *Parry Sound* et dans *Isidore Garon*, la marge d'autonomie des parties dans la détermination du champ d'application de leur convention collective – et, incidemment, de celui de l'arbitrage de grief – se trouvait donc au centre du litige.

22. L'employeur, notons-le, ne niait pas l'existence de la norme externe ; d'autant qu'elle était expressément d'ordre public⁴⁴. Toutefois, il invoquait qu'en raison de la décision des parties d'exclure, à la convention collective, certaines catégories de salariés d'un droit au grief en cas de fin d'emploi, ces derniers n'avaient d'autre choix que d'exercer leur recours, dont la protection était tirée de la *Loi sur les normes du travail*, auprès du tribunal administratif désigné, selon lui, par le législateur pour en disposer. Dans cette perspective, on le constate, la liberté contractuelle, telle que défendue par l'employeur – qui, notons-le était, en

42. Dans un des dossiers (Mireault), la clause 4-14.28 de la convention collective ne rendait applicables aux employés saisonniers ou occasionnels les dispositions de la convention relatives aux mesures disciplinaires, et notamment la clause 4-14.21 donnant ouverture au dépôt d'un grief par un employé en faisant l'objet, que dans la mesure où cet employé ait été embauché pour une période d'un an ou plus ou, s'il s'agit d'un employé occasionnel, que s'il possédait au moins douze mois de service. Aucun autre recours n'était prévu pour un employé qui est exclu de la procédure de grief. Dans le second dossier (Messaoudan), l'article 5-17.04 de la convention interdisait à tout employé congédié au cours ou à la fin d'un stage probatoire de déposer un grief à l'encontre de son congédiement. *Supra*, note 5, par. 4-5.

43. *Ibid.*, par. 15-17.

44. Art. 93, *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1.

l'espèce, un ministère québécois et un organisme en découlant⁴⁵ – permettait ainsi de repousser, à l'extérieur de la convention collective et de son champ d'application, une norme d'ordre public...

23. Dans le cadre du jugement majoritaire, le juge LeBel indique que « ce n'est pas tant sous l'angle de l'intégration implicite des dispositions de la L.n.t. aux conventions collectives que sous celui de l'effet de la hiérarchie des sources de droit pertinentes en droit du travail sur le contenu et la mise en œuvre des conventions collectives que doit être abordée, en l'espèce, la question du caractère d'ordre public de la L.n.t. »⁴⁶. Le principe de la hiérarchie des sources de droit pertinentes, développé, par le même juge dans *Isidore Garon*, mais fragilisé par le mutisme du C.c.Q. quant au caractère d'ordre public des articles 2091-2092 C.c.Q., a pu se déployer ici plus facilement en raison de l'absence de toute ambiguïté quant à la nature d'ordre public de la norme explicitement prévue à l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*.

24. Sans hésitation, la majorité énonce donc que « [L']ordre public législatif produit donc ses effets sur le contenu même du contrat de travail ou de la convention collective, et non uniquement sur son encadrement juridique »⁴⁷ et que « [L]e caractère impératif de la norme signifie plutôt que toute disposition conventionnelle incompatible avec l'interdiction du congédiement sans cause juste et suffisante d'un salarié justifiant de deux ans de service continu est réputée non écrite, ce qui modifie le contenu de la convention collective »⁴⁸. Du fait de leur incompatibilité avec la norme substantielle prévue à l'article 124 L.n.t., les clauses des conventions collectives alors à l'étude ont été considérées nulles et réputées non écrites⁴⁹.

25. Les juges dissidents, sous la plume de la juge Deschamps, reconnaissent, certes, le caractère d'ordre public de la norme prévue à l'article 124 L.n.t. et estiment qu'une convention collective ne peut contenir de norme prohibée ou représentant une

45. *SFPQ*, note 5, par. 15-16.

46. *Ibid.*, par. 39.

47. *Ibid.*, par. 41. Dans le récent arrêt de *Montigny c. Brossard*, 2010 CSC 51, le juge LeBel, au nom de la Cour, indique clairement que « En raison de son statut quasi constitutionnel, ce document [la Charte québécoise], je le rappelle, a préséance, dans l'ordre normatif québécois, sur les règles de droit commun. » (par. 45).

48. *Ibid.*, par. 42.

49. *Ibid.*, par. 50.

protection moindre que ce qui est prévu à cette loi⁵⁰. Toutefois, ils sont d'avis que « [...] la norme prévue à la L.n.t. ne serait pas pour autant incorporée à la convention collective »⁵¹, puisqu'à leur avis, « [...] le législateur peut désigner une juridiction autre qu'un arbitre lorsqu'il l'estime approprié »⁵². En l'espèce, c'est ce qu'il aurait fait en octroyant à la Commission des relations du travail une compétence exclusive pour disposer du recours prévu à l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*.

26. La démarche de la juge Deschamps est, somme toute, fort similaire à la voie empruntée par les juges dissidents dans *Parry Sound* et à celle qu'elle-même avait adoptée au nom de la majorité dans *Isidore Garon* : cette position consiste, en fait, à reconnaître, sans ciller, que des parties à une convention collective peuvent dissocier le contenu de celle-ci, ainsi que son administration, de larges pans de son environnement législatif et ce, fussent-ils, comme en l'espèce, d'ordre public. En insistant sur le fait que « rien n'impose aux parties l'obligation de confier à l'arbitre nommé aux termes de la convention collective la responsabilité de mettre en œuvre cette protection »⁵³, et en ajoutant que « [L']arbitre est lié par la convention collective et le C.t. [...] »⁵⁴, les juges dissidents s'en remettent donc à ce principe fondamental dans le monde des rapports collectifs du travail, soit le « choix des parties ». Si les parties ne peuvent faire abstraction des droits de la personne et aux autres normes d'ordre public, elles sont autorisées, par ailleurs, à exclure ces normes du champ d'application de la convention collective.

27. Dans l'arrêt *SFPQ*, ceci signifiait concrètement que les deux salariés syndiqués, détenant chacun plus de deux ans de service continu auprès de leur employeur, auraient dû, selon les juges dissidents, exercer *individuellement* leurs recours devant la Commission des relations du travail. Dans cette perspective, ces salariés, *nonobstant leur statut de syndiqués*, devenaient donc – en raison des termes de la convention collective – en marge de celle-ci et de son administration ; la juge Deschamps reconnaissant d'ailleurs qu'un « syndicat *n'est pas tenu de représenter un*

50. *Ibid.*, par. 101.

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*, par. 100.

53. *Ibid.*, par. 101, la juge Deschamps se référait alors à la protection découlant de l'article 124 L.n.t.

54. *Ibid.*

employé devant la C.r.t. – bien qu'en pratique il le fasse dans de nombreux cas [...] »⁵⁵. Ajoutant que la Commission des normes du travail « n'a elle aussi aucune obligation de présentation »⁵⁶, la consécration du « choix des parties » permet, certes, une approche qui sied bien à la philosophie contractuelle sous-jacente au régime collectif du travail, mais a pour effet immédiat d'isoler des salariés, syndiqués, de leur « milieu naturel » qu'est la convention collective, l'arbitrage de griefs et la représentation syndicale obligatoire qui découlent pourtant de ce système prévu par le *Code du travail*.

b) Une grille d'analyse innovante : la hiérarchie des droits « subsidiaire »

28. Si, *a priori*, l'arrêt *SFPQ* ne paraît qu'une nouvelle variation sur le thème opposant les « autonomistes » et les tenants d'une ouverture à la pluralité des sources, variation favorisant cette fois la seconde tendance, je suis d'avis que la majorité de la Cour a néanmoins innové en développant une grille d'analyse qui se distingue des deux arrêts précédents et qui pourrait permettre, par son caractère mixte, de rapprocher les deux courants.

29. Tel que signalé précédemment, le juge LeBel indiquait, dans sa dissidence de *Isidore Garon*⁵⁷, sa réticence à l'égard du concept « d'incorporation » des normes mis de l'avant dans *Parry Sound* et repris, avec la formulation de conditions y afférentes, par la majorité dans *Isidore Garon*. D'où le développement de son approche fondée sur le principe de la hiérarchie des sources de droit.

30. À première lecture, la distinction entre la théorie de l'incorporation des normes et celle de la hiérarchie des sources peut sembler ténue si on se limite à n'examiner que l'effet final de ces deux approches, soit, dans les deux cas, l'invalidité de la disposition contrevenant à une norme quasi-constitutionnelle ou d'ordre public. Selon moi, il faut aller au-delà de ce premier constat afin de mesurer la différence entre les deux approches. Si, tel que le révèle clairement l'arrêt *Parry Sound*, la théorie de l'incorporation implique un véritable bouleversement du contenu

55. *Ibid.*, par. 85, mes italiques.

56. *Ibid.*

57. *Supra*, par. 17.

d'une convention collective et ce, afin d'y intégrer directement un ensemble de normes extérieures, la démarche fondée sur la hiérarchie des sources est plus en phase avec le respect des diverses formes d'expression du droit au sein de l'ordonnement juridique. Contrairement à l'approche de l'incorporation où le texte d'une convention collective devient un genre de collage entre une partie visible (les dispositions convenues) et une autre, invisible (l'incorporation implicite des dispositions législatives compatibles), la hiérarchie des droits n'impose pas une superposition complexe de normes, mais est plutôt compatible avec le principe de l'autonomie normative des parties à une convention collective : les normes contractuelles demeurent, mais doivent respecter un ordre juridique supérieur. Rien de vraiment révolutionnaire dans cette reconnaissance toute simple de la volonté du législateur de prioriser certaines normes – porteuses nécessairement de valeurs qu'il estime supérieures – et ce, à l'avantage de d'autres.

31. En somme – et il s'agit là selon moi du principal intérêt de la position développée par le juge Le Bel – la hiérarchie des sources, tout en imposant sa préséance **lorsque requise**, ne renverse pas, en milieu de travail syndiqué, la démarche contractuelle « naturelle » qui caractérise son régime : c'est d'abord, selon la majorité, la convention collective qui doit être examinée. À ce titre, le juge LeBel fait siens les propos de la professeure Guylaine Vallée qui indiquait « qu'[i]l revient aux parties des rapports collectifs de faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective ou lors de la procédure de grief. L'articulation entre des règles issues de ces sources en milieu syndiqué doit se faire au sein des instances des rapports collectifs du travail et non en dehors d'elles »⁵⁸.

32. Plutôt que d'emprunter la voie de la migration automatique et intégrale d'un corpus de normes extérieures vers la convention collective – posant, de la sorte, tout le problème connexe de la « compatibilité » – la majorité de la Cour considère, en fait, la convention collective comme le creuset où les parties négociantes doivent déterminer entre elles comment la hiérarchie des sources se déclinera. La différence de perspective entre les

58. *SFPQ*, note 4, par. 44. Pour le texte de G. VALLÉE, voir « Les lois de l'emploi et la convention collective », dans D. ROUX et A.-M. LAFLAMME, dir., *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail : Chartes, normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc. : Actes du colloque tenu à l'Université Laval / 8 novembre 2007* (2008), 81, p. 88.

deux approches est, selon moi, majeure puisqu'elle inverse totalement l'angle d'analyse en mettant d'abord l'accent sur la responsabilité, voire le devoir, des parties à une convention collective de formuler des règles respectueuses des sources législatives supérieures, en fonction du contexte propre à leur milieu de travail. C'est donc à ce niveau que l'analyse fondée sur la hiérarchie des droits, **lorsque requise**, devra obligatoirement s'amorcer.

33. Le principe de l'autonomie contractuelle est donc préservé. Bien qu'omniprésente, la hiérarchie des sources n'interviendra *qu'en seconde ligne*, soit après avoir examiné si les parties ont, au sein de leur convention collective, articulé des règles permettant de concilier celles-ci aux sources supérieures et, si tel est le cas, vérifié comment cet arrimage a été effectué. Même si, *a priori*, le caractère « subsidiaire » de cette approche peut sembler en totale contradiction avec l'essence même des droits supérieurs impliqués, elle s'harmonise parfaitement avec l'univers fortement contractualisé des conventions collectives. En somme, la majorité concilie avec finesse deux perspectives qui, on l'a vu précédemment, mènent très souvent à des conclusions opposées. Elle souligne qu'en matière de convention collective, le premier mot appartient toujours aux parties impliquées et que c'est à ce niveau que toute analyse, même celle impliquant la hiérarchie des droits, doit s'amorcer.

34. Telle est d'ailleurs – et ceci doit être souligné – la démarche qui a été adoptée par la Cour suprême dans le cadre des deux autres décisions prononcées, de façon concomitante, à l'arrêt *SFPQ*⁵⁹. Contrairement à la profonde division exprimée dans

59. Dans l'arrêt *Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy*, *supra*, note 41, le syndicat avait déposé un grief à l'encontre de la décision du Cégep de retirer la priorité d'emploi à un enseignant au motif que cette décision n'est pas fondée sur un motif raisonnable au sens de la clause 5-1.09 de la convention collective. Au cours de l'audience arbitrale, le syndicat demanda cependant que la clause 5-1.09 soit déclarée inopposable puisqu'à son avis le retrait de la priorité d'emploi constitue un congédiement et que la règle de droit applicable devait être alors celle de l'existence d'une cause juste et suffisante, tel que le prévoit l'article 124 L.n.t. L'arbitre conclut que le retrait de la priorité d'emploi était fondé sur un motif raisonnable suivant la clause 5-1.09 de la convention collective. Elle se déclara sans compétence pour appliquer l'article 124 L.n.t. Le juge LeBel, au nom de la majorité des juges, applique, dans une brièveté qui ne manque pas d'étonner à première vue, la démarche développée dans *SFPQ*, soit une application de type subsidiaire à la théorie de la hiérarchie des droits. Plutôt que d'incorporer une norme extérieure d'ordre public ou d'appliquer automatiquement le caractère prépondérant de la norme d'ordre public, le juge a préféré tenir compte du texte de la convention collective prévoyant un recours pour le salarié et situer celui-ci dans

cette dernière décision, tous les juges sont arrivés, dans ces deux affaires, à des conclusions identiques et ce, en reprenant, sans le mentionner expressément, la grille d'analyse développée par le juge LeBel dans *SFPQ*. L'accent a, en effet, été placé d'abord et avant tout sur le texte des conventions collectives alors à l'étude. Dans la mesure où celles-ci prévoyaient une protection équivalente à la norme d'ordre public stipulée à la *Loi sur les normes du travail*, les juges LeBel et Deschamps n'ont pas eu recours à la notion d'intégration de sources extérieures. Tout en s'assurant du respect découlant de la hiérarchie des sources, cette démarche est un bel exemple d'une approche où la conciliation de l'essence contractuelle des rapports collectifs du travail à l'ensemble de l'ordonnement juridique est préférée aux écueils d'une « incorporation » aveugle du droit externe.

35. Cet arrimage, possible lorsque des conventions collectives prévoient des dispositions se rapprochant de la norme d'ordre public, a toutefois connu sa limite dans les cas où, comme dans *SFPQ*, les parties ont décidé d'exclure, que ce soit expressément ou implicitement, toute équivalence de la protection législative du champ de la convention collective. L'impasse entre les deux tendances examinées précédemment devenait ici totale. Si tous les juges de la Cour reconnaissent qu'une disposition contractuelle contrevenant à une norme d'ordre public est invalide⁶⁰, les conséquences de cette conclusion, en regard du contenu même de la convention collective, divergent entre les deux positions. Dans une perspective nettement « autonomiste », les juges dissidents

son contexte général ; reconnaissant, du coup, la compatibilité de cette disposition avec la norme extérieure d'ordre public (par. 1-2). Même si la juge Deschamps ne se prononce pas sur la nature du texte de la convention collective, ses propos, intéressants par ailleurs, s'inscrivent dans une même démarche orientée vers les textes pertinents de la convention collective (par. 13-15). Dans l'arrêt *Syndicat des professeurs et professeuses de l'Université du Québec à Trois-Rivières*, *supra*, par. 41, le non renouvellement du contrat d'une professeure était au centre du litige. Le syndicat prétendait que la décision de l'Université équivalait à un congédiement effectué sans cause juste et suffisante, contrairement à la fois à une disposition de la convention collective et à l'article 124 L.n.t. L'arbitre a conclu que la clause contractuelle constituait une procédure de réparation équivalente à la norme législative et a donc ordonné aux parties de procéder en vertu de cette clause extérieure à la convention collective. Dans la même approche que celle mise de l'avant dans *SFPQ*, le juge LeBel a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner l'effet de l'article 124 L.n.t. puisque la convention collective contenait des dispositions suffisamment claires quant au congédiement. (par. 1). Tel qu'indiqué précédemment, pour le juge LeBel, la hiérarchie des droits ne joue que lorsque c'est requis. La juge Deschamps mettra, pour sa part, l'accent sur le texte de la convention collective et va conclure que la convention collective accordait une protection adéquate pour la personne salariée. (par. 5)

60. *SFPQ*, note 4, par. 42 et 101.

considèrent que les parties peuvent décider d'évacuer du champ d'application de la convention collective le substrat d'une norme d'ordre public. Certes, la personne salariée ne peut être privée de la protection législative, mais, à la lumière du choix des parties, celle-ci ne pourra être mise en œuvre au sein de l'instance régissant, en principe⁶¹, les litiges en milieu de travail syndiqué.

36. Pour les tenants de l'approche contraire – et c'est celle-ci qui a été retenue dans *SFPQ*, la hiérarchie des sources ne permet pas une telle liberté : la norme d'ordre public a un effet obligatoire autant à l'égard du contenu de la convention collective que relativement à l'expression de la volonté même des parties. Dans cette perspective, la question ne consiste pas à s'interroger quant à l'intention du législateur d'incorporer ou non une disposition législative au texte d'une convention collective, mais exige plutôt de déterminer comment une norme hiérarchiquement supérieure peut être appliquée au sein de celle-ci. Cette vision, large et compatible avec une convention collective en phase avec la pluralité des sources, inscrit donc résolument les rapports collectifs du travail dans un tout intégré où, sans qu'il ne soit requis de parler « d'incorporation », la coexistence entre l'autonomie contractuelle et la norme extérieure est reconnue, tout en indiquant qu'en cas de conflit, le statut hiérarchique de l'une aura préséance sur l'autre.

37. Partisan depuis longtemps d'une vision horizontale du droit en milieu de travail collectif⁶², je suis d'avis que la position développée par la majorité de la Cour n'écarte ni les fondements contractuels si chers au monde du travail, ni le début de conventions collectives à forte densité législative. D'une façon équilibrée, la Cour signale, dans la même perspective que celle adoptée dans les dernières années en matière d'accommodement⁶³, que les parties à une convention collective ont un rôle déterminant à jouer

61. Pour les arrêts reconnaissant le principe de l'exclusivité arbitrale, voir *infra*, notes 65-66.

62. D. NADEAU, « L'arbitrage de griefs : vecteur d'intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 153-173.

63. La lecture des arrêts *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161 et *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43 est fort révélatrice de cette approche de « contractualisation » des droits. La Cour y

dans l'élaboration de normes contractuelles, tout en s'assurant que celles-ci s'harmonisent avec le droit.

38. Le second mérite de l'approche mise de l'avant dans *SFPQ* – et cet aspect sera examiné en seconde partie – consiste à rappeler clairement aux parties que le mécanisme d'arbitrage de grief fait partie intégrante de cet ensemble normatif et que la volonté contractuelle de l'écarter se butte à la philosophie de « respect de la compétence arbitrale » mise de l'avant, et réaffirmée à diverses reprises, par la Cour suprême depuis vingt-cinq ans. Au-delà de la limite qu'elle pose à l'autonomie contractuelle, la position développée par la majorité dans *SFPQ* place donc toute la problématique de la compétence arbitrale sous un nouvel éclairage empreint, à mon avis, de cohérence, de responsabilisation accrue des parties et de défis importants pour l'ensemble des intervenants.

II) LA COMPÉTENCE ARBITRALE ET L'OBLIGATION DE REPRÉSENTATION SYNDICALE DANS LA MOUVANCE DE LA HIÉRARCHIE DES DROITS

a) Une compétence arbitrale renforcée...

39. Depuis l'arrêt *St. Anne Nackawik*⁶⁴, la Cour suprême a dégagé, en plusieurs touches et retouches, un principe privilégiant nettement l'exclusivité de la compétence de l'arbitre de griefs à l'égard des litiges découlant expressément ou implicitement d'une convention collective⁶⁵. Appliquée avec constance et

reconnaît, en effet, que les nouvelles obligations découlant de normes quasi-constitutionnelles ne viennent pas dénaturer le contrat de travail, qu'elles doivent se concilier avec les règles générales du droit du travail (arrêt *Hôpital général de Montréal*, par. 15 et 19) et que les consensus négociés par les parties constituent des éléments importants à considérer dans le cadre de l'application de ces normes (*Hydro-Québec*, par. 19-20). En somme, la Cour, sensible aux particularités des droits en présence, préfère mettre de l'avant une approche horizontale des droits de la personne, favorisant ainsi une « intégration adaptée », qu'une vision purement verticale de ceux-ci qui risquerait d'annihiler tout le dynamisme créatif des parties dans l'élaboration des conditions de travail applicables dans un milieu de travail. À ce titre, force est de reconnaître que la démarche de la majorité dans *SFPQ* possède plusieurs traits communs avec ces récentes décisions de la Cour en matière d'accommodement. Il est à noter que ces deux jugements ont été rédigés par la juge Deschamps.

64. *St. Anne Nackawic Pulp & Paper c. SCTP*, [1986] 1 R.C.S. 704.

65. Voir *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929 ; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967 ; *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128 ; *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666.

rigueur dans le cadre de la relation « arbitrage *vs* tribunaux supérieurs »⁶⁶, la Cour suprême, pour ne citer qu'elle⁶⁷, a fait preuve de beaucoup moins de cohésion face au diptyque « arbitrage *vs* autres tribunaux spécialisés »⁶⁸.

40. Les conséquences de cette imprécision se reflètent dans plusieurs dossiers où des tribunaux ont conclu au partage ou même à la négation de la compétence arbitrale et ce, à l'égard de litiges relevant pourtant directement de la convention collective⁶⁹. En examinant attentivement plusieurs de ces décisions, on remarque que le point commun entre celles-ci consiste souvent à faire abstraction du facteur de rattachement entre la question en litige et la convention collective – ce qui devrait être le point d'appui de toute analyse – afin plutôt de se demander si le législateur avait l'intention de confier cette question à un autre tribunal administratif que l'arbitre de grief. Sous un tel angle, il est facile d'imaginer que la conclusion penchera, la plupart du temps, en faveur de ce tribunal administratif. L'analyse adoptée par les juges dissidents dans *SFPQ* illustre d'ailleurs parfaitement cette position : même si les recours, portés par le syndicat, contestaient spécifiquement la fin d'emploi de salariés syndiqués, la juge Deschamps estima que la question de compétence posée dans ce dossier devait être examinée en « commençant » par les dispositions de la *Loi sur les normes du travail*⁷⁰. En fait, la conclusion de l'opinion dissidente se trouvait inscrite, dans une large mesure, dans cette assertion de départ.

41. Dans *SFPQ*, la perspective adoptée par la majorité de la Cour est diamétralement à l'opposé et située, comme il se doit, la question de compétence *en fonction de la convention collective*, du

66. Voir les arrêts *Weber, O'Leary et Bisailon*, note 65.

67. La Cour d'appel du Québec connaît parfois des difficultés à reconnaître de possibles applications de la compétence exclusive de l'arbitre de grief : voir, par exemple, *Gauthier c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2007] R.J.D.T. 1376 (C.A.).

68. Sur cette problématique, lire C. BRUNELLE et M. SAMSON, « Les conflits de compétence entre tribunaux spécialisés : une question de textes ou de contextes ? », (2008-2009) 39 *R.D.U.S.* 223-260 ; M. MANCINI, « Les droits et libertés de la personne en milieu syndical : l'arbitre de grief ou le Tribunal des droits de la personne, quel est le forum compétent ? », (2009) 68 *R. du B.* 327.

69. Voir, à titre d'exemple, *Gauthier c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, *supra*, note 67. Pour un commentaire de cet arrêt, lire D. NADEAU, « La Commission des lésions professionnelles, la Charte des droits et l'interprétation des conventions collectives : un trio à redéfinir ! Analyse critique de la décision *Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys* », (2008) 38 *R.G.D.* 161.

70. *SFPQ.*, par. 67.

« contexte complet » de celle-ci. C'est à la lumière de celle-ci, de son libellé, de l'étendue des protections et des pouvoirs qu'elle accorde que le juge LeBel en vient à la conclusion que les recours à l'étude relevaient de la compétence arbitrale⁷¹.

42. La facture de cette analyse est simple, mais importante à mettre en exergue. Elle rappelle qu'en matière de détermination du champ de la compétence arbitrale, la démarche mise de l'avant par les arrêts-clés *St. Anne Nackawik*, *Weber* et *Bisailon* n'a rien d'une étude à tâtons afin d'identifier quel pourrait être le tribunal approprié pour disposer du recours d'un salarié syndiqué. Un ordonnancement a été prescrit dans ces arrêts et impose, dans les cas où la question relève ou découle de la convention collective, une exclusivité arbitrale incompatible avec une parcellisation de cette compétence. Du coup, le recours d'un salarié syndiqué qui s'inscrit dans cette perspective ne peut être évacué du champ de l'arbitrage de grief parce qu'un autre tribunal pourrait également faire valoir une compétence à son égard. Il ne s'agit pas ici de prétendre – comme certaines personnes pourraient le craindre – que l'arbitrage de grief devrait jouir d'un quelconque statut prépondérant par rapport à l'ensemble des autres tribunaux administratifs, mais de donner un sens à la volonté du législateur d'assujettir « tout grief » à l'arbitrage⁷² et d'éviter, du même coup, une multiplicité de recours et autres chevauchements de compétence en milieu de travail syndiqué.

43. Sans être innovante en soi, la grille d'analyse adoptée par la majorité, appliquée, notons-le, sans formalisme pesant, envoie un message important à l'ensemble de la communauté s'intéressant aux relations collectives de travail : la hiérarchie des normes et la compétence arbitrale de principe se conjuguent naturellement et font en sorte que tant le contenu d'une convention collective que son mécanisme d'application et d'interprétation qu'est l'arbitrage de grief ne peuvent, ni ne doivent être dissociés de l'ensemble du droit. Cette synergie, déjà mise de l'avant entre autres dans *Weber* et *Parry Sound*, se trouve donc confirmée avec éclat et devrait guider, est-il permis de le souhaiter, l'analyse des différents tribunaux saisis de questions de conflits inter-juridictionnels au cours des prochaines années.

71. *Ibid.*, par. 41-45.

72. Art. 100 C.t.

44. L'arrêt *SFPQ* ne se limite donc pas à une application originale du principe de la hiérarchie des sources au sein des conventions collectives. En corollaire, cette décision indique que l'arbitrage de grief représente toujours le principal interprète de ces conventions. En phase avec une tendance jurisprudentielle lourde qui place, depuis vingt-cinq ans, l'arbitrage de grief au centre du règlement des litiges en milieu de travail syndiqué, cette nouvelle décision accentue le rôle et la responsabilité de l'ensemble des intervenants impliqués dans un arbitrage de grief. Parties à la convention collective, procureurs et arbitres sont tour à tour interpellés par cette vision d'un tribunal spécialisé qui, à titre exclusif, n'est plus seulement que l'interprète de « l'intention des parties », mais représente l'institution par qui cette « intention » sera, lorsque requis, examinée à l'aune d'une hiérarchie des droits qui lui est forcément supérieure.

45. J'ajouterais deux brèves remarques à ce sujet. D'une part, au moment où certains commentateurs soulèvent, face à l'élargissement de la compétence arbitrale et à son obligation d'appliquer des lois d'ordre public, des inquiétudes relativement à l'indépendance de l'institution arbitrale en raison de ses origines croisées⁷³, il est intéressant de constater que la majorité de la Cour n'a pas hésité à indiquer que les arbitres de griefs sont « des décideurs qui détiennent des pouvoirs d'intervention similaires et offrent des garanties analogues d'indépendance et d'impartialité »⁷⁴ que les membres de la Commission des relations de travail. Je note que cette assertion n'a pas été remise en cause par la juge Deschamps. En effet, dans le cadre des arrêts *Cégep de Ste-Foy* et *UQTR*⁷⁵, cette dernière a estimé, sans discussion à propos des qualités institutionnelles de l'arbitre, que les conventions collectives à l'étude prévoyaient des garanties équivalentes à la norme prévue à l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* et que les tribunaux d'arbitrage étaient compétents pour les appliquer⁷⁶.

73. G. TRUDEAU, « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire », (2005) 84 *R. du B. Can.* 249 ; G. NOTEBAERT, « Faut-il réformer le système d'arbitrage au Québec ? », (2008) 53 *R.D. McGill* 103, 124-127. J'entends par l'expression « origines croisées » le fait que l'arbitrage de grief est, dans la majorité des juridictions canadiennes, imposé par la loi, mais la nomination et la rémunération de l'arbitre relèvent des parties à la convention collective.

74. *SFPQ.*, par. 52, mes italiques.

75. *Supra.*, note 41.

76. Dans l'arrêt *Cégep de Ste-Foy*, la juge Deschamps ne se prononce pas relativement au texte même de la convention collective, et ce, compte tenu de la nature du débat posé par les parties devant l'arbitre (par. 14). Néanmoins, elle profite de l'arrêt

46. Parfaitement compatible avec une conclusion similaire que la Cour suprême a déjà retenue relativement à des arbitres de différends⁷⁷, le commentaire du juge LeBel confirme, à mon avis, que, pour la Cour suprême, l'arbitrage de griefs offre, à la fois en raison de ses caractéristiques distinctes et de ses particularités⁷⁸, des garanties suffisantes pour assurer l'indépendance des arbitres de griefs.

47. Même s'ils ont été exprimés dans le cadre de la dissidence, ma seconde observation a trait aux énoncés de base formulés par la juge Deschamps dans *SFPQ* à propos de la portée de la compétence arbitrale. S'appuyant sur un extrait de l'arrêt *Morin* où la majorité de la Cour a signalé qu'il n'existait pas « *in abstracto* de présomption légale d'exclusivité »⁷⁹ en faveur de l'arbitrage de griefs et en invoquant que l'arrêt *Regina Police Assn.*⁸⁰ avait établi que préséance devait être accordée à l'intention du législateur pour déterminer la compétence d'un tribunal à l'égard d'un litige⁸¹, la juge Deschamps présente la compétence arbitrale dans sa version la plus exsangue. Si, en l'espèce, cette approche facilite la démonstration subséquente de l'opinion dissidente, elle omet de signaler le principe, rappelé dans l'affaire *Bisailon c. Université Concordia*⁸² – arrêt, rappelons-le, postérieur aux décisions *Morin* et *Isidore Garon* – selon lequel « [N]otre Cour a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de se pencher sur la compétence matérielle de l'arbitre de griefs *et a clairement adopté une position libérale, favorable à la reconnaissance à l'arbitre de griefs d'une compétence exclusive étendue sur les questions relatives aux conditions de travail*, pour autant que celles-ci puissent se rattacher expressément ou implicitement à la convention collective [...] »⁸³. Je souligne que la juge Deschamps partageait alors ces propos formulés par le juge LeBel⁸⁴.

pour formuler des commentaires pertinents quant à la méthode d'analyse devant être adoptée à l'égard des critères d'application de l'article 124 L.n.t. (par. 14).

77. *S.C.F.P. c. Ontario (Canadian Region)*, [2001] 1 R.C.S. 539, par. 108-111.

78. *Supra*, note 73.

79. *SFPQ*, note 4, par. 66.

80. La juge Deschamps se référait alors à l'arrêt *Regina Police assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360.

81. *SFPQ.*, par. 66.

82. [2006] 1 R.C.S. 666.

83. *Ibid.*, par. 33.

84. Les juges McLachlin, Bastarache et Binnie étaient dissidents.

48. En s'en remettant plutôt à l'arrêt *Morin*⁸⁵, décision isolée de 2004 où la Cour a conclu à une compétence concurrente entre l'arbitrage de grief et le Tribunal des droits de la personne du Québec, les juges minoritaires affichaient, dès le début de leur analyse, une orientation se situant en marge du courant majoritaire faisant de l'exclusivité arbitrale le principe de base plutôt que l'exception.

49. Quant à la référence faite à l'arrêt *Regina Police Assn.*, la juge Deschamps insiste sur le concept de « l'intention du législateur » qui s'en dégage afin de le reprendre ultérieurement dans son analyse du dossier *SFPQ*. Or, si le principe de l'intention législative est sans contredit une donne incontournable, il paraît pertinent de rappeler que, dans l'arrêt *Regina Police Assn.*, ce principe jouait un rôle prédominant dans la solution du litige puisque le législateur avait, dans une loi spécifique, *exclu expressément de la compétence arbitrale* certaines matières pour les attribuer à d'autres instances décisionnelles prévues à cette même loi⁸⁶. Constatant, à la lecture même que l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*⁸⁷ n'a rien de commun avec une telle exclusion, il est possible de se demander si l'enseignement qui se dégage de l'arrêt *Regina Police Assn.* ne contribue pas plutôt, par une lecture comparative, à soutenir la compétence arbitrale retenue justement par la majorité de la Cour...

b) Et une obligation de représentation syndicale en expansion

50. L'arrêt *SFPQ*, on le constate, ne peut se résumer à une seule question technique de détermination de compétence juridictionnelle. En fait, c'est toute la dimension de la perméabilité des

85. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185.

86. *The Police Act*, S.S. 1990-91, c. P-15.01. Outre l'exclusion expresse prévue à cette loi (art. 60.3), la convention collective (art. 8) indiquait, en conformité avec les prescriptions législatives, que la procédure de grief et d'arbitrage ne pouvait être utilisée dans les cas où les dispositions de la loi s'appliquaient : *supra*, note 84, par. 32.

87. « Le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise et qui croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante peut soumettre sa plainte par écrit à la Commission des normes du travail ou la mettre à la poste à l'adresse de la Commission des normes du travail dans les 45 jours de son congédiement, sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention. »

instruments juridiques, y incluant celle des instances décisionnelles, qui se trouve au cœur de cet arrêt. La portée de l'obligation de représentation syndicale, du fait de lien intrinsèque avec les bases fondamentales du régime des rapports collectifs du travail, se trouve obligatoirement associée à ce récent développement jurisprudentiel.

51. Si, dans la perspective de la juge Deschamps, « un syndicat n'est pas tenu de représenter un salarié devant la C.r.t. »⁸⁸ – reprenant ainsi des propos similaires formulés par la Cour d'appel dans la décision visée par le pouvoir⁸⁹ – cette position, fort inquiétante selon moi – ne peut plus être retenue à la lumière de la décision majoritaire prononcée par le juge LeBel. En raison de « l'ordre public législatif », les salariés syndiqués ont non seulement un droit à l'application de toutes les normes en découlant, mais cette dernière doit être faite à travers le prisme de la convention collective et, si besoin est, de l'arbitrage de grief. Du coup, ceci implique que l'obligation de représentation épouse nécessairement toute la sphère couverte par la convention collective, en tenant compte, à la fois, de ses dispositions expresses et de celles qui – comme dans l'affaire *SFPQ* – s'y appliquent de manière implicite *via* le principe de la hiérarchie des normes. Ainsi, que ce soit à l'étape de la négociation de la convention collective ou à celle de son administration, la partie syndicale doit obligatoirement tenir compte de l'ensemble des règles impératives applicables à la relation de travail et adopter les positions requises afin de s'assurer que ces normes soient respectées.

52. Évidemment, lors de la phase de négociation de la convention collective, cette « sensibilité » à l'égard de l'environnement juridique extérieur ne peut être le fait unique du syndicat et doit être partagée par l'employeur. Toutefois, à la lumière de décisions récentes où des salariés ont reproché à leur syndicat et à l'employeur d'avoir convenu de clauses illégales, il apparaît que le syndicat doit indiquer expressément et avec vigueur son désaccord face à de telles dispositions. À défaut de le faire, il pourra être

88. *SFPQ.*, note 4, par. 85.

89. 2008 QCCA 1054, par. 65. Selon la Cour d'appel, « le syndicat est le seul interlocuteur pour les fins de l'application de la convention collective. Or, l'article 124 L.n.t. ne relève pas de l'application de la convention, par conséquent le monopole du syndicat cesse de s'appliquer. » (par. 65)

condamné, de façon solidaire avec l'employeur, à des dommages-intérêts⁹⁰.

53. Détenteurs d'un monopole qui ne laisse place à aucune représentation parallèle des salariés couverts par une unité de négociation, les syndicats doivent donc s'ajuster à une vision moderne où l'intégration du droit devient une règle qui conditionne simultanément le contenu de la convention collective et la portée de leur obligation de représentation. L'élasticité qui découle de cette approche, si elle est compatible avec une protection accrue des droits des salariés visés, ne fait rien pour préciser, avec un minimum de certitude, l'étendue de l'obligation de représentation syndicale. D'où la pertinence, tant pour le syndicat que pour l'employeur, de saisir, dirais-je de manière préventive, l'ouverture signalée par le juge Le Bel dans *SFPQ* quant à leur rôle « de faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective [...] »⁹¹.

54. Certes, la marge de manœuvre dessinée par la Cour suprême n'est pas absolue. Il sera toujours difficile, en effet, de s'assurer, à l'avance, de la compatibilité de toutes les dispositions d'une convention collective avec l'ensemble des normes législatives supérieures. Cependant, en reconnaissant un rôle actif aux parties à l'égard de cette articulation des sources au sein de la convention collective, la Cour abolit symboliquement la frontière qui semble exister entre le droit interne (la convention collective) et le droit externe (les normes légales hiérarchiquement supérieures). Des aménagements sont donc possibles et ceux-ci relèvent, au premier chef, des parties à une convention collective.

55. L'exercice est délicat, c'est vrai. Mais, il demeurera toujours moins perturbant qu'un désaveu émanant d'un tribunal... et ce, situation embarrassante s'il en est une, à la demande de salariés visés par la convention collective attaquée⁹² !

90. Voir *Syndicat du transport de Montréal – CSN c. Commission des droits de la personne et de la jeunesse et al.*, D.T.E. 2010, 120 (C.A.) et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des constables spéciaux*, D.T.E. 2010T-197 (T.D.P.Q.), perm. d'appel accordée : QCCA 641, 30 mars 2010 (C.A.).

91. *SFPQ*, par. 44.

92. Telle était la situation factuelle à la base des arrêts mentionnés à la note 89.

III) UNE OUVERTURE AU DROIT EXTÉRIEUR ET À LA RESPONSABILISATION DE L'ENSEMBLE DES INTERVENANTS

56. La convention collective, source souveraine des droits et obligations applicables dans un milieu syndiqué, correspond décidément à une vision du passé. Cette culture, pour ne pas dire ce culte, de l'autonomie normative, de « l'intention des parties », remise en cause à de nombreuses reprises depuis une trentaine d'années, connaît, avec l'arrêt *SFPQ*, son épilogue. Oui, le syndicat et l'employeur demeurent maîtres de l'élaboration du contenu de la convention collective les liant, mais, plus que jamais, leur liberté d'action sera sous surveillance. Si l'émergence des droits fondamentaux avait déjà marqué une première et importante limite à l'autonomie des parties, la Cour suprême vient de fixer une nouvelle balise, qui n'était pourtant que de l'ordre normal des choses, soit celle relative au respect des normes d'ordre public. En invoquant la théorie de la hiérarchie des sources et en modélisant l'application de celle-ci, la Cour suprême a innové en ayant recours à une approche plus large, plus globale et plus en phase avec la place de la convention collective dans l'ordonnement juridique que celle de l'incorporation adoptée en 2003 dans *Parry Sound*.

57. Frein significatif à l'autonomie contractuelle des parties, cette nouvelle approche est non seulement le vecteur d'un enrichissement normatif de la convention collective, mais entraîne avec elle, telle une conséquence inévitable, l'élargissement du champ potentiel de nullité de ces dispositions de conventions collectives qui ne réussiront pas à passer le test de la compatibilité avec les normes législatives supérieures. C'est sûrement en ayant à l'esprit cet élément d'instabilité latente que la Cour suprême a indiqué qu'il revenait d'abord aux parties syndicale et patronale « de faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective » ; façon on ne peut plus claire de privilégier une intégration en harmonie de sources extérieures à un monde du travail préoccupé par des solutions *ad hoc* et compatibles avec l'exploitation efficace de l'entreprise visée par la convention collective. Séduisante *a priori*, cette approche, permettant de possibles aménagements de droits quasi-constitutionnels ou d'ordre public, n'est évidemment pas sans limite ; l'articulation des normes ne devant pas être synonyme de négation des droits des salariés.

58. En fait, la théorie de la hiérarchie des sources rappelle, si cela était nécessaire, que les salariés visés par la convention collective sont également des « personnes », titulaires de droits pouvant transcender le cadre et le texte de la convention collective. Leur appartenance à un syndicat ou le fait qu'ils se trouvent couverts par une unité de négociation n'impliquent, en principe, aucune renonciation à l'ensemble de ces normes extérieures. À cet égard – et contrairement au flou émanant du jugement majoritaire dans *Isidore Garon* à l'égard de la coexistence de la convention collective avec le droit commun – le message de la Cour est limpide : pour des salariés syndiqués, le droit ne s'arrête pas aux limites de la convention collective et il importe, plus que jamais, que tous les intervenants du monde du travail le comprennent et en appliquent les conséquences.

59. Pour les syndicats et les employeurs québécois et canadiens, l'arrêt *SFPQ* ne fait qu'accentuer encore plus les nombreuses et inévitables pressions qui caractérisent les négociations de conventions collectives et leur mise en œuvre subséquente. Dans une période marquée par l'insécurité économique, les soubresauts budgétaires des organisations, une mondialisation souvent associée à des délocalisations ou autres impartitions, il est vraisemblable de croire que la question de l'articulation des sources ne constitue pas, *in se*, un enjeu central de toutes les négociations collectives. L'arrêt *SFPQ*, par l'intensité de son propos, notifie toutefois aux acteurs et actrices des rapports collectifs du travail qu'ils ne peuvent ignorer que les normes légales supérieures font indubitablement partie du tissu de leurs relations et que celles-ci doivent guider, au sein de leurs institutions, l'ensemble de leurs actions. Puisse ce message être bien reçu et appliqué !

Les juristes de l'État et le Barreau : observations de droit comparé

Alejandra BOTO ÁLVAREZ

Résumé

Une comparaison, à propos du régime de la prestation de services juridiques à l'État en droit italien et espagnol, d'une part, et en droit canadien et québécois, d'autre part, éclaire la relation entre le droit et l'État dans ces deux groupes de systèmes juridiques.

On constate en effet un fort contraste entre les privilèges de procédure attachés, en Espagne et en Italie, à la personne des juristes de l'État lorsqu'ils conseillent et représentent celui-ci dans une instance devant un tribunal, d'une part, et d'autre part la quasi-absence de traitement particulier accordé à l'État et aux membres du Barreau qui le conseillent et le représentent devant les tribunaux canadiens et québécois. Ce constat soulève l'hypothèse qu'un tel contraste soit imputable à certaines différences de fond quant à la situation juridique de l'État lui-même.

Une analyse doctrinale et jurisprudentielle et l'observation empirique de la situation des deux groupes de juristes (européens et canadiens) dans l'appareil de l'État, ainsi que de certains des privilèges de procédure reconnus à l'État ou à ses représentants dans ces différents systèmes juridiques nationaux, mettent en évidence un traitement très différent de la relation entre les juristes de l'État et l'ordre professionnel des avocats. Ainsi, alors qu'en droit italien et espagnol, les juristes au service exclusif de l'État sont placés en marge de l'organisation professionnelle générale des juristes et n'ont donc pas l'obligation d'appartenir au Barreau, en droit canadien et québécois, au contraire, l'appartenance à l'ordre professionnel des avocats est un préalable à l'embauche comme juriste au service de l'État.

En Italie et en Espagne, la position des juristes de l'Etat à l'écart du Barreau et leur pratique d'un « professionnalisme élitiste » découlant directement de leur mission au service de l'État et de l'intérêt général projettent parfois l'image d'une « caste » privilégiée. Au Canada et au Québec, par contre, l'engagement des juristes au service de l'État ne les soustrait pas au droit professionnel et à l'organisation de leur profession ; à travers leur propre soumission au savoir et à l'éthique de leur profession se joue, en partie, la soumission de l'État lui-même au droit, celui qui s'applique à tous les autres sujets de droit. Même si, dans un tel modèle, inspiré du droit anglais, on peut parler aussi d'un certain élitisme professionnel des juristes de l'État, lié au caractère particulier de leur mission, il s'agit d'une manière distincte de définir la « profession » et l'« élite ».

Les juristes de l'État et le Barreau : observations de droit comparé

Alejandra BOTO ÁLVAREZ*

1. Introduction : les différents modèles d'aménagement des services juridiques de l'État 255
2. Les services juridiques de l'administration en Italie : l'*Avvocatura dello Stato* 259
3. Les services juridiques de l'administration en Espagne : l'*Abogacía del Estado* 261
4. Les juristes de l'État au Canada et au Québec 265
5. Réflexions autour de l'appartenance des juristes de l'État au Barreau. 273

* Docteur en droit administratif, Université d'Oviedo (Espagne). Je voudrais remercier le Professeur P. ISSALYS, de l'Université Laval, pour sa précieuse aide pendant mon séjour de recherche au Québec en automne 2007 et bien après, lors des travaux préparatoires de ma thèse doctorale sur *L'Administration instrumentale comme partie à l'instance*. En fait, ses commentaires à propos de certains passages de cette thèse ont été le germe du présent article. Je tiens aussi à remercier M^e M. LAJOIE, M^e P.-M. LAJEUNESSE et M^e J. RENAUD, de l'Association des Juristes de l'État québécois, des fructueux échanges qui ont alimenté la préparation de ce texte. Bien entendu, les imperfections du texte ne sont imputables qu'à l'auteure.

1. INTRODUCTION : LES DIFFÉRENTS MODÈLES D'AMÉNAGEMENT DES SERVICES JURIDIQUES DE L'ÉTAT

L'étude du régime de la prestation de services juridiques à l'État est un domaine dans lequel la doctrine juridique en général s'est peu aventurée, peut-être parce que l'on juge qu'il s'agit là d'une question relevant de la stratégie technique de chaque Administration. Cependant, une analyse approfondie et comparative du sujet est susceptible d'offrir des conclusions très intéressantes pour le champ du droit administratif, surtout si l'on tient compte du fait que dans certains pays, comme l'Italie ou l'Espagne, la situation d'une entité publique en tant que partie à une instance dépend encore beaucoup de l'identité de son représentant, malgré que l'on ait souvent souhaité qu'il en soit autrement.

En général, on doit convenir qu'il y a deux grands modèles « classiques » de prestation de services juridiques à l'Administration publique¹. Ainsi, on trouve d'un côté des systèmes à caractère institutionnel, caractéristiques de l'Italie ou de l'Autriche, dans lesquels la représentation juridique de l'Administration, notamment dans le cadre de la procédure contentieuse, incombe en exclusivité à un corps de juristes intégré à la fonction publique². À l'autre extrémité du spectre se situent les systèmes de libre choix, comme le système français, dans lesquels l'Administration se fait représenter par un avocat praticien, d'exercice libéral, qui ne jouit d'aucune exclusivité³. Hors de cette classification bipartite on doit faire référence au système britannique, très diffusé

1. Cela dit, en pratique, aucun de ces modèles n'est mis en œuvre à l'état pur.

2. Voir G. BELLI, « Avvocatura dello Stato », dans *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Milan, Giuffrè, 1959, p. 670-680 ; S. SCOCA, « Avvocatura dello Stato », dans *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I-2, 3^e éd., Turin, UTET, 1957, p. 1685 et s. ou I.F. CAMARAZZA, « L'Avvocatura dello Stato nella storia e nell'esperienza degli altri paesi », dans *L'Avvocatura dello Stato verso il 2000 nel solco della tradizione (Atti del Primo Congresso Nazionale degli Avvocati e Procuratori dello Stato)*, Florence, 1989, p. 35 et 36.

3. Voir J. MASSOT, « La représentation de l'État français en justice », dans *L'Avvocatura nei principali ordinamenti giuridici (Atti del Convegno Internazionale, Roma-Napoli 21-23 maggio 1987)*, Rome, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1990, p. 229-234 ou C. CARRIOT, « Modelo francés », dans *La Asistencia Jurídica al Estado en el siglo XXI (Primer Congreso de la Abogacía del Estado)*, Navarre, Aranzadi, 2000, p. 196-172.

dans l'ensemble du Commonwealth et même au-delà. Il est placé, en quelque sorte, à mi-chemin entre les deux modèles classiques et il est irréductible à l'un ou l'autre car il combine des éléments divers⁴.

Dans les systèmes dits institutionnalisés, on constate parfois que certains privilèges de l'Administration en matière de procédure sont liés à la personne du juriste-fonctionnaire de l'État, pour des raisons enracinées dans la tradition. Dans ces cas, il ne s'agit pas simplement de fonctionnaires appartenant à un corps d'élite qui fournissent un service de qualité supérieure sans frais supplémentaires, ce qui est déjà un grand avantage en soi, mais aussi d'un corps qui bénéficie d'un régime dérogatoire favorable dans la procédure, notamment en matière de signification et de détermination du for⁵. Il est évident, donc, que la décision de créer un tel service juridique de l'État, institutionnalisé au sein de l'Administration publique, au lieu de s'adresser aux avocats d'exercice libéral, déborde largement le terrain de l'organisation interne de l'Administration et constitue un véritable choix politique qui mérite d'être examiné de plus près. Ainsi, on a parfois évoqué les effets potentiellement pernicieux pour la libre concurrence d'un tel type de services juridiques institutionnalisés⁶. En effet, l'attribution de la défense contentieuse des organismes publics aux avocats fonctionnaires de l'Administration vient à soustraire dans une certaine mesure une partie du marché aux praticiens privés.

-
4. Voir K.J. CAMERON, « The Defence of the State Administration Before the Courts of Justice » dans *L'Avvocatura nei principali...*, op. cit., p. 357-630 ; G. DREWRY, « Lawyers in the UK Civil Service », (1981) 59 *Public Administration* 15-46 ; L. BLOM-COOPER, « Lawyers and Public Administrators : Separate and Unequal », (1984) *Public Law* 215-235 et T. DAINTITH et A. PAGE, *The Executive in the Constitution : Structure, Autonomy and Internal Control*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 217-286.
 5. On parle, en Italie, des *deroghe al diritto processuale comune* du Code de la procédure civile (voir P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, 4^e éd., Milan, Giuffrè, 2003, p. 69 et s. ou F. CANGELLI, « Le parti », dans *Giustizia Amministrativa*, 2^e éd., Turin, Giappichelli, 2006, p. 175 et s.). En Espagne, on trouve un régime particulier de l'Administration dans ses rapports avec la justice, qui comporte certains privilèges de procédure. Ces privilèges sont réglés notamment dans la Loi 52/1997, du 27 novembre, sur l'assistance juridique à l'État et ses institutions publiques (voir, pour tous, P.M. BUTRÓN BALINA, « Los privilegios procesales del Estado y la Ley 52/1997, de 27 de noviembre », *La Ley*, vol. 6/1998, p. 2344-2350).
 6. Voir l'arrêt du Conseil d'État italien, section VI, numéro 1852 du 22 avril 2008 commenté dans M. BORGIO, « Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato è compatibile con le regole comunitarie sugli appalti », *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 4/2008, p. 5-8. Le texte intégral de l'arrêt est accessible dans <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>.

Bien que peu nombreuses, on peut trouver quelques études sur les différentes modalités d'aménagement de la prestation de services juridiques à l'État dans la littérature européenne. Il s'agit d'études présentées notamment au cours des réunions professionnelles des différentes associations de juristes de l'État, chose qui conditionne largement l'approche et le ton général des ouvrages⁷. Dans ces travaux comparatifs consacrés à la prestation de services juridiques à l'Administration publique, les systèmes d'origine anglo-saxonne sont généralement laissés de côté, en raison de leurs caractéristiques particulières liées au système de la common law et de leur statut mal défini, qui confèrent au modèle anglo-saxon un caractère *sui generis* trop éloigné de leur pratique quotidienne pour retenir l'intérêt des juristes d'Europe continentale. Dans le présent texte, par contre, nous n'avons pas voulu renoncer au défi que présentent les modèles de type anglo-saxon et, loin de les ignorer, nous allons donner au système canadien une position centrale dans notre étude.

La prise en considération du droit canadien sur ce point peut paraître a priori étonnante au juriste espagnol, qui y verra une forme d'exotisme. Certes, mis à part certains thèmes bien circonscrits (le fédéralisme, les droits linguistiques et fondamentaux), le Canada est en général peu utilisé comme élément de comparaison dans des travaux juridiques européens. Néanmoins, il nous a semblé qu'il y avait là une séduisante occasion à saisir : parmi tous les pays de droit public anglo-saxon, le Canada est situé à un carrefour qui présente un grand intérêt stratégique du point de vue du droit comparé, étant donné la remarquable mixité qui découle de son ascendance indiscutablement britannique, de l'influence qu'exerce aujourd'hui sur lui le droit américain et de sa riche diversité culturelle, dont l'un des éléments – le régime particulier du Québec dans le cadre de la fédération – s'est imposé à nous comme autre élément de comparaison.

7. Par exemple : *L'Avvocatura dello Stato (Studio storico-giuridico per le celebrazioni del centenario)*, Rome, Istituto Poligrafico dello Stato, 1976 (reéd. 1999) ; *L'Avvocatura nei principali ordinamenti giuridici (Atti del Convegno Internazionale, Roma-Napoli 21-23 maggio 1987)*, Rome, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1990 ; *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Estudios en Homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Navarre, Aranzadi, 1999 ou *La Abogacía del Estado para una Administración del siglo XXI (XXVIII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2007.

La spécificité culturelle du Québec, liée notamment à l'existence sur son territoire d'un système de droit privé fondé sur un Code civil et non pas sur la common law, ne rapproche à première vue la tradition juridique québécoise de celle de l'Europe continentale qu'en matière de droit privé. Mais à plusieurs égards elle place aussi le droit public du Québec dans une situation particulière⁸, notamment en matière d'organisation administrative⁹. Effectivement, ces derniers temps, une partie de la doctrine canadienne elle-même a relevé l'existence d'appréciables différences de préoccupations, de culture et de méthode entre les spécialistes du droit administratif, selon qu'ils sont anglophones ou francophones ; à la dualité linguistique paraissent ainsi correspondre des différences culturelles, dans la manière dont les auteurs abordent et façonnent le droit administratif, entre la production doctrinale québécoise en langue française et les travaux de droit public publiés en anglais dans le reste du pays¹⁰.

-
8. Voir D. LEMIEUX, « The Codification of Administrative Law in Québec », dans G. HUSCROFT et M. TAGGART (dir.), *Inside and Outside Administrative Law. Essays in Honour of David Mullan*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, p. 240-258.
 9. Ce constat oblige à revoir l'idée, reçue jusqu'à très récemment comme allant de soi, selon laquelle à l'inverse du bijuridisme observable en droit privé, le droit public canadien reposait sur des bases uniformes ; il conduit à affirmer qu'existe en réalité au Canada un droit public bilingue, en principe commun, mais dans lequel apparaissent parfois entre les deux traditions (anglophone et francophone) des écarts qui vont au-delà des différences linguistiques. Sur ce point, on trouvera d'un grand intérêt la réflexion de R. LECKEY, « Prescribed by Law/Une règle de droit », (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal* 571-620.
 10. Ainsi, nous avons pu constater, par exemple, que les travaux de la doctrine anglo-canadienne ne s'intéressent presque aux questions d'organisation administrative, concentrant presque toute leur attention sur le contrôle juridictionnel de la légalité administrative (*judicial review*) ; la doctrine anglophone se caractérise également par un empirisme plus prononcé, qui contraste avec le souci analytique et typologique de la doctrine francophone (LECKEY, précité, note 9, p. 603-605). On observe aussi des différences sur le plan des sources du droit et dans des expressions qui laissent même entrevoir que les auteurs n'ont pas la même conception du droit administratif. Ces discordances dépassent le niveau des simples questions de langage ; elles révèlent l'existence d'une culture de droit public différenciée, d'un droit administratif québécois comportant des nuances spécifiques, qui subsistent même lorsque les ouvrages en langue française sont traduits en anglais. C'est là certainement ce qui explique que la doctrine anglo-canadienne de droit public ignore très largement la production doctrinale de ses compatriotes de langue française et se sent plus à l'aise avec les travaux de ses voisins du sud, auxquels elle semble s'identifier davantage. Tout cela explique aussi que la majeure partie des sources bibliographiques que nous utiliserons dans notre travail provient de la doctrine francophone, généralement plus préoccupée par les questions d'organisation administrative, dont elle aborde l'étude dans un esprit de synthèse, englobant aussi bien la dimension provinciale que la dimension fédérale et comblant ainsi le vide laissé par les travaux en langue anglaise.

Voilà à notre avis des motifs suffisants de s'intéresser au droit fédéral canadien, d'une part, et au droit québécois, d'autre part, dans le cadre de cette approche comparative de notre sujet. Nous commencerons par présenter deux des systèmes européens continentaux de services juridiques intégrés à l'appareil public (l'italien et l'espagnol) et après nous confronterons le rôle de ce type de fonctionnaires juristes de l'État en Europe avec le travail des juristes des ministères de la Justice du Canada et du Québec. Notre propos est de mettre en lumière le fait que les différences dans le modèle d'aménagement des services juridiques correspondent en réalité à des différences profondes dans la logique de chaque système juridique et nous chercherons à le démontrer à partir de la place qu'occupe le Barreau dans les modèles d'aménagement respectifs. En effet, la question de l'appartenance des juristes de l'État à l'ordre professionnel des avocats nous semble une question très significative. Les droits italien et espagnol, d'une part, et le droit canadien et québécois, d'autre part, traitent cette question de manière très différente. Cela ne nous semble pas du tout une coïncidence, mais suggère plutôt une différence dans la conception du rapport de l'État au droit.

2. LES SERVICES JURIDIQUES DE L'ADMINISTRATION EN ITALIE : L'AVVOCATURA DELLO STATO

L'Italie représente la version la plus aboutie du modèle des services juridiques intégrés à l'Administration et à la fonction publique¹¹. Ces services sont assurés de façon gratuite par un corps de fonctionnaires d'élite (celui des *Avvocati dello Stato*), qui tient ses attributions de la loi et dont les membres ne sont pas tenus d'appartenir au Barreau¹².

L'appartenance des juristes de l'État italien à un corps spécifique de fonctionnaires, organisé à l'interne selon une pyramide hiérarchique¹³, garantit l'existence de l'unité de doctrine. Celle-ci

11. E. ARBIZU LOSTAO, « L'avvocatura dello Stato. Asistencia, representación y defensa de la Administración en Derecho italiano », *Revista de Administración Pública*, 122, 1990, p. 482.

12. *Ibid.*, p. 494.

13. L'*Avvocatura dello Stato* est dirigée par un avocat général (*Avvocato Generale*) qui est en rapport direct avec le Premier Ministre. Après, elle est articulée en *Avvocature Distrettuali*, qui ont siège dans les capitales de région et dans le siège des Cours d'appel. Il y a en plus un autre organe directeur : le *Comitato Consultivo*.

est essentielle pour préserver la cohérence et la crédibilité du discours juridique du « client » public¹⁴.

L'*Avvocatura dello Stato* a vocation à assurer, à titre d'organe exclusif et unifié des services juridiques de l'Administration, la représentation juridique de toutes les Administrations étatiques italiennes. Elle est régie par un règlement antérieur à la constitution actuelle mais encore en vigueur : le décret royal n° 1611, du 30 octobre 1933¹⁵, que sont venues compléter les dispositions de la Loi n° 103 du 3 avril 1979¹⁶. Dans certains cas, les organismes administratifs bénéficient du mandat de l'*Avvocatura dello Stato* de manière obligatoire et automatique, par le seul effet de la loi (article 1 du décret royal de 1933)¹⁷. Dans d'autres cas, le mandat est à titre facultatif (articles 49 du décret et 11 de la Loi de 1979) et il faut alors qu'il soit autorisé par une disposition d'ordre général¹⁸. En principe, les dérogations à ce système de défense assurée à titre institutionnel par l'*Avvocatura dello Stato* sont résiduelles (il s'agit essentiellement des cas de conflits d'intérêts découlant de différends entre autorités administratives).

L'assistance juridique par l'*Avvocatura dello Stato* est en théorie très avantageuse, car d'autres formes d'assistance juridique (par un cabinet juridique propre au « client » ou par contrat avec des avocats d'exercice libéral, appartenant donc au Barreau) requièrent un grand effort financier. Par ailleurs, la participation

-
14. P. IOVINO et B. SALSANO, « L'Avvocatura dello Stato : cura degli interessi dell'Amministrazione statale », *Rivista della Guardia di Finanza*, 3/2004, p. 875.
 15. *Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611. Approvazione del T.U. delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato* (G.U. 12 dicembre 1933, n. 286). Tous les textes législatifs italiens cités dans cet article sont accessibles gratuitement soit à travers le site Internet du Parlement italien (<http://www.parlamento.it>) et de la *Gazette Officielle* (<http://www.gazzettaufficiale.it/>), soit à travers celui de l'*Avvocatura dello Stato* pour les textes plus anciens et spécifiques (<http://www.avvocaturastato.it/>).
 16. *Legge 3 aprile 1979, n. 103. Modifiche dell'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato* (G.U. n. 99, 9 aprile 1979, *Serie Generale*).
 17. C'est le cas de l'Administration générale étatique, de certaines Agences, de l'appareil administratif des régions à statut particulier (mais avec, dans ce cas, de multiples nuances) et de la plupart des universités. Pour en savoir plus sur ces aspects, on peut voir : E. ZECÇA, « Rappresentanza e difesa in giudizio della Pubblica Amministrazione », *Enciclopedia del Diritto*, Varèse, Giuffrè, 1987, p. 523-540.
 18. Aujourd'hui on peut trouver ce type d'autorisation en faveur notamment des régions à statut ordinaire et de certaines personnes morales relevant de la notion italienne d'établissements publics. Pour en savoir plus sur ces autorisations on peut voir : P. PAVONE, *Lo Stato in giudizio. Enti pubblici ed Avvocatura dello Stato*, 2^e éd., Milan, Giuffrè, 2002, p. 245 et s.

d'un *Avvocato dello Stato* à la procédure contentieuse comporte l'application en sa faveur de certains privilèges processuels, qui sont aussi à l'avantage de l'Administration qu'il défend ; parmi ces privilèges on peut citer quelques règles propres à la communication des actes de procédure¹⁹, ou l'exemption du cautionnement et de la consignation²⁰.

Malgré cela, on constate que parfois les organismes publics, notamment les régions, préfèrent assumer un coût plus élevé et renoncer à ces privilèges pour conserver en revanche un meilleur contrôle sur la défense contentieuse de leurs intérêts²¹. En effet, en dépit de leur professionnalisme exemplaire, les *Avvocati dello Stato* sont intégrés à l'Administration générale de l'État, ce qui suscite des réticences de la part d'organismes particulièrement jaloux de leur autonomie et soucieux de limiter le plus possible les manifestations de la tutelle exercée par l'État.

3. LES SERVICES JURIDIQUES DE L'ADMINISTRATION EN ESPAGNE : L'ABOGACÍA DEL ESTADO

L'Espagne répond aussi au modèle de prestation de services juridiques aux organismes publics par un corps de juristes intégré à l'Administration et à la fonction publique²². On peut observer effectivement de très nombreuses ressemblances entre le fonc-

19. Selon les articles 11 et 12 du décret royal n° 1611, du 30 octobre 1933, la mise en demeure initiale et la signification des pièces en cours d'instance doivent s'adresser directement au fonctionnaire chargé de la défense de l'Administration, à l'adresse où il exerce ses fonctions, ce qui a des conséquences aussi en matière de computation des délais (sur les racines historiques de ces dispositions, voir G. AMORTH et T. TOMASICCHIO, *La citazione in giudizio delle Amministrazioni dello Stato e degli enti patrocinati dalla Avvocatura dello Stato*, 2^e éd., Padoue, Cedam, 1958, p. 22-31 ; sur le régime actuel, voir A. GASPARI, « In tema di *vocatio in jus* delle Amministrazioni dello Stato », *Rivista di Diritto Processuale*, 1/1998, p. 333 et s., ou C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, 2^e éd., Turin, Giappichelli, 2005, p. 37).

20. Les organismes défendus par l'*Avvocatura dello Stato* bénéficient de l'exemption de déposer et de fournir caution selon les articles 9 et 11 du Décret du Président de la République de 30 mai 2002, n° 115, ratifiant le Texte unique des dispositions législatives et réglementaires en matière de dépenses de justice (*Testo unico in materia di spese di giustizia*, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, *Gazzetta Ufficiale n. 139 del 15 Giugno 2002*).

21. G. ALBENZIO, « Il patrocinio delle regioni da parte dell'Avvocatura dello Stato : nuove forme e strutture », *Foro italiano*, 1989, III, p. 309.

22. Pour bien connaître le système espagnol des juristes de l'État il est essentiel de lire : S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La defensa en derecho del Estado*, Madrid, Civitas, 1986.

tionnement de l'*Avvocatura dello Stato* italienne et celui de l'*Abogacía del Estado* en Espagne, particulièrement sur le point qui nous intéresse ici : l'absence d'obligation d'appartenir au Barreau²³.

Cette absence d'obligation d'appartenir au Barreau s'explique par le rôle de l'Administration publique : compte tenu de son obligation générale de protection du public, la présence de l'ordre professionnel n'est plus nécessaire²⁴. Ainsi, l'article 11 du Règlement sur le Statut général du Barreau²⁵ soustrait à l'appartenance obligatoire les personnes dispensées par une loi. Et c'est par l'effet de la loi et sans exception que les *Abogados del Estado* se sont vus attribuer la représentation contentieuse de l'État et de ses organismes autonomes (article 551 de la Loi organique du pouvoir judiciaire)²⁶. Par ailleurs, il est prévu qu'à titre facultatif et sur la base d'une convention écrite²⁷, les *Abogados del Estado* puissent aussi fournir leurs services aux Communautés auto-

-
23. D'autres points en commun sont l'appartenance de ces juristes à un corps spécifique de fonctionnaires publics et un mandat reposant sur une attribution obligatoire par la loi, mais pouvant dans d'autres cas avoir un fondement conventionnel. Pourtant, par d'autres aspects les deux systèmes sont très différents : par exemple, les modalités de recrutement, le rang hiérarchique, les modes de rémunération, l'organisation et la structure interne du service, et surtout la délimitation du cercle des entités susceptibles de bénéficier de l'assistance en justice des juristes de l'État. Pour se renseigner sur toutes ces questions de manière approfondie voir : F. VALDES DAL RÉ, « La asistencia jurídica del Estado en España : El servicio jurídico del Estado », dans *L'Avvocatura nei principali...* précité, note 3, p. 363 et s.
24. À ce sujet on doit consulter les arrêts de la Cour Constitutionnelle espagnole n° 69/1985, 89/1989, 131/1989 et 194/1998 (accessibles dans <<http://www.tribunalconstitucional.es>>). La question de la non-appartenance des professionnels à leur ordre, dans le cas de ceux qui exercent au sein de l'Administration, a été principalement soulevée dans le domaine de la santé, car c'est le secteur où on peut trouver la plus forte proportion de professionnels qui travaillent pour l'Administration publique par rapport à l'exercice privé. À notre avis, cependant, rien ne s'oppose à ce que les mêmes arguments de fond sur l'absence d'appartenance obligatoire à l'ordre professionnel respectif puissent s'appliquer à un avocat qui exerce en exclusivité ses fonctions pour l'Administration publique (voir, dans le même sens, *La Asistencia Jurídica al Estado en el siglo XXI...*, précité, note 3, p. 76 et s.).
25. *Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española*. Tous les textes législatifs espagnols cités dans cet article sont accessibles dans le site Internet de la Gazette officielle (<http://www.boe.es>).
26. *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*.
27. La nature de cette convention prête à débat (Voir P. MARTÍN HUERTA, *Los convenios interadministrativos*, Madrid, INAP, 2000, p. 41 et s. ; J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 95 et s. et R.O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos : Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 2^e éd., Navarre, Aranzadi, 2004, p. 171 et s.).

mes, aux Administrations locales et à divers types d'entités instrumentales, de droit public comme de droit privé²⁸.

La non-appartenance des juristes de l'État espagnol à l'ordre professionnel des avocats fait qu'ils ne sont pas soumis aux pouvoirs disciplinaires et d'inspection du Barreau, mais ne les soustrait pas à d'autres normes générales de la profession, notamment celles de l'éthique²⁹.

Comme en Italie, le recours aux services de l'*Abogacía del Estado* espagnole est très avantageux par son coût minime (il est gratuit dans la plupart des cas) et comporte l'application d'importants privilèges de procédure³⁰ ; le plus remarquable étant en Espagne, peut-être, les règles spéciales en matière de dépens³¹. En principe, dans toute poursuite à laquelle l'*Abogacía del Estado* participe en défense de l'Administration, les dépens relatifs aux honoraires d'avocat peuvent aussi bien être adjugés à l'État que mis à sa charge. Ainsi, les dépens adjugés seront un revenu direct de l'organisme défendu et non des avocats, qui sont déjà entièrement rémunérés pour leurs services comme fonctionnaires avec un salaire fixe annuel³². De plus, pour le calcul de ses honoraires, l'*Abogacía del Estado* n'est pas soumise aux règles du Barreau, ce qui donne lieu à une situation ambiguë en raison de l'absence de critère pour juger du caractère excessif ou non de ces honoraires³³.

28. Voir M.G. CALERO DEL OLMO et J.M. GUTIÉRREZ DELGADO, « Régimen de asistencia jurídica », dans *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones...*, précité, note 3, p. 46 et s.

29. Voir M.C. TEJERA GIMENO, « Abogacía y Abogados del Estado » et L. SÁNCHEZ SOCÍAS, « El sentido de la ética profesional y la deontología del Abogado del Estado », tous les deux dans *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones...* précité, note 7, p. 737 et s.

30. Tout cela laisse entrevoir la persistance d'un certain esprit corporatiste en faveur d'un corps de juristes d'élite, comme nous l'avons déjà fait observer à propos des modalités de la prestation de services par l'*Abogacía del Estado* aux établissements publics, agences, fondations et sociétés à capital public ; voir notre article « Les privilèges des organismes instrumentaux de l'administration espagnole comme partie à l'instance », (2010) 373 *Revue administrative* 14-21.

31. D'autres, comme les règles spéciales en matière de signification, d'assignation et de mise en demeure, l'exemption de déposer et de fournir caution ou l'existence d'un for territorial spécifique rattaché au siège du juriste de l'État, s'appliquent de façon très proche en Italie et en Espagne.

32. En Italie, par contre, les dépens adjugés à l'Administration sont répartis parmi le personnel de l'*Avvocatura dello Stato* à la façon d'une rétribution par résultats (voir l'article 43.4 de la Loi n° 69 du 18 juin 2009 intitulée *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonche' in materia di processo civile*).

33. En principe, et selon l'article 245.3 de la Loi 1/2000, du 7 janvier, sur la procédure civile, les dépens adjugés à l'Administration peuvent être contestés si la

Il reste possible de recourir à d'autres modalités de prestation des services juridiques dans les hypothèses où un texte particulier le prévoit ; ou lorsque l'entité en question soit n'a pas la faculté de recourir aux services de l'*Abogacía del Estado*, soit ne s'en est pas prévalué ; ou encore lorsqu'une entité pourrait faire assurer sa défense par les juristes de l'État mais placerait alors ceux-ci en situation de conflit d'intérêts. Dans ces cas, la prestation de services juridiques peut être assurée par la création, au sein du personnel d'un organisme, de son propre cabinet juridique, ou bien par l'attribution à la pièce de mandats à des juristes externes.

La préférence pour la première option, assez coûteuse, traduit parfois une certaine méfiance à l'endroit de l'*Abogacía del Estado* de la part des autres Administrations, en raison de son intégration organique à l'Administration générale de l'État³⁴. Il n'est donc pas étonnant que cette option ait la faveur des Communautés autonomes, des municipalités de grande taille, des universités et, dans la mesure où leur budget le permet, des sociétés à capital public et des fondations. Dans la même veine, le souci de mettre en relief la neutralité de l'entité explique la création de cabinets juridiques propres aussi par les autorités indépendantes³⁵.

En ce qui a trait à la seconde option, on constate que la Loi sur les contrats du secteur public³⁶ considère les services juridi-

partie adverse trouve indus ou excessifs les honoraires de l'*Abogacía del Estado*. Comment évaluer cette contestation sans se référer aux normes du Barreau ? Comment réagir après avoir constaté un abus de cette nature ? Ces interrogations ont fait l'objet d'une vaste jurisprudence, jusqu'ici divergente, et ont attiré aussi l'attention de la doctrine. Voir notamment les arrêts de la Cour suprême des 13 juillet 2006, 22 décembre 2003, 18 mai 2004 ou 13 décembre 2005 (malheureusement, ces arrêts ne sont accessibles que par abonnement, notamment dans <www.westlaw.es>) ; et dans la doctrine, L. MARTÍN CONTRERAS, « Los abogados en los incidentes de impugnación de costas por excesivas », *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 523, p. 1-4.

34. La direction de l'*Abogacía del Estado* est intégrée au ministère espagnol de la Justice, avec le rang de sous-secrétariat (art. 10 du décret royal 1203/2010, du 24 septembre).

35. Voir I. GRANADO HIJELMO, « Los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas », *Revista de Administración Pública*, 113, 1987, p. 335-363 ; F. DEL RÍO MUÑOZ, « La defensa en juicio de las Comunidades Autónomas », *Revista Jurídica de Navarra*, 9/1990, p. 165-180 ; M. CUSCÓ et M. CUNILLERA, *Defensa y representación de las Corporaciones Locales. La posición jurídica de la Administración Local en el proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Dijusa, 2002, p. 29 ou J. RODRÍGUEZ PELLETERO, « La asistencia jurídica a la Comisión Nacional del Mercado de Valores », dans *La Abogacía del Estado para una administración del siglo XXI...*, précité, note 7, p. 117-125.

36. *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.*

ques comme faisant l'objet de l'une des catégories de contrats de services du secteur public³⁷. Évidemment, dans ces cas, les avocats devront appartenir au Barreau pour être en condition d'exercer la profession.

4. LES JURISTES DE L'ÉTAT AU CANADA ET AU QUÉBEC³⁸

Au Canada, les services de conseil et de représentation juridiques auprès des Administrations publiques sont assurés à titre obligatoire et gratuit par des juristes appartenant au ministère de la Justice. On trouve les bases législatives de l'organisation et de la mission de l'assistance juridique à l'État, au niveau fédéral, dans la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4 et 5, et au Québec, dans la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.Q., c. M-19, art. 3 et 4³⁹.

-
37. Ce contrat aura un caractère administratif lorsqu'il est passé par une « Administration publique », au sens de l'article 3.2 de cette loi, et un caractère privé dans le cas contraire. Alors que la première qualification emporte assujettissement intégral aux dispositions de cette loi, la seconde restreint cet assujettissement aux règles de préparation et d'adjudication du contrat. Par ailleurs, même lorsque le contrat de droit privé ayant pour objet des services juridiques est passé par une entité non comprise dans la notion d'« Administration publique » au sens de cette loi, si cette entité répond par ailleurs aux conditions d'assujettissement à la Directive européenne 2004/18/CE et doit par conséquent être qualifiée de « pouvoir adjudicateur » aux termes de la loi, il faudra lui appliquer les dispositions de l'article 121, en matière de devis techniques et d'élaboration du cahier des charges, et celles de l'article 175, en matière d'adjudication (Voir E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Los contratos de servicios del sector público. Prestaciones intelectuales, asistencias y consultorías*, Madrid, Thomson-Civitas, 2009, p. 289 et s.).
38. Il convient d'observer ici que nous nous intéressons à une question très précise, d'ordre pratique, à laquelle la doctrine canadienne s'est peu intéressée jusqu'ici. Il n'existe donc pas de sources bibliographiques bien adaptées pour nous introduire à cette question ; nous avons par conséquent dû mener notre recherche sur le terrain, en analysant les pratiques habituelles de l'Administration au Canada au contact direct de la réalité, auprès du ministère de la Justice du Québec et de l'Association des juristes de l'État, de même qu'à l'occasion d'entrevues avec des fonctionnaires des services juridiques d'organismes gouvernementaux fédéraux et québécois. Les conclusions tirées de cette recherche de terrain, dans la mesure où elles nous ont paru utiles pour notre étude, forment la base de cette partie du présent article.
39. Ces dispositions décrivent dans des termes assez semblables les attributions du ministre qui porte le double titre de ministre de la Justice et de procureur général. Ces attributions sont d'ordre consultatif (par ex. « donne son avis aux ministres titulaires des divers ministères [...] sur toutes les questions de droit qui concernent ces ministères »), d'ordre contentieux (par ex. « régler et [...] diriger [...] la demande ou la défense dans toutes les contestations formées pour ou contre l'État »), d'ordre administratif (par ex. « la direction de l'organisation judiciaire » ou « veiller à ce que les affaires publiques soient administrées conformément à la loi ») ou d'ordre politique (par ex. « élabore des orientations [...] en matière d'affaires criminelles et pénales »). La loi fédérale rend explicite ce qui n'est que

Parmi les attributions du ministre de la Justice et procureur général on peut distinguer quatre fonctions différentes d'assistance juridique à l'État : (1^o) la représentation en matière pénale (assurée par les substituts du Procureur général), (2^o) la représentation en matière civile, (3^o) le conseil juridique et (4^o) la rédaction législative et réglementaire. Pour la comparaison qui fait l'objet du présent article, nous allons principalement nous intéresser à la prestation de services juridiques relevant des fonctions de plaideur et de conseiller en matière civile, par analogie aux fonctions des juristes de l'État fonctionnaires en Espagne et en Italie⁴⁰.

La prestation de services juridiques aux Administrations peut cependant emprunter plusieurs formes, sans que l'on puisse discerner de règles claires quant à leur utilisation. Tantôt, donc, les Administrations publiques canadiennes font appel – c'est la voie normale – à des juristes salariés, intégrés à la Fonction publique, placés sous l'autorité du ministre de la Justice et détachés auprès des ministères et de certains organismes autonomes ; tantôt, dans le cas d'autres organismes autonomes, à des juristes salariés intégrés au personnel propre de ces organismes ; tantôt enfin, et seulement pour les services relevant des fonctions qui nous intéressent ici, à des juristes d'exercice libéral, engagés et rémunérés sur une base contractuelle.

Pour chercher à expliquer la voie choisie par les Administrations pour se procurer des services juridiques, on doit tenir compte des moyens financiers dont dispose l'entité publique, de la sur-

sous-entendu par la loi québécoise : le rôle du ministre en tant que procureur général est défini par référence à celui que reconnaissent à l'*Attorney General* le droit public anglais et les conventions constitutionnelles en usage en Angleterre (sur la situation en Angleterre, on doit voir T. DAINITH et A. PAGE, *The Executive in the Constitution : Structure, Autonomy and Internal Control*, Oxford, Oxford University Press, 1999, notamment p. 217-286 et D. WOODHOUSE, « The Attorney General », (1997) 50 *Parliamentary Affairs* 97).

40. Notre propos laisse donc de côté d'abord les juristes qui exercent la fonction de procureur de la Couronne. Bien entendu, ils sont aussi des juristes au service de l'État ; toutefois, à cause de leur rôle, très spécifique, dans l'administration de la justice, il est acquis depuis les arrêts *R. c. Boucher*, [1955] R.C.S. 16, 1954 CanLII 3 (S.C.C.) et *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65, qu'ils ont des obligations distinctes, compte tenu de leurs fonctions de poursuite. Quant aux légistes, qui occupent une position de confiance pour traduire correctement dans des projets de loi et des textes réglementaires les politiques du gouvernement on ne les considère pas ici à cause du caractère fondamentalement technique de leur travail, unique au sein de la profession juridique (voir D. MACNAIR, « The Role of the Public Sector Lawyer : From Polyester to Silk », (2001) 50 *University of New Brunswick Law Journal* 125, notamment aux pages 148 et 149).

charge de travail des avocats du ministère de la Justice, du fait que l'État et un organisme public font cause commune dans une affaire (ou, à l'inverse, se trouvent en opposition d'intérêts), etc. Par ailleurs, comme nous l'avons observé pour l'Italie et l'Espagne et sensiblement pour les mêmes raisons, le recours aux avocats du ministère de la Justice suscite parfois des réticences de la part d'organismes particulièrement jaloux de leur autonomie⁴¹. Certes, on peut comprendre en effet que les avocats du ministère de la Justice éprouvent un attachement institutionnel plus fort envers l'Administration centrale qu'envers l'organisme qui peut être momentanément leur client⁴², de manière assez semblable à ce qui se passe dans le contexte italien et espagnol.

Ainsi, il est très fréquent que les grands organismes de régulation économique et les organismes décentralisés jouissant de l'autonomie financière se dotent de leur propre contentieux afin de minimiser les possibilités d'intervention de l'Administration centrale. Cela dit, à l'échelon fédéral, on observe dans des cas précis le phénomène exactement inverse : bien qu'une entité dispose de son propre cabinet juridique, elle aura recours aux avocats du ministère de la Justice pour conférer à sa participation à l'instance un cachet d'objectivité et faire valoir qu'elle cherche à défendre l'intérêt de l'ensemble du secteur public. C'est ce qui se produit assez souvent lorsqu'un tribunal administratif ou un organisme de régulation est appelé à comparaître dans une instance où est attaquée la légalité de l'une de ses décisions⁴³. Au Québec, en revanche, ce phénomène est peu fréquent⁴⁴.

De la même façon, on peut dire que le recours à des praticiens d'exercice libéral, selon les besoins de chaque affaire, caractérise les organismes de plus petite taille, dont l'activité contentieuse prévisible est plus réduite et très particulière, de sorte que l'engagement permanent de moyens matériels et humains ne serait pas justifiable. Au Québec, contrairement à ce qui se passe au niveau fédéral, ces rapports contractuels entre l'État et un avocat de pra-

41. Voir les réflexions de D. JACOBY, à l'époque Sous-ministre de la Justice et Sous-procureur général, lors de la V^e *Conférence des avocats et notaires de la fonction publique : 10 et 11 mars 1983*, dans les actes de la Conférence, p. 369 et s.

42. Voir L. SORMANY, « Les juristes de l'État et le défi de l'éthique », dans *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 335-346.

43. Voir *Northwestern Utilities Ltd. c. Edmonton (Ville d')*, [1979] 1 R.C.S. 684 et *Genex Communications c. Canada (Procureur Général)*, [2006] 2 R.C.F. 199 (CAF).

44. Voir *McKenna c. Commission des lésions professionnelles*, [2001] C.L.P. 491 (CA).

tique privée font objet d'une réglementation⁴⁵ ; voilà une illustration de la différence culturelle, évoquée plus haut, entre le droit administratif québécois et le droit administratif anglo-canadien.

Les avocats plaideurs et conseillers juridiques des Administrations canadienne et québécoise partagent avec leurs homologues italiens et espagnols une vision « institutionnelle » de leur client, considéré comme un ensemble unifié, et sont par conséquence soucieux de préserver la « crédibilité » du secteur public et du service juridique lui-même⁴⁶. En revanche, on constate d'un pays à l'autre de très importantes différences, qui tiennent à la différence entre leurs traditions juridiques respectives. Ainsi, les avocats recrutés par le ministère de la Justice, au Canada, ne se destinent pas forcément à y faire carrière ; la manière dont on s'efforce d'assurer l'unité de doctrine est très différente⁴⁷ ; et, chose particulièrement significative pour notre propos : ils sont obligatoirement membres du Barreau, de sorte que l'engagement de ces juristes au service de l'État ne leur fait pas perdre leur nature profonde de « serviteurs du droit ».

Cette obligation d'appartenance au Barreau s'applique indépendamment de la fonction (parmi les quatre décrites précédemment) dont relèvent ces services et indépendamment de la nature du rapport de travail entre le juriste et l'État (contrat de travail salarié ou contrat de services professionnels). Cette pratique donne plein effet aux dispositions instituant le monopole professionnel des avocats et des notaires⁴⁸, qui ne comportent, à propos

45. Les contrats intervenant entre les organismes publics québécois et les praticiens privés sont qualifiés de contrats de services juridiques, et rattachés à ce titre à la catégorie plus large des contrats de services, dans le nouveau régime fondé sur la *Loi sur les contrats des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1. En vertu du *Règlement sur les contrats de services des organismes publics*, D. 533-2008, (2008) G.O.Q. 2, 3002, les contrats de services juridiques peuvent être conclus de gré à gré, donc sans nécessité préalable d'un appel d'offres ; cette solution découle certainement du caractère *intuitu personæ* que revêtent ces contrats. Par ailleurs, si le contrat est conclu par un organisme décentralisé dont le financement est directement prévu au budget de l'État, il doit être autorisé par le ministre de la Justice, ce qui donne à celui-ci le dernier mot sur le choix de l'avocat, l'examen de ses qualifications et la fixation de ses honoraires.

46. Voir P. NOREAU et G. ROCHER, « Les juristes de l'État québécois », dans *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 34.

47. Voir J.-M. DUFOUR, « Le rôle et les devoirs de l'avocat qui représente un organisme public devant un tribunal administratif », dans *Actes de la XV^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 216.

48. Au Québec : *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 32 ; *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1, art. 128 et 133 ; *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3, art. 15.

de l'exercice de ces professions, aucune distinction selon le caractère public ou privé de la personne à qui sont fournis les services juridiques. On aurait pu soutenir que l'État était soustrait à l'application de ces lois ; mais une telle conclusion aurait été difficilement conciliable avec l'esprit fondamental du droit public anglais, comme nous le ferons valoir dans la dernière section de cet article.

En effet, selon les auteurs⁴⁹ et selon les tribunaux⁵⁰, les juristes plaideurs et les conseillers juridiques⁵¹ de l'État canadien et québécois ne sont pas, par essence, différents de tous les autres avocats. La législation concernant la procédure ou le Barreau ne distinguent pas de catégories d'avocats. Sur ce point encore, le droit anglais est pertinent, car il est la source du postulat de départ, en droit canadien et québécois, quant au régime des relations entre les juristes de l'État et leur « client ». C'est un arrêt de la *Court of Appeal* d'Angleterre qui a servi de point d'appui à la jurisprudence canadienne pour affirmer l'uniformité du régime applicable aux relations entre un juriste et son client, que celui-ci soit une personne privée ou publique, et que le premier soit un salarié du client ou un juriste d'exercice libéral engagé par contrat de services⁵². La jurisprudence québécoise part du même principe, en se fondant sur le *Code de procédure civile*, sur la législation relative aux professions juridiques et sur des sources doctrinales en droit civil et en droit du travail⁵³.

49. Voir par ex. A.C. HUTCHINSON, « In the public interest : the responsibilities and rights of government lawyers », (2008) 46 *Osgoode Hall Law Journal* 105, notamment p. 112 et 113.

50. *Pritchard c. Commission des droits de la personne de l'Ontario*, [2004] 1 R.C.S. 809, 2004 CSC 31 ; *Québec (Commission de la construction) c. Gestion immobilière Montérégie inc.*, [2000] R.J.Q. 299 (C. Q.).

51. On pourrait aussi identifier le procureur pénal au juriste desservant des personnes privées, avec une nuance essentielle : l'obligation particulière d'impartialité qui incombe au procureur de la Couronne à ce titre : *Boucher v. R.*, précité, note 40. Cette obligation du procureur, comme l'explique la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans la décision *Rothmans (New Brunswick v. Rothmans Inc.*, 2009 NBQB 198), est étroitement liée à la mission et aux pouvoirs particuliers du Procureur général en matière de poursuites pénales. Par ailleurs, ni cette obligation, ni ces pouvoirs particuliers, n'ont toutefois pour effet de soustraire le procureur de la Couronne au code de déontologie du Barreau ou à la compétence inhérente du tribunal pour contrôler sa propre procédure : *Krieger c. Law Society of Alberta*, précité, note 40. Il demeure donc un socle commun de règles applicables à tous les juristes de l'État au même titre qu'aux avocats du secteur privé.

52. *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise (No. 2)*, [1972] All E.R. 353, p. 376. La Chambre des lords a confirmé cet arrêt, sans se prononcer explicitement sur ce point : *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise (No. 2)*, [1974] A.C. 405.

53. *Québec (Commission de l'industrie de la construction)*, précité, note 50.

Cela dit, cependant, il faut observer qu'il y a autour du service des juristes de l'État un contexte particulier marqué par la personne de leur client, l'Administration publique, un client qui se compare mal à tous les autres. Cet élément, depuis quelques années, a commencé à être considéré spécifiquement par certains auteurs qui font valoir que la mission des juristes de l'État serait intrinsèquement différente de celle de juristes assistant des personnes privées⁵⁴. De la spécificité de cette mission découleraient des obligations, notamment déontologiques, plus élevées que celles incombant aux juristes « ordinaires »⁵⁵.

Dans l'évolution récente de la jurisprudence on peut trouver quelques exemples qui laissent entrevoir que le régime applicable aux juristes de l'État pourrait acquérir des traits différents par rapport à celui auquel est assujettie l'activité professionnelle des juristes du secteur privé. Ce sont des arrêts qui considèrent que le lien qui unit les juristes de l'État à l'autorité publique qui les emploie comporte un certain impact sur la façon dont ils doivent mener les procès⁵⁶.

54. Voir P. BERNARD, « Les juristes de l'État auraient-ils des devoirs différents ou même plus élevés que ceux des autres avocats ? Une réflexion sur le sujet », dans *XVIII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 3-58 et J. WILNER, « Service to the Nation : A Living Legal Value for Justice Lawyers in Canada », (2009) 32 *Dalhousie Law Journal* 177.

55. Voir, outre les textes de HUTCHINSON, BERNARD ou WILNER, précités, notes 49 et 54 : J. TAIT, « The Public Service Lawyer, Service to the Client and the Rule of Law », (1997) 23 *Commonwealth Law Bulletin* 542 et D. MACNAIR, « In the Service of the Crown : Are Ethical Obligations Different for Government Counsel ? », (2005) 84 *Revue du Barreau canadien* 501.

56. Voir la décision néo-brunswickoise *Rothmans*, précitée, note 51, où la Cour avance que les avocats de l'extérieur qui représentent une Administration publique dans une poursuite civile ne seront pas assujettis aux obligations déontologiques additionnelles qui incombent aux avocats du gouvernement, gardiens de l'intérêt public en tout temps (par. 33). La Cour devait examiner la légalité et la constitutionnalité d'un pacte de *quota litis* (*contingent fee agreement*) conclu entre le PG du Nouveau-Brunswick et un consortium de cabinets privés. Elle a validé le contrat au motif, notamment, que ses termes réservaient au Procureur général (et aux juristes de l'État qui le conseillent), « gardien de l'intérêt public » et responsable devant le Parlement, les décisions critiques sur le déroulement de la poursuite. En revanche, les avocats privés mandatés par lui pouvaient parfaitement, et devaient même, se comporter, dans l'espace d'initiative qui leur était laissé, comme ils l'auraient fait dans l'intérêt d'un client privé. Les obligations supplémentaires qui incombent, au titre de l'« intérêt public », aux juristes de l'État agissant en matière civile ne s'appliquent pas à ces avocats privés. Rien ne s'oppose, par conséquent, à ce qu'ils soient rémunérés selon un mode en usage dans le secteur privé. Cette partie de la décision a acquis valeur de précédent, puisque la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick n'a pas autorisé l'appel sur ce point (elle a par ailleurs confirmé le jugement de première instance sur le seul point entendu en appel : la conformité du contrat aux règles constitutionnelles relatives au budget de l'État) : *Imperial Tobacco Canada Ltd. v. R.* (*New Brunswick*), 2010 NBCA 35.

La question la plus souvent posée dans cette jurisprudence est de savoir dans quelle mesure le secret des communications entre un juriste et son client⁵⁷ peut être opposé à une demande de divulgation faite dans le cadre d'un procès. Les tribunaux ont confirmé le secret des consultations et des avis juridiques donnés par un juriste de l'État à son client dans différentes situations : avis préalable sur la légalité d'une opération de police⁵⁸, avis donné dans le cadre de l'instruction d'une plainte visant la violation d'un droit fondamental⁵⁹, avis sur la légalité d'un projet de règlement⁶⁰, consultation à propos d'une demande présentée à une autorité de régulation par une entreprise⁶¹, note à un ministre résumant les données pertinentes à une demande d'extradition⁶².

Les tribunaux se sont cependant montrés sensibles au fait que les juristes de l'État, en raison de leur situation dans l'appareil hiérarchique de l'administration publique et des liens de confiance qui s'établissent entre eux et les dirigeants administratifs et politiques, sont souvent appelés à exprimer un avis sur des questions qui débordent leur compétence proprement juridique. Il a donc paru nécessaire de restreindre la portée du secret professionnel des communications avec le client à ce qui peut véritablement être considéré comme un avis de droit⁶³. Cette question est parfois difficile à trancher : comme l'expose une décision québécoise récente⁶⁴, la relation entre le juriste de l'État et son client résulte d'un « mandat complexe, à exécution prolongée », dans le cours duquel le juriste peut être amené à formuler des opinions et recommandations qui ne se fondent pas uniquement sur sa connaissance du droit. Par ailleurs, le juriste de l'État fournira fréquemment ses services juridiques en étant intégré à un

57. Ce secret est imposé au juriste par la législation : *Loi sur le Barreau*, précitée, note 48, art. 131 ; *Loi sur le notariat*, précitée, note 48, art. 14.1. La législation sur l'accès des citoyens aux documents publics permet de soustraire à cet accès les consultations juridiques : *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 21 et 23 ; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q. c. A-2.1, art. 31 et 37.

58. *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, 1999 CanLII 676 (C.S.C.).

59. *Pritchard*, précité, note 50.

60. *Quinn c. Ministre de la Justice*, 324 F.T.R. 304, 2008 CF 376.

61. *Telus Communications Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 380.

62. *De Arrilucea c. Royaume d'Espagne*, 2004 CanLII 46876 (QCCA).

63. *R. c. Campbell*, précité, note 58 ; *Pritchard c. Ontario*, précité, note 50 ; *Telus Communications*, précité, note 61.

64. *Spieser c. Proc. gén. Canada*, 2010 QCCS 3248.

processus ou un appareil administratif complexe : son activité consultative s'exerce alors au bénéfice de plusieurs « clients » administratifs ou en étroite liaison avec celle de fonctionnaires non juristes. Dans ces situations aussi, il peut se révéler délicat de circonscrire la portée du secret professionnel attaché à la consultation du juriste⁶⁵.

Le rapport salarial entre le juriste de l'État et l'entité publique qui l'emploie a parfois, mais beaucoup moins souvent, donné lieu à des difficultés étrangères à la question du secret professionnel. Nous en ferons mention puisque la taxation des dépens a été évoquée plus haut à propos de la situation italienne et espagnole.

En principe, au Canada comme en Espagne et en Italie, en toutes poursuites auxquelles l'Administration étatique est partie, les frais qui lui sont adjugés ne doivent pas être désavoués ni réduits, lors de la taxation, uniquement parce que l'avocat était un salarié de l'État⁶⁶. La propriété de ces sommes est d'ailleurs attribuée à l'État⁶⁷, comme en Espagne et contrairement à ce qui se passe en Italie. Il est même possible pour les juristes de l'État, au même titre que pour tout autre avocat, de demander des honoraires supplémentaires spéciaux, non pas bien sûr à leur profit mais plutôt pour le compte exclusif de leur client, l'Administration publique⁶⁸.

65. *Ibid.*, *Telus Communications*, précité, note 61 et *Quinn*, précité, note 60. On peut cependant se demander si ce type de difficultés est vraiment caractéristique de la situation des juristes de l'État : il semble concerner, plus largement, le travail de tout juriste salarié au sein d'une organisation, qu'elle soit publique ou privée.

66. La décision *Commission de l'industrie de la construction*, précitée, note 50, a indiqué que l'existence de ce rapport d'emploi salarié n'impliquait pas la disparition du juriste comme acteur autonome, distinct de son client/employeur, sur le plan de la procédure. Selon la même logique, l'État peut demander que lui soient accordés, au titre des dépens, les frais et honoraires dus au juriste de l'État qui a fourni à ce dernier des services juridiques au cours du procès. La prestation de ces services par un salarié de l'État ne justifie nullement que ces sommes soient exclues du calcul des dépens : *Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 C.F. 525 (C.A.F.), 2003 CAF 199.

67. *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.Q., c. M-19, art. 17 ; *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 30. Même si l'État s'est fait représenter par un avocat-fonctionnaire salarié de la Couronne (et à ce titre rémunéré pour les services qu'il fournissait dans l'exercice de ses fonctions), les dépens recouverts devront se verser au Trésor.

68. *JTI Macdonald Corporation c. Proc. gén. Canada*, [2009] R.J.Q. 261 (C.A.).

5. RÉFLEXIONS AUTOUR DE L'APPARTENANCE DES JURISTES DE L'ÉTAT AU BARREAU

Nous avons déjà dit que les juristes de l'État fonctionnaires, en Italie et en Espagne, ne doivent pas nécessairement être membres du Barreau italien ou espagnol. Dans les systèmes de type britannique, au contraire, le monopole professionnel du Barreau s'impose à l'État et ainsi à ses plaideurs et conseillers juridiques. Ainsi, alors qu'en droit italien et espagnol, les juristes au service exclusif de l'État sont placés en marge de l'organisation professionnelle générale des juristes, en droit canadien et québécois, au contraire, l'appartenance à l'ordre professionnel des avocats est un préalable à l'embauche comme juriste au service de l'État⁶⁹. On peut voir là l'indice d'une divergence profonde sur le rapport entre le droit et l'État dans chacun des deux systèmes : dans un cas (celui des deux pays d'Europe continentale) le droit est largement instrumentalisé par l'État, qui en a le contrôle ; dans l'autre, l'État n'est, d'un certain point de vue, qu'un rouage de la machine du droit, dont il ne peut aisément s'affranchir.

Dans la logique du droit anglais, qui a été transposée au Canada, l'engagement de ces juristes au service de l'État ne rompt pas leur lien avec le Barreau et à travers leur propre soumission au savoir et à l'éthique de leur profession se joue, en partie, la soumission de l'État lui-même au droit, celui qui s'applique à tous les autres sujets de droit. Dans la logique diceyenne de la *Rule of Law* propre au droit anglais⁷⁰, quoi de plus normal que l'État compare devant les tribunaux ordinaires, selon la procédure ordinaire et avec l'assistance de juristes ordinaires ?

Cela dit, il faut peut-être rappeler que dans l'univers de la common law on observe une insistance très marquée sur l'auto-réglementation de la profession d'avocat, considérée comme un attribut collectif de ceux qui préservent le droit commun et en contrôlent le développement, qui se fait au fil des débats entre juristes professionnels, avocats et juges, adhérant et participant au système d'autoréglementation. Cet état de choses comporte le

69. À ce propos il est essentiel de citer l'article, toujours valable malgré le temps écoulé depuis sa parution : R. DUSSAULT et G. PELLETIER, « Le professionnel-fonctionnaire face aux mécanismes d'inspection professionnelle et de discipline institués par le *Code des professions* », (1977) 37 *Revue du Barreau* 2.

70. Voir A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan, 1965, p. 193-195.

risque de faire des avocats en général une espèce de « caste » sociale privilégiée⁷¹. Le monopole professionnel des avocats et son acceptation par l'État illustrent ainsi l'idée que les *Common Lawyers* « détiennent » le droit (dans tous les sens de ce verbe)⁷².

Par contre, dans la logique de systèmes juridiques « légicentriques » comme l'espagnol et l'italien, la figure du juriste de l'État apparaît sous une autre lumière, parce que son existence se fonde sur la loi, protectrice de l'intérêt public. En rappelant l'idée selon laquelle dans un tel système, le siège ultime du Pouvoir est (ou est censé être) l'État, il faut reconnaître que le juriste de l'État est certes au service du droit (comme tout autre juriste), mais surtout au service de l'État. Ce fait « élève » la mission professionnelle des juristes de l'État en la faisant différente, par essence, de celle des juristes privés. Ainsi, les juristes de l'État espagnols et italiens sont placés en marge du Barreau, tout à fait à l'écart des juristes « ordinaires » (on dirait même au-dessus d'eux)⁷³. En définitive, cette proclamation élitiste de la mission des juristes de l'État tend elle aussi, à Madrid et à Rome, à faire d'eux une « caste » privilégiée.

71. On se rappelle que tel était le sens de la critique radicale adressée aux *Common Lawyers* par Bentham à la fin du XVIII^e siècle.

72. Sur ce point, il faut faire des réserves quant à la situation au Québec parce que, plus qu'ailleurs en Amérique du nord et qu'au Royaume-Uni, l'autoréglementation traditionnelle des professions (y compris le Barreau) y a été remise en question depuis 1973 et l'adoption du *Code des professions*, qui a succédé à un régime de complète autorégulation remontant, pour les professions les plus anciennes, au milieu du XIX^e siècle (voir : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 471 et s.).

73. En traduisant les mots de ESPINOSA FERNANDEZ, lui-même juriste de l'État : « Le juriste de l'État est le conseiller-avocat en droit et devant les tribunaux de l'intérêt collectif, des fins publiques qui sont gérées par l'Administration de l'Etat. Il est le gardien jaloux du plus scrupuleux respect de la loi par l'Administration au point où il peut être considéré comme un vrai « Commissaire de la légalité » » (voir son texte intitulé « Aproximación a un Código Deontológico del Abogado del Estado » dans *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones...*, précité, note 7, p. 782). Dans un sens semblable, l'*Avvocato Generale FIUMARA* a précisé lors de l'entrée de l'année judiciaire en 2008 que : *La nature et les fonctions de nos clients nous font prendre une position particulière dans le cadre de notre service, basé sur la défense pleine et entière de l'Administration, mais aussi caractérisé par une vision uniforme et pondérée des intérêts publics qu'elle poursuit. Parmi ces intérêts il est également important de contribuer à la performance fonctionnelle de la Justice rapidement et efficacement* (voir la version intégrale du discours dans *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 1/2008, p. 1-4).

Malgré le parallélisme des mots dans le diagnostic, il subsiste un fort contraste entre le phénomène de professionnalisation élitiste des juristes de l'État en Espagne et Italie par rapport à ce qui se passe au Canada, où le siège ultime du Pouvoir est (ou est censé être) le Droit et où le fait d'être au service de l'État ne comporte aucun privilège. Ainsi, l'assujettissement des avocats consultant et représentant l'État devant les tribunaux à l'ensemble de règles régissant la profession de l'assistance juridique au Canada et au Québec va de soi. Autrement, la conception unitaire du droit et du Barreau qui caractérise les pays de tradition juridique anglo-saxonne serait heurtée de front.

La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités en Afrique – Le difficile passage de la rhétorique à la réalité

Amissi Melchiade MANIRABONA

Résumé

La création de la Cour pénale internationale (CPI) a suscité beaucoup d'attentes quant à la capacité de cette Cour à dissuader les auteurs des crimes internationaux. Dès ses débuts, la CPI a été présentée comme un remède efficace contre le spectre des guerres et des génocides dans le monde entier. Cependant, la situation actuelle en Afrique montre un important écart entre les paroles et la réalité. Plutôt que d'assister à l'arrêt de la criminalité contre l'humanité suite à la création de la CPI, les atrocités se sont plutôt intensifiées dans plusieurs régions africaines même après le lancement des travaux de cette Cour en 2002. Cet article analyse les raisons susceptibles d'expliquer l'absence d'effets concrets de la CPI en matière de désistement des criminels internationaux en Afrique.

La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités en Afrique – Le difficile passage de la rhétorique à la réalité

Amissi Melchiade MANIRABONA*

INTRODUCTION	281
I. Bref historique sur la participation de l’Afrique à l’établissement du système de justice pénale internationale	286
II. Quelques éventuels comportements empêchant la dissuasion des criminels de guerre africains	291
2.1 L’irrationalité dans la commission de certains crimes internationaux	292
2.2 L’ignorance et la sous-estimation de la capacité d’appréhension de la CPI	299
2.3 La contestation de la légitimité de la CPI.	305
2.4 La commission des crimes par des agents sans leadership apparent	310
CONCLUSION	312

* Amissi Melchiade Manirabona est Chercheur postdoctoral au Centre International de Criminologie Comparée, École de criminologie de l’Université de Montréal. L’auteur remercie le professeur Frédéric Mégret pour avoir accepté de lire et commenter la version antérieure de cet article. Il reste néanmoins le seul responsable de tout manquement qui y subsisterait.

INTRODUCTION

Le préambule du *Statut de Rome* portant création de la Cour pénale internationale (CPI) énonce l'objectif principal poursuivi par les États Parties à savoir : mettre un terme à l'impunité des auteurs des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale et ainsi prévenir de nouveaux crimes¹. De toute évidence, les États à l'origine de l'établissement de la CPI ont voulu la mise sur pied d'un mécanisme fort capable de punir les auteurs des crimes internationaux afin de dissuader ceux qui seraient tentés de se livrer à de nouvelles atrocités. Cet objectif transparaît dans les déclarations faites par les représentants des États ayant participé à l'élaboration du *Statut de Rome*. À titre d'illustration, afin de favoriser une adhésion large au projet de création de la CPI, l'ancien ministre canadien des Affaires étrangères Lloyd Axworthy estimait en 2000 que

By far the most difficult challenge in protecting civilians in armed conflict is in situations where abuse is most severe : genocide, war crimes, crimes against humanity, massive and systematic violations of human rights and humanitarian law causing widespread suffering and loss of life. We need a new form of deterrence against such forms of behaviour. The establishment of an International Criminal Court (ICC), which makes impunity illegal and which holds individuals directly accountable for their actions, is that deterrent.²

Le même optimisme avait été affiché par l'organisation de défense des droits humains *Human Rights Watch* qui, après s'être activement impliquée dans les négociations ayant précédé l'adoption du *Statut de Rome*, a publié un rapport qui énonçait, entre autres, que

the progress made in 1999 left the world a considerably smaller place for those who commit the most heinous human rights crimes.

1. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U.3, par. 4-5 du Préambule, [*Statut de Rome*].
2. Voir Coalition for the International Criminal Court, *Recent Declarations : Statement of H.E. Lloyd Axworthy*, ICC UPDATE, New York, 18 octobre 2000, en ligne : <<http://www.iccnw.org/documents/iccupdate14.pdf>>. Pour d'autres déclarations similaires, voir Dawn L. ROTHE & Christopher W. MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation of International Criminal Justice : The Relevance of Criminological Insight to International Criminal Law and its Control », (2010) 10 *International Criminal Law Review* 97, 98-99.

It symbolized a growing international commitment to justice as a means of showing respect for the victims of serious abuse, building the rule of law at the international level, and *detering tomorrow's would-be gross abusers of human rights*.³

Dans le même sens, lors de la soixante-quatrième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, M. Wenaweser, représentant du Liechtenstein, a estimé que « par son effet catalytique sur les juridictions nationales et son effet de prévention et dissuasion, la Cour [CPI] est au cœur de la lutte contre l'impunité »⁴. Très récemment, le procureur de la CPI annonçait que son mandat visait à réprimer les crimes les plus graves et à contribuer à empêcher la commission de nouveaux crimes⁵. Le professeur Akhavan semble être du même avis lorsqu'il écrit que « [T]he experience of the ICC demonstrates that even outside the confines of the courtroom, tribunals can make important contributions to achieving peace and preventing atrocities »⁶.

Cependant, vu l'état actuel des choses sur le continent africain, l'une des principales questions que l'on peut se poser est celle de savoir si l'optimisme quant à l'effet dissuasif de la Cour pénale internationale sur les auteurs des atrocités est réellement fondé. En effet, bien que cette Cour soit opérationnelle depuis le 1^{er} juillet 2002, la date d'entrée en vigueur du *Statut de Rome* après qu'il ait recueilli soixante ratifications nécessaires, les crimes graves commis sur le terrain semblent prendre de l'ampleur. Au lieu de tendre vers la fin, les conflits violents qui sont à l'origine des violations massives des droits humains se sont intensifiés dans beaucoup de cas⁷ et parfois même de nouvelles atrocités ont vu

3. Human Rights Watch, « Introduction » dans *World Report 2000*, en ligne : <<http://www.hrw.org/wr2k/>>.

4. Nations Unies, Assemblée générale, *La Cour pénale internationale réaffirme sa nature apolitique et complémentaire aux juridictions nationales*, AG/10878, Soixante-quatrième session, 29/10/2009, en ligne : <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2009/AG10878.doc.htm>>.

5. Luis MORENO-OCAMPO, *Sexual Violence as International Crime : Interdisciplinary Approaches to Evidence, Keynote Address*, Center on Law and Globalization, The Hague, 16 juin 2009, à la p. 2, en ligne : <<http://www.grotiuscentre.org/files/SexualViolence-speechOcampo.tif.pdf>> : « My mandate is to put an end to impunity for the most serious crimes of concern to the international community, including gender crimes as part of genocide, crimes against humanity and war crimes, and to contribute to the prevention of such crimes ».

6. Voir Payam AKHAVAN, « Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace ? : Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism », (2009) 31 *Human Rights Quarterly* 624, 652.

7. C'est l'exemple de la Somalie, de la RD Congo, du Burundi, de la Centrafrique, etc.

le jour⁸. Si certains commentateurs affirment que la ratification du traité instituant la CPI a poussé les seigneurs de guerre colombiens à déposer les armes⁹, en ce qui concerne l'Afrique, le constat que l'on peut faire pour l'instant est celui du caractère sinon erroné, du moins trop optimiste des prétentions qui faisaient croire que la création de la CPI allait vite dissuader les criminels. À l'heure actuelle, il s'avère difficile d'admettre les affirmations selon lesquelles la CPI a permis de mettre fin à la guerre civile en Côte d'Ivoire et en Ouganda¹⁰. À moins qu'il se manifeste des preuves contraires sur le terrain dans les jours et mois à venir, pour le moment, les affirmations concernant la capacité de la CPI à dissuader les criminels de leur délinquance semblent relever plus de la rhétorique que de la réalité.

-
8. C'est le cas en Côte d'Ivoire, au Soudan, en Guinée, au Kenya pour ne citer que ces États.
 9. Christopher W. MULLINS & Dawn L. ROTHE, « The Ability of the International Criminal Court to Deter Violations of International Criminal Law : A Theoretical Assessment », (2010) *International Criminal Law Review* 771, 785, [Ci-après, MULLINS & ROTHE, « The Ability of the ICC »].
 10. Voir AKHAVAN, *supra*, note 6. Ceux qui suivent l'évolution de la situation politique en Côte d'Ivoire savent que l'arrêt des atrocités a essentiellement été le résultat de l'intervention de la France qui a, dès le début du conflit, mis la pression sur les belligérants pour conclure un accord politique en même temps qu'elle envoyait sur le terrain des milliers de soldats pour s'interposer entre les rebelles et les troupes gouvernementales. Il est possible que la CPI ait contribué à empêcher la remise en question du cessez-le-feu. Mais n'eût été la présence militaire française dans le cadre de l'Opération Licorne, rien n'aurait empêché la poursuite et l'intensification des atrocités étant donné que les rebelles menaçaient de prendre le contrôle de la capitale ivoirienne Abidjan alors que les milices pro-gouvernementales déversaient leur propagande de haine contre les musulmans ivoiriens considérés comme étant à l'origine de l'agression armée. La nouvelle radicalisation de la situation après les élections du 28 novembre 2010 montre qu'il existe des personnes dans ce pays qui n'ont aucune crainte d'une éventuelle arrestation pour le compte de la CPI. Quant à la situation en Ouganda, la baisse de l'intensité des combats sur le terrain est essentiellement due aux circonstances externes à la CPI notamment l'intensification des tactiques de combats par les troupes gouvernementales, la diminution du soutien que le Soudan accordait à la LRA [suite à la signature des accords de paix entre le gouvernement et le Sudanese People's Liberation Army (SPLA)] ainsi que la stigmatisation de cette rébellion par les États-Unis comme étant un mouvement terroriste. Les difficultés militaires de la LRA ont ensuite conduit aux réajustements de compte entre les leaders de ce mouvement, ce qui l'a davantage affaibli. Voir BBC News, *Uganda's LRA confirm Otti death*, 23 janvier 2008, en ligne : <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/7204278.stm>> ; BBC News, *Ugandan LRA rebel deputy 'killed'*, 14 avril 2008, en ligne : <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/7346380.stm>>. C'est cette situation qui explique en grande partie l'exportation des barbaries de la LRA vers des lieux moins dangereux pour ce mouvement comme le Nord-Ouest de la RDC, le Sud-soudan et le Nord-Est de la RCA où les atrocités ont redoublé d'intensité depuis quelques mois. Voir Jeune Afrique, *Les groupes armés redoublent de violence*, 23 juin 2010, en ligne : <<http://www.jeuneafrique.com/Article/ARTJAWEB20100623113237/onu-developpement-gouvernement-rebellionles-groupes-armes-redoublent-de-violence.html>>.

Étant donné que l'exagération de la capacité de la CPI peut cacher la réalité des choses sur le terrain, le présent article vise à aller au fond de la question afin de pouvoir relever quelques éléments qui peuvent bien expliquer l'impuissance de la CPI à favoriser la baisse de l'intensité de la criminalité en Afrique. Il est bien connu que quelle que soit sa qualité, aucun régime de justice pénale ne peut prétendre d'avance qu'il est susceptible d'exercer un effet de dissuasion efficace¹¹. Dès lors, cette étude envisage d'emprunter certaines approches théoriques de la criminologie qui est une discipline dont une grande partie a été dédiée à l'étude du désistement des criminels avérés ou potentiels¹². Les approches criminologiques privilégiées sont celles qui expliquent le fait que dans un contexte donné, le système pénal n'arrive pas à exercer la dissuasion efficace attendue de lui. On appliquera ainsi ces approches au contexte africain afin de pouvoir comprendre l'absence de l'effet dissuasif de la CPI sur les auteurs des crimes graves en Afrique.

Il est vrai que la criminalité internationale et la criminalité interne sont deux notions distinctes qui doivent être traitées différemment. C'est d'ailleurs dans ce sens que des appels ont, depuis quelques années, été lancés pour développer une approche criminologique propre à la justice pénale internationale¹³. Cependant, il existe quelques points communs à ces deux niveaux de criminalité. Ainsi par exemple, à l'interne comme à l'international, le potentiel de dissuasion dépend énormément de la capacité du système judiciaire concerné à appréhender les criminels pour les amener à rendre des comptes devant un tribunal¹⁴. La possibilité pour les criminels d'apprécier et réaliser l'éventualité d'être arrêtés et jugés dépend quant à elle des contingences sociopolitiques et économiques du milieu dans lequel ils évoluent¹⁵. En effet, plusieurs recherches en criminologie ont montré que la position

11. La dissuasion s'entend ici à la fois de manière spécifique et de manière générale. Alors que la dissuasion spécifique vise à empêcher les criminels déjà avérés à commettre de nouveaux crimes, la dissuasion générale quant à elle consiste à prêcher par le modèle en ce sens qu'elle empêche les criminels potentiels de tomber dans la criminalité. Voir à ce sujet ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, p. 100.

12. MULLINS & ROTHE, « The Ability of the ICC », *supra*, note 9, à la p. 772.

13. Voir Paul ROBERTS & Nesam McMILLAN, « For Criminology in International Criminal Justice », (2003) 1 *Journal of International Criminal Justice* 315.

14. ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, à la p. 102.

15. *Ibid.* Ces contingences peuvent bien évidemment varier selon qu'on se situe au niveau interne ou international.

sociale ainsi que l'environnement économique, géographique et politique sont des facteurs importants qui orientent grandement la conduite criminelle¹⁶. Selon Rothe et Mullins, ces facteurs jouent un grand rôle non seulement dans la commission du crime mais aussi dans le processus visant à faciliter ou à retarder la dissuasion¹⁷. Dans cet article, nous allons voir que la criminalité en Afrique n'échappe pas à cette règle. Les crimes internationaux commis en Afrique ne sont donc pas le résultat d'une quelconque fatalité. Nous constaterons ainsi que c'est essentiellement la configuration de l'actuel contexte social, politique, économique et culturel de l'Afrique qui explique la grande criminalité dans cette partie du globe ainsi que le fait que la CPI ne soit pas encore parvenue à dissuader les criminels de guerre de cette région du monde. Comme nous allons le constater, ce contexte non favorable à la dissuasion des criminels de guerre africains est souvent renforcé par la façon dont la CPI opère actuellement, entre autres, sa supposée partialité au détriment des États africains, la problématique liée à la mise en œuvre du principe de la complémentarité ainsi que le manque de ressources appropriées pour s'occuper de tous les cas.

Le but de l'auteur de cet article n'est pas de démontrer que la CPI est un total échec. La démarche consiste seulement à faire constater que les attentes suscitées par la création de la CPI pour ce qui est de la prévention de la criminalité contre l'humanité en Afrique étaient sinon irréalistes, du moins surestimées. Dès lors, la proposition tendant à faciliter la recherche des voies et moyens pour améliorer le rendement de cette Cour en Afrique ne pourrait être que la bienvenue. Plus précisément, l'auteur de cette recherche est d'avis que c'est la situation socio-politique de l'Afrique qui est à l'origine des comportements qui, jusqu'à présent, limitent la CPI à pouvoir exercer un effet dissuasif suffisant sur les criminels de guerre du continent. Toutefois, avant d'élaborer davantage sur ces comportements caractéristiques du contexte actuel africain (II), il sied de présenter un bref historique sur la participation des

16. ROBERTS & McMILLAN, *supra*, note 13, p. 323 ; Raymond PATERNOSTER & Alex PIQUERO, « Reconceptualizing Deterrence : An Empirical Test of Personal and Vicarious Experiences », (1995) 32 *Journal of Research in Crime and Delinquency* 251 ; Mike STAFFORD & Mark WARR, « A Reconceptualization of General and Specific Deterrence », (1993) 30 *Journal of Research in Crime and Delinquency* 123.

17. ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, à la p. 110.

États d'Afrique au processus d'établissement du système pénal international (I).

I. BREF HISTORIQUE SUR LA PARTICIPATION DE L'AFRIQUE À L'ÉTABLISSEMENT DU SYSTÈME DE JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

L'Afrique a, pendant des années, souffert du manque de mécanismes judiciaires susceptibles de juger les auteurs des atrocités qu'elle a longtemps subies comme l'esclavage, les guerres d'indépendance ainsi que d'autres violations graves et dégradantes des droits humains. Il aura fallu la perpétration du génocide au Rwanda en 1994 pour que la communauté internationale se résolve enfin à envisager la création d'un tribunal international chargé de juger les auteurs de cette barbarie. Ainsi, en plein génocide, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, en application de la résolution S-3/1 du 25 mai 1994, nomma le Rapporteur spécial pour faire état de la situation des droits de l'homme au Rwanda. Le 28 juin 1994, le Rapporteur spécial René Degni-Ségui conclut que des actes de génocide étaient bel et bien en train d'être commis au Rwanda et que leur caractère systématique et généralisé recommandait que les auteurs soient traduits devant un tribunal international¹⁸. Trois jours plus tard (le 1^{er} juillet 1994), le Conseil de sécurité des Nations Unies se déclara gravement préoccupé par les informations faisant état des violations graves, systématiques et généralisées du droit international humanitaire, y compris les actes de génocide qui étaient en train d'être perpétrés à grande échelle sur le territoire rwandais. Le Conseil de sécurité a par la suite demandé au Secrétaire général de définir les modalités d'établir de toute urgence une Commission d'experts pour enquêter sur l'ampleur des atrocités survenues au Rwanda¹⁹. En vertu de la Résolution 935 (1994), le Secrétaire général mit sur pied, le 26 juillet 1994, la Commission d'Experts chargée d'enquêter sur les violations du droit international humanitaire au Rwanda. Dans son rapport préliminaire, la Commission d'experts conclut que les preuves montraient bien que dans l'intervalle d'un peu plus de trois mois (entre le 6 avril et le 15 juillet 1994), des actes de génocide furent commis à l'encon-

18. Voir *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda*, Document des Nations Unies E/CN.4/1995/7, 28 juin 1994.

19. Nations Unies, Conseil de sécurité, Résolution 935 (1994), par. 3, 1^{er} juillet 1994.

tre des membres de l'ethnie Tutsi et que leur gravité nécessitait la création d'un tribunal international chargé d'en juger les auteurs²⁰. Le 28 septembre 1994, ce fut le tour du Gouvernement rwandais, nouvellement mis en place, de demander officiellement une enquête internationale sur les personnes suspectées de génocide ainsi que la création d'un tribunal pour les juger²¹. En novembre 1994, par sa Résolution 955, le Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, décida de l'établissement du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) comme il venait de le faire, une année auparavant, pour l'ex-Yougoslavie. Le TPIR est fonctionnelle depuis 1995 et malgré les nombreuses interrogations sur son efficacité, il a déjà jugé des dizaines d'anciens responsables politiques au pouvoir avant le génocide rwandais accusés d'avoir pris part aux crimes graves commis au printemps 1994²².

En plus de la situation du Rwanda, le cas de la Sierra Léone mérite aussi d'être mentionné. En effet, depuis 2002, cet État qui a connu plus d'une décennie d'un conflit armé atroce, est doté d'un tribunal international considéré comme spécial parce qu'il a été établi, non pas en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité, mais sur la base d'un traité conclu avec les Nations Unies dans le but de mettre fin au climat d'impunité et contribuer au processus de réconciliation nationale et de consolidation de la paix²³.

20. Nations Unies, Document S/1994/1125, 4 octobre 1994.

21. Voir Lettre du 28 septembre 1994 adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent du Rwanda auprès des Nations Unies, doc. S/1994/1115.

22. Plusieurs personnes et États ont dénoncé la lenteur des procédures devant le TPIR malgré son énorme budget. À date, ce tribunal n'a complété qu'une quarantaine de cas dont une trentaine de condamnations et 8 acquittements. Deux autres accusés sont décédés avant la fin des procédures. Le TPIR a aussi relaxé deux personnes pour insuffisance de preuves. Mais alors que les procédures sont supposées être dans une phase finale, du moins en ce qui concerne la première instance, il y a plusieurs affaires non encore complétées dont la majorité (22) sont justement devant les Chambres de première instance. Il y a également 8 affaires qui traînent encore devant la Chambre d'appel et 2 qui n'ont même pas encore été présentées aux juges. Par ailleurs, le TPIR est aussi critiqué pour avoir échoué à inculper les personnalités de l'opposition d'avant le génocide.

23. Le tribunal spécial pour la Sierra Léone (TSSL) est en outre de composition et de juridiction mixtes. Il n'est pas totalement intégré dans le droit national malgré plusieurs caractéristiques qui l'identifient au droit interne sierra-léonais. Sa compétence matérielle est définie aussi bien par le droit international que par le droit sierra-léonais ; les juges, les procureurs et le personnel auxiliaire sont non seulement des Sierra-léonais mais aussi des étrangers. Ensuite, le TSSL est doté d'une personnalité juridique internationale distincte en tant qu'organisation internationale. Voir Charles C. JALLOH, « The Contribution of the Special Court for Sierra Leone to the Development of International Law », (2007) 15 *African Journal of International and Comparative Law* 165.

L'établissement de ce tribunal faisait suite à l'appel lancé par le président sierra-léonais, le 12 juin 2000, au nom du Gouvernement et du peuple de son pays, au président du Conseil de sécurité pour « entamer les démarches nécessaires afin que l'Organisation des Nations Unies statue sur la création d'un tribunal spécial pour la Sierra Léone » destiné à juger les membres du Revolutionary United Front (RUF) et leurs complices « pour les crimes qu'ils ont commis contre le peuple sierra-léonais et pour avoir pris en otage des Casques bleus de l'ONU »²⁴. En vertu de l'article premier de son Statut, le Tribunal spécial a le pouvoir de juger les leaders qui encourent la plus lourde responsabilité pour les violations graves du droit international humanitaire et sierra-léonais commises sur le territoire de la Sierra Léone depuis le 30 novembre 1996, y compris ceux qui ont menacé l'établissement et la mise en œuvre du processus de paix dans cet État²⁵. Entamés en 2003, les procès ont déjà été complétés, y compris en appel, pour huit accusés. Il s'agit de trois anciens responsables de l'Armed Forces Revolutionary Council (AFRC), de deux anciens membres de la Civil Defence Forces (CDF) ainsi que de trois anciens responsables du RUF. Le dernier procès est en train de se dérouler à La Haye devant ce même tribunal²⁶. Il concerne l'ancien président du Libéria, Charles Taylor, exilé, puis arrêté au Nigéria en mars 2006.

La dernière et plus intéressante implication des États africains dans l'établissement d'un tribunal pénal international est celle relative aux négociations ayant précédé la signature du *Sta-*

24. ONU, *Annexe à la lettre datée du 9 août 2000, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Sierra Léone auprès de l'Organisation des Nations Unies*, Document des Nations Unies, S/2000/786, 10 août 2000.

25. Il importe de préciser qu'en 1999, le gouvernement de la Sierra Léone et les rebelles du RUF avaient signé un accord politique à Lomé au Togo qui devait contribuer à ramener la paix dans le pays. Cet accord conférait l'amnistie et l'immunité judiciaire à tous les combattants pour les atrocités commises depuis le début du conflit en 1991 jusqu'à la date de sa signature. C'est suite à la remise en question de l'accord par les rebelles, suivie de la reprise des atrocités, avec comme principales cibles la population civile et les casques bleus de l'ONU, que le gouvernement a entrepris des démarches auprès du Conseil de sécurité en vue de l'établissement d'un tribunal crédible et efficace pour juger les auteurs des violations graves du droit international spécialement les chefs rebelles du RUF. Par sa résolution 1315 du 14 août 2000, le Conseil de sécurité accorda l'autorisation au Secrétaire général de l'ONU de négocier un traité visant la mise en place du tribunal. Voir Jamie A. WILLIAMSON, « An Overview of the International Criminal Jurisdictions Operating in Africa », (2006) 88(861) *International Review of the Red Cross* 111, 115-116. JALLOH, *supra*, note 23, aux pp. 169-170.

26. Le siège officiel de ce tribunal est cependant situé en Sierra Léone où la plupart des procès ont eu lieu.

tut de Rome portant création de la Cour pénale internationale. En effet, parallèlement aux travaux des tribunaux *ad hoc* déjà établis par le Conseil de sécurité, plusieurs délégations africaines furent impliquées dans le processus ayant mené, en juillet 1998, à l'adoption du Statut fondateur de la CPI afin de répondre, de façon efficace, aux besoins de la justice pénale internationale. L'idée était qu'un tribunal international permanent servirait mieux et vite l'impératif de la justice globale plutôt que les tribunaux créés au cas par cas.

Il a été rapporté que l'Afrique a activement participé aux négociations sur la base juridique du premier tribunal international pénal permanent depuis 1993 lorsque la Commission du droit international procédait à l'élaboration d'un projet de traité international pour une Cour pénale internationale permanente conformément aux recommandations de l'Assemblée générale de l'ONU²⁷. À l'approche de la conférence de Rome, les États africains commencèrent même à occuper des postes stratégiques au sein des comités chargés d'élaborer les dispositions du *Statut de Rome*²⁸. Que ce soit dans le cadre global du « Like-Minded Group » ou dans le cadre sous-régional comme au sein de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), la participation enthousiaste des États du continent africain dans la période précédant l'adoption du *Statut de Rome* a témoigné de l'importance du soutien accordé au projet de création de la CPI par les États de cette région du monde. Par ailleurs, les auteurs sont unanimes pour reconnaître les positions progressistes des États d'Afrique sur des questions très controversées soulevées pendant les négociations relatives au *Statut de Rome*²⁹.

Même après l'adoption du *Statut de Rome*, les États africains ont continué de s'impliquer dans la mise en place rapide de la CPI notamment en ratifiant massivement le traité fondateur de cette Cour. C'est le Sénégal, un État géographiquement situé au large de l'Afrique du Nord-Ouest, qui a été le premier au monde à ratifier le *Statut de Rome* sept mois seulement après son adoption.

27. Voir, par exemple, Sivu MAQUNGO, « The Establishment of the International Criminal Court : SADC 's Participation in the Negotiations », (2000) 9 *African Security Review*.

28. *Ibid.*

29. Dapo AKANDE, Max DU PLESSIS & Charles JALLOH, *An African expert study on the African Union concerns about article 16 of the Rome Statute of the ICC*, Position Paper, Institute for Security Studies, 2010, à la p. 7, en ligne : <http://www.iss.co.za/uploads/PositionPaper_ICC.pdf>.

Depuis lors, 31 sur 52 États membres de l'Union Africaine sont Parties au Statut de la CPI, faisant de l'Afrique la région du monde la plus représentée dans le système de justice pénale internationale proclamé à Rome³⁰. À côté de ces États, la Côte d'Ivoire, un État non Partie à la CPI, a, en 2005, reconnu la compétence de la CPI en vertu du paragraphe 12(3) du *Statut de Rome*³¹.

En dehors des enquêtes préliminaires menées dans différents États, la CPI traite actuellement des situations qui lui ont été déferées par trois États africains parties au *Statut de Rome* à savoir l'Ouganda, la République démocratique du Congo (RD Congo) et la République Centrafricaine (RCA). En ce qui concerne le Kenya, le Procureur de la CPI a demandé et obtenu³² l'autorisation à la Section préliminaire de la CPI pour commencer les enquêtes, lesquelles ont déjà permis l'identification d'un certain nombre de personnalités politiques responsables des crimes commis en 2008 dans cet État. En plus de ces situations, le Conseil de sécurité a déferé à la CPI la situation du Darfour au Soudan, un État qui n'est pas partie au *Statut de Rome*. Enfin, la CPI suit de très près la situation en Guinée Conakry et des enquêtes préliminaires ont été ouvertes pour identifier et éventuellement poursuivre les auteurs des crimes graves perpétrés par les forces de sécurité guinéennes le 28 septembre 2009³³.

Concernant la situation en Ouganda, des mandats d'arrêt ont été délivrés à l'encontre des principaux dirigeants de la rébellion du Lord's Resistance Army (LRA). Pour ce qui est de la situation en RD Congo, les accusés Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui sont détenus par la CPI à la Haye. Le général Bosco Ntaganda est sous le coup d'un mandat d'arrêt quoiqu'il demeure en liberté pour l'instant. M. Callixte Mbarushimana, l'un des dirigeants des Forces démocratiques

30. *Ibid.*

31. Voir CPI, *Le Greffe a confirmé que la République de Côte d'Ivoire a accepté la compétence de la Cour*, Communiqué de Presse, ICC-CPI-20050215-91, 2005, en ligne : <http://www.icc-cpi.int/menus/asp/press%20releases/press%20releases%202005/registrar%20confirms%20that%20the%20republic%20of%20c%20_%20te%20d%20_%20ivoire%20has%20accepted%20the%20jurisdiction%20of%20the%20court?lan=fr-FR>.

32. Voir ICC, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19, 31 mars 2010, en ligne : <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854287.pdf>>.

33. Le rapport des experts mandatés par les Nations Unies a conclu qu'il était raisonnable de croire que les crimes perpétrés le 28 septembre 2009 et les jours qui ont suivi pouvaient être qualifiés de crimes contre l'humanité.

pour la libération du Rwanda (FDLR), a été arrêté en France le 11 octobre 2010 suite au mandat d'arrestation émis par la CPI pour les crimes commis par ses troupes à l'Est de la RD Congo. Dans le cadre de la situation en RCA, la CPI détient l'ex vice-président congolais Jean-Pierre Bemba pour les crimes commis à Bangui par les combattants rebelles sous son commandement. Son procès a été ouvert le 22 novembre 2010. Relativement à la situation au Soudan, les suspects Idriss Abou Garda, Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus ont volontairement comparu devant la CPI alors que des mandats d'arrestation ont été émis contre trois autres suspects qui sont pour le moment en liberté dont l'actuel Chef de l'État en exercice, Omar Al Bashir.

L'engouement des États africains pour la création d'une Cour pénale internationale permanente était sans doute fondé sur l'espoir que cela aiderait à lutter contre l'impunité des auteurs des violations graves des droits humains et ainsi contribuer au processus de pacification et de reconstruction du continent touché par plusieurs guerres civiles parmi les plus dévastatrices que le monde ait connues. Toutefois, comme nous l'avons évoqué dans l'introduction, bien que la CPI s'est jusque-là montré fonctionnelle³⁴, cela n'a pas suffi pour mettre fin aux atrocités en Afrique. Cette réalité contraste beaucoup avec les estimations de plusieurs observateurs. La section qui suit mettra l'accent sur les comportements que nous estimons être à l'origine de cette incapacité de la CPI à entraîner le désistement des criminels de guerre africains.

II. QUELQUES ÉVENTUELS COMPORTEMENTS EMPÊCHANT LA DISSUASION DES CRIMINELS DE GUERRE AFRICAINS

D'un point de vue criminologique, l'environnement socio-politique africain, qui semble limiter la capacité de la CPI à décourager la poursuite des atrocités, est pour l'heure reflété par des types de comportements qu'on peut classer en quatre catégories. Il s'agit de l'irrationalité de certaines conduites criminelles, de l'ignorance et de la sous-estimation de la capacité d'appréhension de la CPI, de la remise en cause de la légitimité de la CPI et de la

34. Il faut tout de même signaler qu'un certain nombre d'observateurs considèrent que la CPI est dysfonctionnelle. Mais nous pensons qu'on devrait être quelque peu indulgent avec cette Cour étant donné sa jeunesse et les immenses défis qu'elle doit relever.

criminalité par agents interposés. Nous allons analyser tour à tour, ces différents comportements.

2.1 L'irrationalité dans la commission de certains crimes internationaux

De façon générale, le droit pénal est perçu comme un outil efficace pour décourager la délinquance. En effet, la menace de sanction pénale contraint les individus à ne pas transgresser la norme établie. Les recherches en criminologie ont toutefois démontré que l'existence de la sanction ne suffit pas à elle seule pour assurer l'obéissance à la norme. D'autres facteurs entrent en ligne de compte pour qu'un délinquant potentiel se désiste de son projet criminel. Il est par exemple avancé qu'afin de pouvoir exercer un niveau suffisant de dissuasion, la menace de sanction doit paraître plus désavantageuse que l'intérêt que l'auteur de la violation prévoit tirer de la transgression de la norme. En d'autres mots, si les criminels ont beaucoup à perdre en commettant le crime qu'en respectant la loi, la dissuasion effective sera exercée et en retour, la norme sera observée³⁵. En conséquence, ceux qui n'ont rien à perdre en se livrant aux activités criminelles ne peuvent pas être facilement dissuadés par la menace de sanction.

Si on applique ce raisonnement au cas concret concernant les crimes internationaux, on peut avancer que les hauts dirigeants qui occupent des postes politiques importants ont beaucoup à perdre en cas de poursuites pénales à leur encontre. Dans cette logique, on devrait s'attendre à ce que ces plus hautes autorités se gardent de commettre ou de perpétuer la commission des crimes susceptibles de leur entraîner des ennuis judiciaires qui risqueraient de leur faire perdre ces avantages. Cette approche devrait soit éviter aux États de tomber dans les conflits, soit favoriser les négociations politiques pour y mettre fin. À l'inverse, les simples individus, qui n'ont pas de postes à perdre en commettant des crimes, seraient les plus susceptibles de s'engager dans la délinquance facilement. Cette logique est normalement inspirée de la théorie du choix libre et rationnel développée par l'École de pensée classique dont les principaux meneurs furent Cesare Beccaria et Jeremy Bentham. Elle suppose que l'auteur d'un crime est un agent rationnel capable de faire le calcul des avantages et des

35. ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, à la p. 100.

inconvenients susceptibles de découler de la commission d'un acte criminel³⁶. En conséquence, lorsque le délinquant a beaucoup à gagner dans la commission du crime, sa dissuasion sera difficilement atteinte. En vertu de cette approche, on peut avancer que la dissuasion sera beaucoup plus difficile à obtenir lorsque la délinquance s'opère à travers les organisations criminelles à ramifications transnationales qui génèrent beaucoup d'argent à ceux qui y participent tout en leur permettant d'échapper aisément aux poursuites pénales.

Le modèle du choix rationnel peut par exemple expliquer le fait que dans le cas des conflits où le contrôle des ressources minières est un enjeu central, les acteurs impliqués ne sont pas facilement dissuadés. C'est ce qui se passe actuellement en RD Congo où, malgré l'existence de la CPI, les crimes graves continuent d'être perpétrés dans plusieurs régions riches en ressources minières. La dissuasion des criminels dans ces régions par la CPI est même difficile à imaginer dans un avenir proche puisque, comme l'a relevé l'Organisation des Nations Unies³⁷, les atrocités que connaît actuellement la RD Congo sont en grande partie entretenues par certaines sociétés multinationales opérant dans le secteur minier ou leurs relais. Le climat d'insécurité leur permet ainsi d'échapper au contrôle de l'administration qui, en temps normal, leur imposerait des coûts en termes de taxes et/ou de licences d'exploitation. Or, comme l'indique le *Statut de Rome*, la CPI n'est pas compétente pour juger les personnes morales³⁸. Il est vrai que les poursuites envers les dirigeants des sociétés peuvent être envisagées par cette Cour³⁹. Mais dans des situations où les entreprises opèrent par l'entremise des organisations crimi-

36. *Ibid.*

37. Voir Nations Unies, Conseil de sécurité, *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, S./2009/603, 23 novembre 2009, en ligne : <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/2009/603>. Voir aussi Nations Unies, Conseil de sécurité, *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, S./2008/773, 12 décembre 2008, en ligne : <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/2008/773> ; Mission de l'Organisation des Nations Unies au Congo, (MONUC), Division des droits de l'homme, *Rapport sur les conclusions de l'Enquête Spéciale sur les allégations d'exécutions sommaires et autres violations de droits de l'homme commises par les FARDC à Kilwa (Province de Katanga) le 15 octobre 2004*, en ligne : <www.raid-uk.org/docs/Kilwa_Trial/MONUC_report_oct05_fre.pdf>.

38. *Statut de Rome*, *supra*, note 1, art. 25.

39. Voir Reinhold GALLMETZER, « Prosecuting Persons Doing Business with Armed Groups in Conflict Areas : The Strategy of the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court », (2010) 8 *J Int Criminal Justice* 947, 950.

nelles, il peut être difficile d'identifier leurs véritables dirigeants surtout lorsque leurs activités sont menées loin de l'attention des médias et dans un contexte d'instabilité politico-sécuritaire généralisée⁴⁰. Il faut, dans tous les cas, souhaiter que le Procureur de la CPI ait une ferme détermination et un bon plan visant la poursuite des dirigeants d'affaires impliqués dans l'exacerbation de la commission des crimes internationaux⁴¹.

L'approche du choix rationnel peut cependant faire oublier que dans certains cas, les crimes constituent le résultat d'une conduite irrationnelle. Aux États-Unis par exemple, il a été rapporté que la plupart des meurtres sont commis à la suite d'une conduite irrationnelle, ce qui a permis à leur taux d'augmenter malgré l'existence de la peine capitale pour les meurtriers⁴². En Angleterre, les chercheurs ont aussi relevé que la plupart des cri-

40. Wolfgang KALECK & Miriam SAAGE-MAA, « Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes : The *Status Quo* and its Challenges », (2010) 8 *J Int Criminal Justice* 699, 716 ; Cedric RYNGAERT, « Litigating Abuses Committed by Private Military Companies », (2008) 19 *EJIL* 1035, 1046 ; Peter WARREN SINGER, « War, Profits and the Vacuum of Law : Privatized Military Firms and International Law », (2004) 42 *Columbia J Transnat'l L* 521, 536 ; Clive WALKER & Dave WHYTE, « Contracting Out War ? Private Military Companies, Law and Regulation in the United Kingdom », (2005) 54 *Int'l Comp LQ* 651, 661.

41. Certains pensent que les crimes commis dans le cadre des entreprises multinationales pourraient ne pas retenir l'attention du Procureur de la CPI dans la mesure où il peut, selon sa discrétion, décider que les individus impliqués n'ont pas la première responsabilité dans le déclenchement et la conduite des hostilités. Voir Larissa VAN DEN HERIK & Jernej LETNAR ČERNIČ, « Regulating Corporations under International Law : From Human Rights to International Criminal Law and Back Again », (2010) 8 *J Int Criminal Justice* 725, 725. Nous pensons que cette affirmation est à nuancer car certaines compagnies et leurs dirigeants peuvent être en première ligne dans la conduite des hostilités. Voir Wim HUISMAN & Elies VAN SLIEDREGT, « Rogue Traders : Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity », (2010) 8 *J Int Criminal Justice* 803, 816. Par ailleurs, dans la plupart des pays en développement comme ceux de l'Afrique, ce sont les affaires qui alimentent souvent les guerres. Dans ces conditions, les responsables des entreprises impliqués dans le financement des conflits armés pourraient valablement être poursuivis même s'ils ne feraient pas partie des états-majors de commandement. En effet, les crimes internationaux relèvent essentiellement de la criminalité collective et la culpabilité individuelle ne dépend pas nécessairement de la présence au lieu de la commission du crime. D'ailleurs, dans sa Stratégie en matière de poursuites s'étendant sur une période de trois ans, le Bureau du Procureur de la CPI indique qu'il focalise son attention aussi bien sur ceux qui ordonnent ou organisent la commission des crimes internationaux que ceux qui la financent. Voir CPI, Bureau du Procureur, *Stratégie en matière de poursuites 2009-2012*, par. 19, La Haye, 1^{er} février 2010, en ligne : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281895/Strategieenmatieredepoursuites_20092012.pdf>.

42. ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, à la p. 101.

mes violents sont commis par des personnes intoxiquées incapables d'opérer un choix rationnel⁴³.

En matière de délinquance internationale, on peut facilement avancer qu'étant donné qu'il s'agit des crimes haineux dont les plans et/ou politiques d'exécution s'élaborent souvent dans le temps, l'agissement de leurs auteurs est toujours guidé par des considérations beaucoup plus rationalisées⁴⁴. Cette approche serait toutefois erronée, à tout le moins en partie, car il a été prouvé que plusieurs crimes internationaux sont plutôt commis de manière irrationnelle, leurs auteurs étant parfois dans l'impossibilité d'apprécier les avantages et les inconvénients de leur conduite. D'un côté, outre le fait que certains auteurs des crimes internationaux les plus graves sont généralement drogués lors de la perpétration des actes criminels⁴⁵, la plupart d'entre eux sont également guidés par une idéologie de haine développée plusieurs mois à l'avance qui brouille leur capacité de juger et apprécier les actes qu'ils posent. Le déclenchement des atrocités constitue alors l'aboutissement d'une vaste campagne de haine qui finit par obscurcir la rationalité des criminels faussant ainsi le fonctionnement normal des mécanismes de prise de décision rationnelle. Dans ces conditions, l'accumulation de la haine engendrera la violence aveugle et généralisée débouchant souvent sur la commission des crimes odieux dont l'ampleur choque la conscience de la communauté internationale tout entière.

Sur le terrain, le constat est que les criminels de bas niveaux sont généralement doublement intoxiqués à la fois par la propagande haineuse et par la consommation de substances enivrantes. Quant aux leaders, ils sont en principe intoxiqués par l'idéologie politique ou religieuse ou le désir exagéré de s'enrichir ou de se maintenir au pouvoir ou y accéder contre vents et marées⁴⁶.

43. Richard WRIGHT, Fiona BROOKMAN & Trevor BENNETT, « The Foreground Dynamics of Street Robbery in Britain », (2006) 46(1) *British Journal of Criminology* 1.

44. Voir MULLINS & ROTHE, « The Ability of the ICC », *supra*, note 9, à la p. 775.

45. ROTHE & MULLINS, *supra*, note 2, à la p. 101 : « Much testimony given before the Tribunal for Rwanda has highlighted the heavy use of alcohol and marijuana by the *Interahamwe*. Child soldiers in Sierra Leone were often drugged before combat. Dutton et al. also highlight the agitated and stressed emotional state that soldiers are in during armed conflict situations, which can overpower reason and spill over into atrocity level violence ».

46. ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, à la p. 102. Il est toutefois reconnu que malgré l'intoxication, les responsables politiques qui orchestrent les atrocités peuvent ne pas perdre la totalité de leur capacité

Alors que l'intoxication par des substances enivrantes est habituellement de courte durée dont le but est essentiellement de procurer l'audace et le sang froid aux exécutants des crimes, l'intoxication par la haine est par contre un processus long qui intervient après la consommation d'une quantité importante de messages haineux. L'intoxication par la propagande haineuse paraît alors être le plus déterminant des moyens d'arriver à la commission des crimes internationaux particulièrement le génocide et les crimes contre l'humanité. Par exemple, dans la région soudanaise du Darfour, les messages de haine et de xénophobie véhiculés plusieurs mois avant le début des massacres consistaient à dire que les populations noires étaient des esclaves qui devaient être tués afin de les éradiquer de la région qui n'était pas la leur et de les évincer des terres qui ne leur appartenaient pas⁴⁷. La logique visait à les déshumaniser en les présentant d'abord comme des envahisseurs ayant indûment bénéficié de beaucoup d'avantages pendant plusieurs années et que le moment était venu pour qu'ils rendent des comptes. De tels discours visaient ensuite à rendre les victimes indésirables dans la région pour que leur extermination apparaisse comme quelque chose d'indispensable, un sort qu'elles devaient mériter. Le même phénomène s'était produit au Rwanda avant et durant le génocide de 1994. En effet, il a été rapporté qu'en 1992, après la remise en cause des accords de paix, Radio-Rwanda a commencé à diffuser la propagande gouvernementale contre les membres de l'opposition. En 1993, des Hutu radicaux constituèrent la Radio-télévision libre des mille collines (RTL) dont le message principal consistait à l'incitation de la haine visant l'élimination « de l'ennemi Tutsi »⁴⁸ présenté comme étant à l'origine de tous les problèmes politiques, sociaux et économiques que le Rwanda connaissait⁴⁹. La propagande haineuse avait fini par rendre indésirables les membres de la communauté Tutsi en les qualifiant d'envahisseurs et prédateurs *Inyenzi* « Cafards » dont la société avait l'impératif de se débarrasser au risque de périr. Dans la conscience des génocidaires, se débarrasser de ces « ennemis » était devenu une sorte de voie légitime et même comme un devoir citoyen pour parvenir à ce

d'opérer un choix rationnel. Voir MULLINS & ROTHE, « The Ability of the ICC », *supra*, note 9, à la p. 775.

47. Nations Unies, *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, Genève, 25 janvier 2005, à la p. 65, par. 245, en ligne : <http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf>.

48. Voir *R. c. Munyaneza*, 500-73-002500-052, aux paras. 189-190.

49. ROBERTS & MCMILLAN, *supra*, note 16, à la p. 328.

qu'ils estimaient être le bien-être ou la survie des membres de leur communauté⁵⁰.

Il est donc évident que la diffusion intensive des messages de haine pendant une longue durée peut affecter la capacité de discernement des potentiels auteurs des crimes, ce qui rend banale la perpétration de ceux-ci. La diffusion des messages de haine peut être transmise de bouche à l'oreille et pas nécessairement par l'intermédiaire des médias. En Guinée par exemple, les crimes contre l'humanité commis le 28 septembre 2009, spécialement les viols systématiques, ont révélé qu'il existait une haine profonde développée dans le subconscient de certaines ethnies à l'encontre des membres de l'ethnie peuhle⁵¹. L'origine de cette haine peut être expliquée essentiellement par le fait que les membres de l'ethnie peuhle dominant l'intelligentsia et l'économie guinéennes alors qu'historiquement ils furent des nomades sans territoires fixes. Face à la détérioration des conditions socio-économiques dans le pays, un certain sentiment de xénophobie envers les membres de cette ethnie a été entretenu par certains milieux qui les accusent d'en être responsables. Ce qui est arrivé le 28 septembre 2009 où des dizaines de femmes d'origine peuhle furent publiquement violées et/ou massacrées en plein jour dans les rues de Conakry, ville-capitale de la Guinée, n'est pas étranger à cette campagne de haine. En effet, les bourreaux intoxiqués par la haine considéraient leurs actes comme étant quelque chose de normal car, pour eux, les peuhls ont toujours bénéficié des avantages non mérités et qu'il était temps de « payer ». L'existence de la CPI a été d'une moindre importance pour dissuader ces criminels de s'adonner aux atrocités.

On voit bien donc qu'il est indispensable de lutter contre tout message de haine d'où qu'il vienne et quel que soit le motif. Outre la lutte contre les messages haineux par le droit, la multiplication des programmes d'éducation, de formation et d'information peut aussi être l'un des moyens efficaces en ce qu'elle permet aux popu-

50. Voir Donald G. DUTTON, Ehor O. BOYANOWSKY & Michael HARRIS BOND, « Extreme Mass Homicide : From Military Massacre to Genocide », (2005) 10 *Aggression and Violent Behavior* 437, 456. Dans l'un des messages haineux que Léon Mugesera a fait diffuser sur Radio-Rwanda, on pouvait entendre par exemple que « celui à qui vous ne coupez pas le cou, c'est celui-là même qui vous le coupera ». Voir R. c. *Munyaneza*, *supra*, note 48, aux paras. 191-192.

51. Voir Human Rights Watch. *Bloody Monday : The September 28 Massacre and Rapes by Security Forces in Guinea*, 17 Décembre 2009, en ligne : <<http://www.hrw.org/en/reports/2009/12/16/bloody-monday-0>>.

lations d'être capables de juger de la pertinence des enseignements reçus de leurs leaders. En effet, les Africains ne sont pas nombreux à s'intéresser à l'actualité internationale. En général, les Africains n'ont pas tous accès aux mass-médias (journaux, radios, etc.), encore moins à la télévision ou à l'Internet. Par ailleurs, même ceux qui ont accès aux médias ne reçoivent pas toujours les informations objectives. Certains d'entre eux préfèrent volontiers suivre les messages lancés par les médias proches de leurs leaders politico-religieux au motif que les informations provenant des autres médias sont biaisées⁵². Ce sont ces catégories de personnes qui présentent les risques de se retrouver en train de consommer en abondance les messages véhiculant la haine.

Dans des moments précédant les atrocités, les leaders décidés à provoquer la commission des massacres ne livrent que des messages incendiaires en vue de s'assurer du soutien effectif de leur communauté pour bien faire face à ceux qu'ils ciblent comme étant leurs ennemis. Et quand arrive le déclenchement des hostilités, les groupes extrémistes ainsi sensibilisés se sentent invulnérables à toute menace de sanction car ils prétendent accomplir la volonté des « chefs » et bénéficier de leur protection⁵³. Se sentant immunisés par la protection de leurs leaders qui, par ailleurs, sont considérés comme des visionnaires « tout-puissants », les masses populaires plongées dans cette illusion sont alors guidées par un optimisme excessif et sont ainsi prêts à prendre n'importe quel risque⁵⁴, y compris à massacrer ceux qu'ils qualifient de menace pour le bien-être des membres de leur communauté.

La perpétration des crimes graves devient plus plausible lorsque l'irrationalité totale ou partielle de la conduite des criminels est précédée ou associée à d'autres types de comportements comme l'ignorance et la sous-estimation de la capacité d'appréhension de la CPI.

52. Voir *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, *supra*, note 32, au par. 125.

53. Cette idée semble tirer sa source de l'histoire politique africaine basée sur la monarchie où le monarque constituait en même temps la loi et que pour assurer sa défense tout pouvait être fait.

54. Donald G. DUTTON, Ehor O. BOYANOWSKY & Michael HARRIS BOND, « Extreme Mass Homicide : From Military Massacre to Genocide », (2005) 10 *Aggression and Violent Behavior* 437, 456.

2.2 L'ignorance et la sous-estimation de la capacité d'appréhension de la CPI

Comme nous l'avons déjà souligné, les recherches en criminologie ont montré que pour qu'il y ait un réel effet de dissuasion, les criminels potentiels doivent être conscients et certains de la possibilité d'être appréhendés et poursuivis par la justice⁵⁵. La certitude au sujet de la probabilité d'être appréhendé n'existe pas lorsque les criminels ignorent l'existence ou la capacité d'appréhension de l'institution susceptible de les poursuivre en cas de commission des crimes. Or, la plupart des populations en Afrique ignorent même l'existence de la CPI. Une large majorité d'Africains n'ont pas bénéficié d'éducation suffisante⁵⁶ qui leur permet de comprendre les enjeux actuels en matière de justice pénale internationale. Il est vrai que, dans le cours normal des choses, il y a une énorme différence entre comprendre les enjeux de la justice pénale et comprendre qu'on peut se faire arrêter si l'on commet des crimes de masse. Mais dans le contexte africain où l'impunité a toujours régné en maître absolu spécialement dans les Etats ayant connu des conflits armés, le chef milicien présent en pleine forêt équatoriale du Congo aura du mal à se convaincre de l'idée qu'une Cour pénale basée à La Haye pourrait un jour venir le chercher alors que même la justice pénale de son pays n'a jamais essayé de l'appréhender.

Pour les individus ignorant l'existence de la CPI, la volonté de manifester la loyauté envers leurs leaders⁵⁷ fait qu'ils soient des éléments faciles à envoyer au front pour commettre les atrocités au nom de l'obéissance aux ordres des « chefs ». Il faut donc

55. Voir ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, à la p. 102.

56. Selon l'UNESCO, l'Afrique compte les plus bas taux d'achèvement de l'école primaire. En dehors de l'Afrique du Sud, l'Algérie, le Botswana, le Cap-Vert, l'Égypte, Maurice, les Seychelles et la Tunisie, en moyenne, plus d'un enfant sur deux abandonne l'école avant d'avoir complété le niveau primaire. Dans 6 pays de l'Afrique, moins d'un enfant sur trois complète les études primaires. Ainsi, le taux de ceux qui parviennent à terminer leur primaire est de 21 % au Niger, 27 % en Guinée-Bissau de même qu'au Burkina Faso, 32 % au Tchad ainsi qu'au Burundi et 33 % au Mali. Voir Institut de statistique de l'UNESCO, *Chiffres clés, Combien d'enfants en Afrique accèdent à l'enseignement secondaire ?*, Janvier 2006, en ligne : <http://www.uis.unesco.org/TEMPLATE/pdf/EducGeneral/UIS_Fact%20Sheet_2006_01_SecAfr_FR.pdf>. Un constat frappant est que la majeure partie des crimes de masses ont été commis et/ou continuent d'être commis dans ces États à faible taux de scolarisation d'enfants.

57. Voir par exemple *Le Procureur c. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717-Corr, Décision sur la confirmation des charges, (30 septembre 2008), par. 493, (CPI, Chambre Préliminaire I).

saluer la récente initiative de la CPI consistant à distribuer à la population du Kenya des centaines de milliers de livrets qui expliquent les origines, le fonctionnement et l'organisation de cette Cour⁵⁸. Bien que cette distribution n'ait pas été spécialement organisée dans le but de dissuader les criminels, il demeure qu'une bonne compréhension du fonctionnement et de la capacité de cette Cour par un grand nombre d'Africains pourrait contribuer, d'une façon ou d'une autre, à prévenir les nouvelles atrocités car tout citoyen garderait en mémoire que, désormais, les auteurs des crimes graves ne vont plus rester impunis. Des initiatives de ce genre devraient être multipliées sur le continent africain. En dehors des documents écrits, la CPI devrait aussi envisager d'autres types de moyens de communication comme par exemple la création d'une radio internationale dédiée à promouvoir l'action de cette Cour. Certes, la CPI a l'habitude de permettre aux victimes et à leur entourage de suivre le déroulement des procès des auteurs des crimes internationaux⁵⁹. Cependant, cela ne semble pas suffire à faire connaître le travail de la Cour à travers toute l'Afrique car de telles retransmissions ne sont pas possibles dans toutes les contrées du continent faute d'infrastructure appropriée et peut-être aussi de moyens. Enfin, bien que les activités de la CPI peuvent être suivies sur les réseaux sociaux comme Twitter ou YouTube, cela ne changera pas grand-chose en ce qui concerne l'Afrique qui reste le continent où seul un nombre restreint d'individus ont accès aux nouvelles technologies d'information et de communication.

Par ailleurs, comme nous venions de le signaler, même si l'existence de la CPI n'était pas ignorée, étant donné l'état d'impunité qui entoure la commission des crimes d'État en général et des crimes internationaux en particulier dans plusieurs États africains, les auteurs des atrocités se sentent de moins en moins inquiétés par une éventuelle poursuite au plan international⁶⁰.

58. Voir *ICC distributes 200,000 copies of the booklet Understanding the ICC*, Communiqué de presse, ICC-CPI-20100904-PR572, 4 septembre 2010, en ligne : <<http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/782F597C-FC16-497D-BD7B-D22ED58C752D.htm>>.

59. Cour pénale internationale, *République centrafricaine : La CPI a organisé une retransmission des deux premières journées du procès Jean-Pierre Bemba Gombo à Bangui*, Communiqué de presse, ICC-CPI-20101125-PR600, 26 novembre 2010, en ligne : <<http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/37123213-7A2B-4C19-B5CE-36387E709933.htm>>.

60. ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, à la p. 102.

L'incapacité de la CPI à appréhender les criminels de guerre en Afrique est aggravée par sa position dite « complémentaire des juridictions pénales nationales »⁶¹. Le principe de complémentarité qui est au centre de la pratique de la CPI veut que ce soit d'abord l'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis qui ait la première responsabilité d'en poursuivre les auteurs. La CPI n'intervient que lorsque cet État n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites⁶². L'exercice de la compétence de la CPI n'est donc possible que dans les cas de mauvaise foi des États ou dans les cas d'inefficacité des systèmes judiciaires étatiques à poursuivre les criminels malgré la bonne foi. Or, comme le montrent déjà certaines affaires traitées par la CPI, il est pour l'instant difficile de déterminer quand est-ce qu'un État est sans la volonté ou dans l'impossibilité de poursuivre les criminels relevant de sa juridiction⁶³. Dans certains cas, les États ont tenté d'organiser des parodies de justice uniquement pour éviter que la CPI s'en occupe⁶⁴. Cette situation d'incertitude peut faire à ce que les criminels potentiels ne considèrent pas l'existence des mécanismes de la justice pénale comme constituant une menace sérieuse à leur liberté, ce qui comporte le risque d'entraîner la radicalisation de la criminalité.

Par ailleurs, bien que l'État concerné n'ait ni la volonté ni la capacité de mener à bien l'enquête ou les poursuites, la CPI peut estimer que l'affaire n'est pas suffisamment grave pour qu'elle y donne suite⁶⁵. Or, le fait de prévoir la possibilité de ne pas poursuivre les auteurs des crimes avérés risque de conforter la position d'« intouchables » dont peuvent jouir certains criminels qui, devant l'impuissance ou la mauvaise foi des autorités étatiques compétentes, peuvent ainsi continuer à violer massivement les droits fondamentaux des populations malgré l'existence de la CPI,

61. *Statut de Rome, supra*, note 1, art. 1.

62. *Ibid.*, al. 17(1)a) et 17(1)b).

63. William A. SCHABAS, « Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court », (2008) 6 *J Int Criminal Justice* 731, 741.

64. Voir MULLINS & ROTHE, « The Ability of the ICC », *supra*, note 9, aux p. 777-778 : « Sudan and the Democratic Republic of Congo, in both cases, instead of acting in concert with the Court, national domestic prosecutions have been used to politically trigger complementarity in an effort to prevent the Court from acting. Sudan established purely symbolic trial processes in a failed attempt to undermine the Court's ability to bring charges concerning conduct of governmental and militia leaders in Darfur ».

65. *Statut de Rome, supra*, note 1, al. 17(1)d).

une institution internationale pourtant créée pour lutter contre l'impunité des auteurs des crimes graves.

Aussi, malgré la gravité d'une situation donnée, les moyens limités de la CPI ne permettent pas à cette Cour de poursuivre tous les criminels impliqués dans les violations du droit international humanitaire. C'est dans ce sens que le Procureur applique généralement une politique d'enquêtes et de poursuites limitées à un échantillon d'auteurs très précis et de faits qu'il estime être représentatif des crimes les plus graves. Or, comme l'a dénoncé la Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, cette approche peut entraîner des perceptions erronées qui laissent penser que d'autres crimes graves ne sont pas commis par d'autres parties au même conflit ou dans d'autres régions⁶⁶. Ces criminels non poursuivis malgré leur implication dans les hostilités négligeront toujours la capacité d'appréhension de la CPI et seront enclins à commettre de nouveaux crimes.

L'un des meilleurs moyens d'éviter ces risques serait d'adopter une politique forte visant à renforcer et encourager les tribunaux étatiques à poursuivre efficacement les auteurs des graves violations du droit international humanitaire⁶⁷.

Au même chapitre de l'insuffisance des moyens, il faut signaler que sur le terrain, et notamment en RD Congo, la CPI est obligée de demander du soutien aux agents des Nations Unies. Et comme elle doit rembourser la note, il est évident qu'elle doit faire tout son possible pour minimiser les dépenses, y compris l'abandon d'un certain nombre d'enquêtes. Même au siège de la CPI à La Haye, la situation financière difficile de cette Cour ne lui permet pas de bien mener sa mission⁶⁸. Le risque est que les auteurs

66. Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, « CPI- Les premières années de la Cour pénale internationale », mars 2009, à la p. 10, en ligne : <http://www.iccnw.org/documents/FIDH_report_ICC_first_years_fr_04032009.pdf>.

67. Sur les propositions détaillées allant dans ce même sens, voir William W. BURKE-WHITE, « Proactive Complementarity : The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice », (2008) 49 *Harvard International Law Journal* 53 ; GALLMETZER, *supra*, note 39. En Afrique, la mise en œuvre du principe de complémentarité se heurte à plusieurs obstacles comme en témoigne l'affaire Hussein Habré que le Sénégal tarde à juger.

68. Rachel IRWIN, *ICC Trials Hit by Budget Cuts : Funding problems may delay hearings and hamper judicial process*, Institute for War & Peace Reporting, 8 Jan. 2010, en ligne : <<http://iwpr.net/report-news/icc-trials-hit-budget-cuts>> : « the ICC, [International Criminal Court], cannot currently afford to operate more than

actuels ou potentiels des crimes internationaux qui sont au courant des difficultés financières de la CPI peuvent percevoir une diminution sensible du seuil de certitude quant à la possibilité d'être arrêtés et poursuivis⁶⁹, ce qui peut, sinon augmenter, du moins laisser inchangée leur capacité de nuisance.

Aussi, la CPI ne dispose-t-elle pas de sa police pour exécuter les mandats d'arrestation qu'elle émet. L'arrestation des suspects dépend largement de la volonté des États qui sont libres de coopérer ou non avec cette Cour. Si la politique d'un État est hostile à la CPI, les criminels se trouvant sur son territoire seront capables d'échapper à la justice internationale et de continuer ainsi leurs atrocités. Cela est le cas pour la RD Congo qui refuse de livrer à la CPI le général Jean-Bosco Ntaganda, un ancien rebelle frappé d'un mandat d'arrestation de la CPI mais qui, depuis lors, s'est rallié aux troupes gouvernementales⁷⁰. Un tel comportement fait la part belle à la perpétuation de la délinquance internationale par les criminels ralliés au gouvernement. Ceci pourrait d'ailleurs expliquer le fait que plusieurs violations du droit international humanitaire sont attribuées aux troupes gouvernementales de la RD Congo dans leur interminable combat contre les rebelles du Nord-Est de cet État. Dans un autre sens, afin de pouvoir bénéficier de l'impunité, certains criminels non ralliés au gouvernement peuvent décider de se joindre aux troupes gouvernementales dès qu'ils se sentent menacés par les poursuites de la CPI.

Par ailleurs, il importe de signaler aussi la possibilité que des criminels profitent des divergences actuelles entre la CPI et certains États africains à propos de la question de savoir ce qui doit être prioritaire entre la répression des crimes de guerre et les négociations politiques en vue de la paix et de la réconciliation. En effet, l'article 53 du *Statut de Rome* prévoit que le Procureur peut décider de ne pas poursuivre afin de servir « les intérêts de la justice ». Or, l'approche de l'actuel Procureur de la CPI consiste à dire

one courtroom at a time. The court based next year's budget projections on the idea that trials would run one at a time or in rotation. Practically, this means that one trial will likely be held in the morning, another in the afternoon. [...] Observers say this could cause major logistical problems and also threaten the right of defendants to be tried within a reasonable amount of time ».

69. MULLINS & ROTHE, « The Ability of the ICC », *supra*, note 9, à la p. 781.

70. La position de la RD Congo à l'égard de la CPI est pour le moins surprenante car cet État a bien coopéré avec la Cour pour extradier les anciens dirigeants de l'opposition mais refuse de faire la même chose en ce qui concerne ce général ancien rebelle actuellement rallié aux troupes gouvernementales.

que seules les poursuites à l'encontre des criminels de guerre africains peuvent ramener la paix dans la région. A l'opposé, les États du continent africain sont plutôt d'avis que certaines poursuites peuvent nuire à la paix⁷¹. Dans tous les cas, la CPI continue de soutenir pour le moment que les intérêts de la paix et les intérêts de la justice sont deux choses différentes et que les premiers ne sont pas de son ressort⁷². Selon les commentateurs cependant, la lecture de l'historique sur l'élaboration du *Statut de Rome* ne permet pas de retenir qu'une telle distinction a été envisagée par les délégués aux négociations⁷³. Il semblerait que l'historique législatif du *Statut de Rome* soit plutôt en faveur de l'idée que la CPI devrait accorder la priorité aux mécanismes alternatifs de règlements des différends notamment les Commissions vérité et réconciliation⁷⁴. Il est toutefois à craindre que la priorisation des négociations politiques au détriment des poursuites pénales n'envoie un message de faiblesse du système de justice pénale internationale qui pourrait handicaper la capacité dissuasive de la CPI.

Certes, vu les conditions abominables dans lesquelles vivent les populations civiles victimes des affres de la guerre, il peut être souhaitable d'avoir la paix d'abord en attendant la justice. Mais il existe un véritable dilemme à propos de la question de savoir quand est-ce qu'un processus de paix peut réellement être considéré comme servant les intérêts de la justice. La principale difficulté, en dehors de la question de principe, consiste à pouvoir déterminer si, entre les parties belligérantes, il y a une volonté

71. Voir *Décision sur le rapport de la réunion des États africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI)*, Doc. Assembly/AU/13(XIII), Treizième session ordinaire de la Conférence, Syrte (Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste), 3 juillet 2009, en ligne : <[http://www.african-union.org/root/AU/Conferences/2009/july/summit/docs/DECISIONS/ASSEMBLY%20AU%20DEC%20243%20-%20267%20\(XIII\)%20_F.pdf](http://www.african-union.org/root/AU/Conferences/2009/july/summit/docs/DECISIONS/ASSEMBLY%20AU%20DEC%20243%20-%20267%20(XIII)%20_F.pdf)> : « [La] Conférence exprime sa profonde préoccupation devant l'acte d'accusation délivré par la Chambre d'accusation de la Cour pénale internationale contre le Président Omar Hassan Ahmad El Bachir, Président de la République du Soudan ; note avec une grave préoccupation les conséquences malheureuses que cet acte d'accusation a eu sur le processus de paix délicat en cours au Soudan et le fait qu'il continue de saper les efforts déployés en vue de faciliter le règlement rapide du conflit au Darfour » ; Charles J. JALLOH, « Regionalizing International Criminal Law ? », (2009) 9 *International Criminal Law Review* 445, 464-465

72. SCHABAS, *supra*, note 63, à la p. 749.

73. *Ibid.*

74. Voir Kenneth A. RODMAN, « Is Peace in the Interests of Justice ? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court », (2009) 22 *Leiden Journal of International Law* 99. Voir aussi Jean GALBRAITH, « The Pace of International Criminal Justice », (2009) 31 *Michigan Journal of International Law* 79, 92.

réelle de dialoguer dans une situation donnée qui mériterait d'être soutenue. Une mauvaise appréciation de la situation à ce niveau risquerait de laisser impunis les criminels qui, généralement, ont tendance à adopter des manœuvres de distraction dans le but de se soustraire à la justice pénale internationale. Dans ce cas, on n'aura ni la justice ni la paix.

C'est cette situation de ni justice ni paix qui semble régner en Ouganda où les négociations politiques sont dans une impasse totale, le chef de la rébellion de la LRA exigeant l'annulation des mandats d'arrêt de la CPI pour regagner le processus de paix. Or, il est difficile de croire en la bonne foi de cet homme au moment où il a, depuis lors, multiplié la commission des crimes de guerre même en dehors du territoire de l'Ouganda notamment en RD Congo, au Soudan et en RCA⁷⁵. La continuation des horreurs à l'encontre des populations civiles sans défense même au delà du territoire ougandais démontre bien que la LRA n'a pas l'intention d'arrêter ses barbaries et que la menace des poursuites par la CPI la laisse toujours indifférente. Et tant que le chef de cette rébellion peut toujours compter sur les négociations politiques pour contourner la justice pénale internationale, il pourrait ne pas se précipiter à mettre fin aux atrocités.

Le potentiel dissuasif de la CPI est également confronté au problème de manque de coopération avec certains États africains qui, comme nous allons le voir, contestent vigoureusement sa façon de procéder, ce qui tend à remettre en cause sa légitimité.

2.3 La contestation de la légitimité de la CPI

La légitimité de tout système pénal est primordiale pour favoriser l'adhésion du public qui est un élément essentiel à la stabilité sociale et à la dissuasion de la délinquance⁷⁶. Pour être efficace, tout système pénal suppose la confiance du public ainsi que l'acceptation par les membres de la communauté des mesures coercitives afin d'assurer l'autorité et le respect de ces dernières. L'application des mesures de coercition devient alors une forme d'expression de la « conscience collective » face à la criminalité qui

75. Voir par exemple, Human Rights Watch, *Trail of Death : LRA Atrocities in Northeastern Congo*, 28 Mars 2010, en ligne : <<http://www.hrw.org/en/reports/2010/03/29/trail-death-0>>.

76. ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, à la p. 105.

est une atteinte à l'ordre normatif d'une communauté⁷⁷. Selon les chercheurs en criminologie, c'est à partir du moment où il y a la confiance du public au système pénal que les individus le considèrent comme étant crédible et moralement digne d'être respecté. Autrement dit, plus les individus considéreront qu'une institution donnée constitue une restriction inappropriée de leurs droits et libertés, moins ils la respecteront. En conséquence, seul peut exercer la dissuasion efficace un système pénal considéré par tous comme légitime et moralement valide⁷⁸.

Or, la confiance envers la CPI est loin d'être effective en Afrique où on assiste à un virulent courant de remise en cause de la légitimité de l'action de cette Cour par certaines personnalités du continent. Par exemple, dans une intervention faite à l'Assemblée générale des Nations Unies, le représentant soudanais, M. Abdalmahmoud Abdalhaleem Mohamad, a récemment déclaré que :

La CPI connaît le même chemin d'échec que la SDN [Société des Nations] parce qu'elle n'a pas tiré les enseignements du passé [...]. En dépit du fait qu'elle est relativement jeune, elle est caractérisée par de nombreuses contradictions et de nombreux défauts qui en font une menace pour la paix au lieu d'en être un instrument [...]. Une grande préoccupation existe, largement répandue dans la communauté internationale, face à cet instrument « de règlement de compte politique au nom de la justice, plus particulièrement en Afrique ».⁷⁹

En général, depuis quelques mois, la pratique de la CPI en Afrique est contestée par une partie des politiques et scientifiques de ce continent. Il est notamment reproché à la CPI de lancer des poursuites sélectives en s'en prenant seulement aux Africains. Les opposants aux actions de la CPI la considèrent comme un instrument travaillant pour le compte des États riches de l'Occident au détriment des États pauvres de l'Afrique. Ainsi par exemple, le président rwandais Paul Kagame a estimé que « with ICC all the injustices of the past including colonialism, imperialism, keep

77. ROBERTS & MCMILLAN, *supra*, note 16, aux p. 329-330.

78. ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, aux p. 103-104.

79. Nations Unies, *Assemblée Générale : La Cour pénale internationale réaffirme sa Nature apolitique et complémentaire aux juridictions nationales*, AG/10878, 29 octobre 2009, en ligne : <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2009/AG10878.doc.htm>>.

coming back in different forms »⁸⁰. De son côté, dans l'un de ses commentaires à propos du mandat d'arrêt délivré par la CPI à l'encontre du président Soudanais, le professeur Mahmood Mamdani a accusé le Procureur de la CPI de vouloir réaffirmer la domination néocolonialiste⁸¹. M. Mamdani a, en outre, reproché à la CPI d'avoir indûment attribué au président Omar Bashir toute la responsabilité dans le conflit soudanais alors que le conflit en question a éclaté bien avant que ce dernier n'accède au pouvoir⁸². Pour sa part, Jean Ping, le président de la Commission de l'Union Africaine, a dénoncé ce qu'il a appelé « un acharnement [de la CPI] sur l'Afrique ». Il en a profité pour rappeler la recommandation que l'Union africaine a faite aux États membres de ne pas arrêter le président soudanais Al Bashir⁸³. Dans le même sens, lors de son quinzième sommet tenu à Kampala en Ouganda, l'Union Africaine a décidé de rejeter pour l'instant la demande de la CPI d'ouvrir un bureau à Addis-Abeba (Éthiopie) destiné à améliorer le dialogue avec les deux organisations et à mieux faire comprendre le travail de cette Cour en Afrique⁸⁴.

Ces critiques formulées à l'encontre de la CPI par certaines autorités africaines rappellent celles qui sont faites à l'encontre du droit international en général depuis quelques années. En effet, certains commentateurs ont développé, depuis un moment, ce qu'ils ont appelé les approches tiers-mondistes du droit international (Third World Approaches to International law ou TWAIL). Plus précisément, ces auteurs considèrent que le droit international porte en lui des « germes colonialistes » car la quasi totalité de ses principes ont été élaborés pendant la période coloniale et n'ont jamais changé depuis. Selon eux, le droit international serait biaisé et ressemblerait de plus en plus à un instrument de domi-

80. David KEZIO-MUSOKE, *Rwanda-Kagame Tells Why he is Against ICC Charging Bashir*, All Africa, 3 août 2008, en ligne : <<http://allafrica.com/stories/200808120157.html>>.

81. Mahmood MAMDANI, « Darfur, ICC and the new humanitarian order. How the ICC's 'responsibility to protect' is being turned into an assertion of neocolonial domination », (2008) 396 *Pambazuka News*, en ligne : <<http://pambazuka.org/en/category/features/50568>>.

82. *Ibid.*

83. Voir Jean Ping (UA) dénonce un « acharnement » de la CPI sur l'Afrique, 23 Juillet 2010, Suissinfo.ch, en ligne : <[http://www.swissinfo.ch/fre/nouvelles_agence/international/Jean_Ping_\(UA\)_denonce_un_acharnement_de_la_CPI_sur_lAfrrique.html?cid=18027352](http://www.swissinfo.ch/fre/nouvelles_agence/international/Jean_Ping_(UA)_denonce_un_acharnement_de_la_CPI_sur_lAfrrique.html?cid=18027352)>.

84. Voir le Communiqué, Union Africaine, *Decisions of the 15th AU Summit 19-29 July*, 29 Juillet 2010, en ligne : <<http://www.africa-union.org/root/ua/index/index.htm>>.

nation habilement présenté par les puissances colonisatrices pour cacher ses objectifs de renforcer le contrôle sur les États colonisés⁸⁵. Dans ce sens, le droit international connoterait une inégalité et une injustice dont le but est de maintenir les États en développement sous la subordination des États occidentaux⁸⁶.

Selon les accusations émanant d'une partie des autorités politiques africaines, la pratique de la CPI se situerait dans cette optique de vouloir perpétuer la domination, le néocolonialisme et le désordre en Afrique avec les fausses apparences de rendre justice. La rhétorique semble tenir bon étant donné que les seuls accusés actuellement devant le box à la CPI sont tous des ressortissants de l'Afrique. Ce qui semble choquer de plus en plus est le fait que des Noirs africains soient arrêtés et conduits en Europe (La Haye) pour y être interrogés et jugés par des avocats et des juges non Africains pour la plupart. Globalement donc, pour certaines personnalités africaines, la CPI serait une institution occidentale dont le but est de replonger l'Afrique dans les pratiques rétrogrades de l'esclavage, du colonialisme et de l'impérialisme sous une forme camouflée.

Au vu de la virulence de ces attaques, l'idée de voir établie une Cour pénale internationale légitime et capable de rendre justice de façon équitable semble relever d'un rêve. Il est vrai que ceux qui contestent la légitimité de la CPI ne sont pas aussi nombreux qu'on puisse le penser⁸⁷. Toutefois, il est nécessaire que

85. M. SORNARAJAH, « The Asian Perspective to International Law in the Age of Globalization », (2001) 5 *Sing. J. Int'l & Comp. L.* 284, 285.

86. Obiora CHINEDU OKAFOR, « Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time : A Twail Perspective », (2005) 43 *Osgoode Hall L.J.* 171, 176-177. Voir aussi Anthony ANGHIE, « Time Present and Time Past : Globalization, International Financial Institutions and the Third World », (2000) 32(2) *New York University Journal of International Law and Politics* 243 ; Makau MUTUA, « Savages, Victims, and Saviors : The Metaphor of Human Rights », (2001) 42 *Harv. Int'l L. J.* 201 ; Isabelle DUPLESSIS, « Droit International a-t-il une Saveur Coloniale – L'Héritage des Institutions Internationales Multilatérales », (2008) 42 *R.J.T.* 311 ; James THUO GATHII, « War's Legacy in International Investment Law », (2009) 11 *International Community Law Review* 353 ; Kate MILES, « International Investment Law : Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment », (2010) 21 *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 1

87. Voir Amissi M. MANIRABONA, « Vers la décrispation de la tension entre la Cour pénale internationale et l'Afrique : Quelques défis à relever », (2011) 45 *R.J.T.* (À venir) : « lors du sommet des Chefs d'États et de gouvernement de l'Union Africaine tenu en juillet 2009 en Lybie, la proposition voulant que les 30 États africains Parties au Statut de Rome s'en retirent a été majoritairement rejetée. Les participants se sont contentés d'annoncer, dans une résolution, que l'Union Africaine ne coopérera pas avec la CPI dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt

l'action de la CPI paraisse légitime aux yeux de tout le monde pour pouvoir exercer un réel effet de dissuasion. Pour y arriver, on devrait faire en sorte qu'aucun État ni aucune autorité ne puisse considérer la CPI comme une institution politique imposée par l'Occident pour miner les succès économiques et politiques du continent africain. Dans la mesure du possible, la CPI devrait trouver des voies et moyens pour réhabiliter l'intégrité de son image telle qu'elle est actuellement perçue par certaines personnalités d'Afrique notamment en osant poursuivre les criminels internationaux se trouvant dans d'autres régions du monde⁸⁸. En outre, comme l'a annoncé l'Action mondiale des parlementaires, la réputation et la force de dissuasion de la CPI requiert la « conduite impartiale de ses procès dans les années à venir »⁸⁹.

La coopération des États devrait être recherchée par tous les moyens possibles afin d'éviter qu'un État ou une région ne devienne le refuge des criminels de guerre. En effet, à la lumière de ce qui se passe actuellement en Afrique, on constate que les criminels de guerre qui bénéficient d'un ou plusieurs soutiens peuvent toujours se sentir libres de continuer à commettre leurs atrocités. Par exemple, alors que le président du Soudan se sentait acculé suite à l'émission des mandats d'arrestation à son encontre par la CPI, il a fallu que l'Union Africaine recommande aux États de ne pas l'arrêter pour qu'il entame un exercice de démonstration de force visant à narguer la justice internatio-

délivré à l'encontre du président soudanais. Mais là aussi l'unanimité était loin d'être atteinte puisque le Tchad a émis la réserve à ce sujet. Dans le même sens, le Botswana s'est, par après, opposé à la résolution et a promis d'arrêter le président soudanais s'il se hasardait à fouler son sol ou à traverser son espace aérien. De son côté, le président ghanéen affirma que « when you belong to a group where you believe in democracy, the decision taken by the group is binding on you, not that I dissented ». Un peu plus tard, le ministre ougandais des affaires étrangères déclara que « c'est une obligation juridique pour l'Ouganda d'arrêter Béchir s'il vient en Ouganda » même s'il fut, par après, désavoué par le Chef de l'État. Par la suite, l'Afrique du Sud annonça aussi son intention d'exécuter le mandat d'arrêt de la CPI dès que le dirigeant soudanais se trouvera sur son territoire. Quelques mois après, le Sénégal, qui avait pourtant prôné le retrait des États africains du Statut de Rome, déclara qu'il était prêt à « execute the warrants of this important Court [CPI], with the aim of eradicating impunity in the world ». Par ailleurs, l'Union Africaine n'a pas réitéré sa demande de retrait du Statut de Rome dans sa Décision sur le rapport de la deuxième réunion des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) ».

88. Le Procureur de la CPI a annoncé l'ouverture d'enquêtes dans d'autres régions du monde mais il ne semble pas y avoir de progrès visibles dans ce sens.

89. Action mondiale des Parlementaires (PGA), *Une Cour Pénale Internationale de dissuasion – Objectif Fondamental*, en ligne : [http://www.pgaction.org/uploadedfiles/Deterrent %20French.pdf](http://www.pgaction.org/uploadedfiles/Deterrent%20French.pdf).

nale en voyageant dans un certain nombre de pays, y compris au Tchad et au Kenya qui sont pourtant parties au *Statut de Rome*. Ce mépris envers la CPI s'est accompagné de l'intensification des massacres et d'autres exactions contre la population civile et le personnel militaro-civil chargé de l'aide humanitaire au Darfour⁹⁰.

Enfin, un autre moyen qui pourrait expliquer les difficultés de la CPI à provoquer la baisse de l'intensité de la violence sur le continent africain pourrait être le fait de commettre les crimes par l'intermédiaire des agents sans leadership apparent.

2.4 La commission des crimes par des agents sans leadership apparent

Il est bien connu que l'un des principaux buts de la justice pénale internationale est de poursuivre et juger « les individus qui ont la plus lourde responsabilité dans la perpétration des crimes internationaux, c'est-à-dire essentiellement les personnes qui ont planifié, ordonné ou supervisé leur commission alors qu'elles étaient en position et en devoir de les prévenir »⁹¹. Comme le précise bien le Procureur de la CPI, l'objectif principal de cette Cour est de traduire en justice ceux qui ont plus de responsabilité dans le financement et la commission des crimes internationaux⁹². Les exécutants de rangs moyens ou inférieurs ne sont généralement pas visés par la Cour : ils sont supposés relever de la responsabilité des États en vertu du principe de la complémentarité. La restriction des poursuites aux plus hautes autorités est très accentuée en matière de crimes d'agression en raison de la « clause de leadership » qui stipule que le crime d'agression soit retenu si et seulement si l'acte d'agression est réalisé « par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État »⁹³.

90. Durant le seul mois de juin 2010, l'ONU a recensé plus de 200 morts dans la région du Darfour. À ceux-là, il faut ajouter les cas de disparitions forcées, de tortures, de viols, d'arrestation et de détention arbitraire, de pillages etc.

91. Pacifique MANIRAKIZA, « L'Afrique et le système de justice pénale internationale », (2009) 4 *Afr. J. of Leg. Stud.* 21, 24.

92. Voir MORENO-OCAMPO, *supra*, note 5, à la p. 9 : « The mandate of the ICC is to go up the chain of command to those most responsible, to those who ordered and financed the violence ; as for the mid-level perpetrators, for the executioners, we need to empower the local courts ».

93. Voir *Amendements relatifs au crime d'agression à apporter au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Annexe I, art. 8 bis, Résolution RC/Res.6 Adoptée à la treizième séance plénière, 11 juin 2010, en ligne : <http://www.icc-cpi.int/icc-docs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-FRA.pdf>.

Que ce soit en Ouganda, en RD Congo, en RCA ou au Soudan, le Procureur de la CPI a clairement choisi de poursuivre les hauts responsables rebelles ou gouvernementaux. De toute évidence, il s'agit d'une stratégie imposée par les ressources de la CPI qui sont très limitées comme nous l'avons souligné précédemment. Quoique compréhensible d'un point de vue pratique, cette stratégie restrictive est toutefois problématique sur le plan criminologique dans la mesure où elle est susceptible de favoriser l'impunité de la majorité des individus qui ont pris part aux atrocités. En effet, même si, comme nous l'avons déjà dit, ce sont les leaders de haut rang qui fomentent délibérément la haine ethnique et la violence à la base de la commission des crimes internationaux, si la justice se contente de ces leaders seulement, de nombreux exécutants des crimes sur le terrain ne seront pas dissuadés étant donné qu'il n'y aura pas de menace d'arrestation et de poursuite pesant contre eux⁹⁴. Non seulement les criminels sur le terrain n'auront pas à s'inquiéter mais ils seront plutôt tentés de poursuivre la criminalité soit après s'être dotés de nouveaux leaders, soit en opérant conjointement sans leaders visibles. Dans la mesure où les troupes combattantes sont généralement hiérarchisées en structures et chaînes de commandements bien organisées, le choix de nouveaux leaders peut ne pas poser de problèmes majeurs. En effet, chaque chef de compagnie, de bataillon, de section ou d'unité ayant ses adjoints, en son absence, l'un de ses lieutenants peut valablement le remplacer. Étant donné les moyens limités dont dispose la CPI, il serait difficile pour elle d'engager des poursuites à l'encontre de chaque nouveau leader qui émerge. Et l'absence de ces poursuites ne ferait que confirmer l'incapacité de cette Cour à dissuader la criminalité en Afrique.

Par ailleurs, les leaders véreux, conscients de la pratique très sélective de la justice internationale visant à ne poursuivre que les criminels en position de leadership, pourraient aussi avoir tendance à encourager la continuation des atrocités par leurs subordonnés sur le terrain en leur disant que de toutes les façons, ils n'ont pas à répondre de leurs actes étant donné leur rang inférieur⁹⁵. Quant à leur propre responsabilité pénale, ces leaders peuvent toujours recourir aux tactiques de déni rendues possibles

94. MULLINS & ROTHE, « The Ability of the ICC », *supra*, note 9, à la p. 782.

95. *Ibid.*

par la doctrine de la responsabilité du chef hiérarchique par exemple⁹⁶.

Au cas où les combattants sur le terrain décident d'opérer sans hiérarchie formelle, la criminalité pourra bien se poursuivre même si apparemment les criminels impliqués paraissent comme étant sans leaders ou commandants. C'est cette situation qui prévaut pour l'instant au Nord-Est de la RD Congo où la lutte pour le contrôle des ressources naturelles occasionne la commission des crimes les plus graves par des groupes armés dont certains opèrent apparemment sans leaders. Officiellement, depuis la fin des négociations en 2003, tous les leaders politico-militaires congolais ont accepté de déposer les armes. Mais la réalité sur le terrain est que certains anciens chefs continuent d'entretenir officieusement des groupes armés qui participent au pillage des richesses minières du pays tout en se livrant aux exactions qui violent gravement le droit international humanitaire. Selon les rapports des Nations Unies, il y a une longue guerre commanditée par des leaders invisibles, y compris ceux qui se trouveraient au niveau du haut commandement des forces armées congolaises et étrangères, qui continue à dévaster les villes et villages de la RD Congo⁹⁷.

Dans ces conditions, si ces leaders ne sont pas susceptibles d'être démasqués, il sera difficile que la CPI soit en mesure d'exercer un quelconque impact de dissuasion d'autant plus que, comme nous l'avons déjà souligné, les acteurs de ces barbaries sont motivés par les gains énormes provenant de la vente des ressources minières exploitées en toute illégalité.

CONCLUSION

La création de la CPI a suscité un grand espoir parmi les populations africaines qui aspirent depuis des années à un tribunal pénal international permanent capable de faire reculer les guerres et autres violations graves du droit international humanitaire. Mais les attentes suscitées par l'entrée en fonction de cette

96. Voir ROTHE & MULLINS, « Beyond the Juristic Orientation », *supra*, note 2, aux p. 105-110.

97. Voir Nations Unies, Conseil de sécurité, *Lettre datée du 23 octobre 2003 adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo)*, S./2003/1027, 23 octobre 2003, en ligne : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/567/37/IMG/N0356737.pdf?OpenElement>>.

Cour semblent être en train de s'estomper. La CPI peine jusqu'à présent à se montrer à la hauteur de l'engouement qu'elle a suscitée. Cet article a pointé du doigt les obstacles majeurs qui pourraient expliquer le fait que la CPI n'est pas encore parvenue à dissuader les criminels de guerre en Afrique. Notre intention n'est pas de discréditer le travail remarquable que la CPI a déjà abattu dans le sens de l'établissement et du renforcement d'une justice pénale internationale efficace. Il s'est plutôt agi de montrer que beaucoup d'efforts restent à faire en vue de débarrasser de l'Afrique le spectre des guerres civiles et des génocides.

Alors qu'il est généralement admis que les criminels agissent de façon rationnelle avant de s'engager dans la délinquance, nous avons vu que l'accumulation de la haine propagée parmi les populations pouvait rendre les conduites criminelles irrationnelles et ainsi aboutir à la commission des crimes les plus graves. Il est donc primordial de lutter contre la propagation de la haine sous toutes ses formes. Si la CPI pouvait participer aux campagnes visant à lutter contre les discours haineux sur le continent africain, elle contribuerait sans doute à prévenir indirectement la survenance des futures atrocités.

En outre, l'ignorance et la sous-estimation de la capacité d'appréhension de la CPI peut aussi être un facteur qui handicape la capacité de dissuasion de cette Cour. En effet, d'une part, comme nous l'avons vu, en l'absence de formation et d'information, la plupart des Africains risquent de rester dans l'ignorance de l'existence de la CPI et de son potentiel en matière de lutte contre la criminalité internationale. Embrigadés dans cette ignorance, de nombreux criminels africains pourraient continuer d'obéir aux ordres illégaux de leurs chefs les obligeant à participer à la perpétration des crimes graves. Ils pourraient ne pas se rendre compte que la CPI n'est pas soumise à la souveraineté des États ni à l'immunité des chefs gouvernementaux.

D'autre part, en dehors de l'ignorance, nous avons vu que la sous-estimation de la capacité d'appréhension de la CPI pouvait également expliquer l'intensification de la criminalité internationale en Afrique malgré le début des travaux de cette Cour depuis plus de huit ans. En effet, le fait que la CPI est dite complémentaire aux systèmes judiciaires nationaux peut jeter de l'incertitude sur la capacité de la CPI à poursuivre tous les criminels de guerre. Certains d'entre eux pourraient alors continuer la com-

mission des atrocités dans l'espoir d'être parmi ceux que la CPI ne peut pas poursuivre. Il importe alors que la possibilité de poursuites de la CPI soit épaulée par le renforcement des capacités des systèmes juridiques nationaux pour que les éventuels contrevenants se sentent réellement menacés de pouvoir répondre de leurs actes un jour.

De même, si elle n'est pas bien interprétée et appliquée, la disposition de l'article 53 du *Statut de Rome* qui a tendance à accorder la priorité aux négociations politiques au détriment de la justice pénale internationale pourrait, à long terme, permettre aux criminels d'y voir un moyen de ne pas se hâter d'arrêter les atrocités. La CPI a aussi besoin de mobiliser les ressources financières suffisantes afin de pouvoir engager des poursuites appropriées.

Par ailleurs, la remise en cause de la légitimité de la CPI par certains États constitue un autre important handicap de l'action de cette Cour en Afrique dans la mesure où elle a besoin de la coopération de tous les États pour réussir sa mission. Il est primordial pour la CPI d'améliorer son image notamment en se montrant beaucoup plus disposée à poursuivre les auteurs des atrocités commises ailleurs qu'en Afrique⁹⁸.

Enfin, cet article nous a permis de voir que les poursuites sélectives de la CPI peuvent amener les chefs militaires qui ont peur d'être inculpés à recourir à la criminalité par agents interposés. Les exécutants de bas niveaux dans la hiérarchie, qui ne se sentent pas directement visés par la CPI, peuvent facilement poursuivre leurs activités criminelles. L'action de la CPI, qui est généralement limitée à la responsabilité des hauts dirigeants, devrait être complétée par des poursuites efficaces devant les juridictions nationales des États pour qu'on espère avoir un niveau suffisant de dissuasion. Cela exige bien évidemment que les systèmes de justice nationaux soient modernisés pour être en mesure de répondre à cette nécessité.

Comme on a pu le constater, dans la plupart des situations, lorsque plusieurs de ces conditions se recoupent, le potentiel de dissuasion de la CPI s'amenuise considérablement. Dans tous les

98. Pour des actions concrètes à entreprendre pour améliorer l'image et le travail de la CPI, voir MANIRABONA, *supra*, note 87.

cas, il est incontestable que la plupart des criminels africains continuent de perpétrer leurs atrocités parce qu'ils luttent pour le contrôle des ressources. Que ce soit au Congo, au Soudan, au Tchad ou ailleurs, l'accès aux richesses minières et pétrolières ou le contrôle des avantages offerts par le pouvoir politique sont au cœur des conflits. L'arrêt de ces barbaries va exiger, en plus du renforcement de l'action de la CPI, le démantèlement des réseaux financiers qui s'opèrent illégalement à travers les États. L'anéantissement de ces circuits mafieux ne suffirait toutefois pas à mettre fin aux catastrophes humanitaires et économiques. Encore faut-il que les richesses des États soient bien gérées et réparties pour qu'elles profitent à tous afin d'éviter la frustration de certaines composantes de la population. La minimisation des cas de frustrations nécessite aussi la démocratisation des États africains et le renforcement de la primauté du droit afin que les citoyens lésés exercent des recours appropriés devant les organes habilités sans qu'ils soient obligés de recourir à la force armée pour faire entendre leurs revendications.

Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois

Raphaël LESCOP

Résumé

Le présent article propose une étude approfondie de la relation entre les nouveaux articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* d'une part et l'article 165(4) C.p.c. d'autre part. Plus particulièrement, l'auteur cherche à déterminer si les articles 54.1 et suivants du C.p.c. ont intégré, englobé le moyen d'irrecevabilité de l'article 165(4) C.p.c., rendant par le fait même cette disposition superflue.

Si cette proposition est démontrée, il sera possible de prétendre que la règle interdisant l'irrecevabilité partielle d'une demande en justice, qui prévaut en vertu de l'article 165(4) C.p.c. et qui est contestée par plusieurs en raison des devoirs accrus imposés aux tribunaux pour gérer les dossiers, peut être définitivement mise au rancart. En effet, à l'article 54.3 C.p.c., le législateur a spécifiquement accordé aux tribunaux le pouvoir de rejeter partiellement une demande en justice.

Si cette proposition est démontrée, il sera également possible de bénéficier des autres avantages qu'offrent les articles 54.1 et suivants du C.p.c. lorsqu'aux prises avec une demande en justice mal fondée en droit à sa face même.

Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois*

Raphaël LESCOP**

I. LA RÈGLE INTERDISANT L'IRRECEVABILITÉ PARTIELLE.	321
II. LA RÈGLE DE LA PROPORTIONNALITÉ DES PROCÉDURES	323
III. UNE REVUE DES ARTICLES 54.1 À 54.6 C.P.C..	326
IV. QUELQUES FAILLES DE RÉDACTION	329
A. Une première faille	330
B. Une deuxième faille	333
V. LE PROBLÈME POSÉ PRÉCISÉMENT.	335
VI. LE PREMIER OBSTACLE	335
A. Les arrêts <i>Viel</i> et <i>Royal Lepage</i>	335

* À sa connaissance, l'auteur a répertorié tous les arrêts et jugements pertinents jusqu'au 8 décembre 2010

** Avocat, associé du cabinet Fasken Martineau DuMoulin. L'auteur tient à remercier chaleureusement M^e Louise Mailhot, ad. E., anciennement juge à la Cour d'appel du Québec entre 1987 et 2006, et M^e Eleni Yiannakis pour leurs précieux commentaires et encouragements. De façon toute aussi chaleureuse, l'auteur tient également à remercier sa collaboratrice Isabelle Comtois, pour l'ensemble de son œuvre.

B.	Quelques jugements qui paraissent erronés quant à la place que devraient prendre les arrêts <i>Viel</i> et <i>Royal Lepage</i> dans l'analyse d'une requête présentée en vertu de l'article 54.1 C.p.c.	337
C.	L'arrêt <i>Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.</i>	339
D.	La place que devraient prendre les arrêts <i>Viel</i> et <i>Royal Lepage</i> dans l'analyse d'une requête présentée en vertu de l'article 54.1 C.p.c.	341
E.	Retour sur certains jugements analysés précédemment	345
VII.	LE DEUXIÈME OBSTACLE	347
A.	Les articles 54.1 et 54.2 C.p.c. décortiqués	348
B.	Conclusion préliminaire et les avantages, en plus de l'irrecevabilité partielle, de fonder sa requête sur l'article 54.1 C.p.c. plutôt que sur l'article 165(4) C.p.c.	354
C.	Que faire alors de l'intention du législateur ? . . .	359
VIII.	CONCLUSION	361

I. LA RÈGLE INTERDISANT L'IRRECEVABILITÉ PARTIELLE

La règle a été maintes fois énoncée en jurisprudence depuis l'entrée en vigueur du présent *Code de procédure civile* en 1966 : les tribunaux ne peuvent pas prononcer l'irrecevabilité partielle d'une demande en justice en vertu de l'article 165(4) C.p.c. Cet extrait d'un arrêt de la Cour d'appel de 1996 est souvent cité :

Tenant pour acquis les faits de la déclaration et le cadre des allégations et des conclusions de la requête en irrecevabilité, il m'apparaît que cette demande était en irrecevabilité partielle du recours qui, incidemment, n'est plus permise par notre *Code de procédure civile* depuis 1966, alors qu'était abolie l'inscription en droit partiel. C'est par défense qu'aurait dû être plaidé le rejet partiel de l'action relatif à la prescription et non par un moyen de non-recevabilité.¹

En effet, le texte de l'article 191 C.p.c., en vigueur jusqu'en 1966, énonçait ce qui suit : « [i]l y a lieu de plaider en droit à toute ou partie de la demande, lorsque les faits invoqués ou quelques-uns de ces faits ne donnent pas ouverture au droit réclamé »². Or, l'article 165(4) C.p.c. n'ayant pas repris les termes « ou partie » (« [l]e défendeur peut opposer l'irrecevabilité de la demande et conclure à son rejet [...] [s]i la demande n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais »), les tribunaux y ont vu une indication claire de la part du législateur que le rejet partiel d'une demande en justice ne pouvait plus être envisagé au stade préliminaire.

Certes, les tribunaux ont tempéré l'application de cette règle au fil des années. Ainsi, ils ont permis l'irrecevabilité totale

1. *Weissglass c. Régie de l'assurance maladie du Québec*, J.E. 96-1123 (C.A.), j. Chouinard, p. 15. Voir aussi : *Lafontaine c. Ste-Adèle (Ville de)*, B.E. 2004BE-916 (C.A.), j. Robert, Dussault, Morissette, par. 1 ; *Québec inc. c. Carleton-St-Omer (Ville de)*, J.E. 2004-2172 (C.A.), j. Nuss, Morin, Dutil, par. 11-13 ; *2736-4694 Québec inc. c. Carleton-St-Omer (Ville de)*, J.E. 2004-2172 (C.A.), j. Nuss, Morin, Dutil, par. 11-13 ; *Tannous c. Kanidis*, J.E. 2004-1291 (C.A.), j. Robert, Morin et Dalphond, par. 7-8 ; *Srougi c. Lufthansa German Airlines*, J.E. 2003-203 (C.A.), j. Nuss, par. 43-44, 59-66 ; *Bibeau c. East-Angus Auto inc.*, [1998] C.S. 298, j. Fortin, p. 300 ; Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 290.

2. Nos italiques.

d'un recours à l'égard d'un codemandeur ou d'un codéfendeur³. Ils ont permis l'irrecevabilité de causes d'action individualisées et dissociables, jointes dans un même recours⁴. Plus récemment, en janvier 2009, dans *Corbeil c. Ville de Gatineau*, le juge Gosselin a accueilli une demande d'irrecevabilité partielle au motif que la portion irrecevable de la demande pouvait « être facilement isolée du reste de la demande »⁵. Le juge Gosselin justifiait notamment sa décision en s'appuyant sur le principe de la proportionnalité des actes de procédure, codifié aux articles 4.1 et 4.2 C.p.c. depuis le 1^{er} janvier 2003. Il écrit au paragraphe 91 de son jugement :

Il s'agit en fait de prendre ici en considération la multiplication des coûts et des délais qui résulterait du refus d'accorder l'irrecevabilité partielle quand la partie manifestement mal fondée d'un recours aurait pour conséquence d'assujettir artificiellement le débat judiciaire à un arsenal procédural disproportionné, ou encore de requérir inutilement l'administration d'une preuve longue et coûteuse.

Malgré les tempéraments apportés par les tribunaux, il demeure que la règle interdisant l'irrecevabilité partielle en vertu de l'article 165(4) C.p.c. subsiste et qu'une partie est toujours susceptible de se la voir opposer⁶. À titre d'exemple, dans *6302688 Canada inc. c. Ville de Montréal*⁷ rendu en 2008, le juge Bousquet ne démontre certainement pas le même enthousiasme que le juge Gosselin à imposer une cure d'amincissement à la demande en justice au stade préliminaire, sans pouvoir spécifique accordé par le législateur. Il écrit au paragraphe 8 :

-
3. Voir par exemple le jugement suivant, souvent cité : *Ormsbee c. Bell Canada*, J.E. 90-892 (C.S.), j. Bélanger, p. 6-9.
 4. Voir par exemple les jugements suivants, souvent cités : *Sauvageau c. Leroux*, J.E. 96-1864 (C.S.), j. Trudel, p. 14-15. Plus récemment, voir : *Droit de la famille – 081230*, 2008 QCCA 987, j. Bich, Giroux, Côté, par. 1, 8-9 ; *Henderson c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2007-1722 (C.A.), j. Rochon, Rayle et Dufresne, par. 88 ; *Gervais c. Société de Bougainville*, 2009 QCCS 2982, j. Bureau, par. 51 et s.
 5. 2009 QCCQ 10, j. Gosselin, par. 79. Voir aussi : *Saint-Martin c. Fédération des écoles juives de Montréal*, J.E. 2002-1421 (C.S.), j. Mongeon, par. 34 et 39.
 6. Voir par exemple : *Tannous c. Kanidis*, J.E. 2004-1291 (C.A.), j. Robert, Morin, Dalphond, par. 7-8 ; *2736-4694 Québec inc. c. Carleton-St-Omer*, J.E. 2004-2172 (C.A.), j. Nuss, Morin, Dutil, par. 11-13 ; *Divinzenzo c. Diracca*, 2010 QCCS 4398, j. Reimnitz, par. 37-39 ; *Gagnon c. Fouquet*, 2010 QCCS 143, j. Beaugé, par. 17-25 ; *Construction Socan ltée c. Corporation d'hébergement du Québec*, 2010 QCCS 3606, J. Gagnon, par. 22, 62-63 ; *Développement Iberville ltée c. Martin*, J.E. 2008-325 (C.S.), j. Crête, par. 21 ; *Diabo c. Goodleaf*, J.E. 2006-436 (C.S.), j. Chabot, par. 26 ; *Séville c. Photo Police*, B.E. 2004BE-378 (C.S.), j. Hallée, par. 27-29 (voir aussi le jugement au fond rendu dans cette affaire, J.E. 2007-665 (C.S.), j. Lalonde, par. 8-10).
 7. 2008 QCCQ 9518, j. Bousquet.

La description des réclamations inscrites aux paragraphes 6a) et 6d) de la requête introductive d'instance étant très générale, il n'est pas impossible qu'une partie des montants réclamés concerne des dommages à la propriété [et donc irrecevables] mais il est inutile de le décider à ce stade puisque le *Code de procédure civile* ne reconnaît pas l'irrecevabilité partielle d'une demande.

Ce qui conduit aux questions suivantes, auxquelles nous proposons de répondre dans le présent article :

- les nouveaux articles 54.1 et suivants du C.p.c. visant à sanctionner les procédures abusives permettent-ils de véhiculer le moyen d'irrecevabilité prévu à l'article 165(4) C.p.c.⁸ ?
- plus précisément, un défendeur qui désire obtenir l'irrecevabilité d'une portion d'une demande introductive d'instance, parce que non fondée en droit à sa face même, peut-il invoquer l'article 54.3 C.p.c. qui permet désormais à un tribunal de supprimer une conclusion et même de la modifier ?
- bref, le recours aux articles 54.1 et 54.3 C.p.c. n'est-il pas la solution pour demander l'irrecevabilité d'une portion d'une demande en justice qui serait non fondée en droit à sa face même, sans avoir à se préoccuper de la règle de l'article 165(4) C.p.c. l'interdisant⁹ ?

Nous proposons une réponse affirmative à ces questions.

II. LA RÈGLE DE LA PROPORTIONNALITÉ DES PROCÉDURES

Exprimons d'abord clairement notre position quant à la règle interdisant l'irrecevabilité partielle : nous souscrivons entièrement à l'analyse du juge Gosselin dans *Corbeil c. Ville de Gatineau* qui est d'avis que cette règle n'a plus sa raison d'être, notamment à la lumière des devoirs accrus imposés aux tribunaux pour gérer les dossiers et désengorger les rôles.

8. Cette question spécifique, formulée en ces termes, a été posée à la Cour d'appel, mais celle-ci n'y a pas répondu parce que non nécessaire pour les fins de la décision rendue. Voir : *St-Onge c. Orford (Municipalité du canton d')*, 2010 QCCA 1153, j. Pelletier, Doyon, Bich, par. 2.

9. Voir le texte suivant qui aborde sommairement cette question : Josée CHRÉTIEN, « Cautionnement pour frais et moyens préliminaires », dans *JurisClasseur Québec – Collection Droit civil – Procédure civile 1, Fascicule 9*, Montréal, Lexis-Nexis Canada, Éd. feuilles mobiles, 2009, p. 9/22.

Selon les articles 4.1 et 4.2 C.p.c. adoptés en 2002, les tribunaux doivent chercher à « éviter la complexification inutile de certains dossiers », à « assurer le justiciable que les procédures entreprises ont l'effet de cheminer le dossier de façon efficace vers l'issue finale », à « cerner les débats, les centrer sur ce qui est important »¹⁰. Trop souvent maintenant, les réclamations en justice sont gonflées artificiellement par pure tactique : on veut que le dossier soit de la juridiction de la Cour supérieure ; on veut atteindre la limite monétaire des 25 000 \$ pour être en droit de procéder à des interrogatoires préalables ; on veut atteindre la limite monétaire des 7 000 \$ pour être en droit d'être représenté par avocat ; on veut que le montant de la demande reconventionnelle soit au moins équivalent au montant réclamé dans le recours principal, qui lui est fondé, pour épuiser le demandeur et idéalement régler l'affaire à rabais...

Or, comme l'écrit le juge Gosselin : « cerner les débats, voilà essentiellement ce que recherche la requête en irrecevabilité partielle »¹¹. Il ajoute en réponse à la position des demandeurs qui plaidaient fermement l'application de la règle interdisant l'irrecevabilité partielle :

Comment, en effet, pourrait-on justifier, à l'ère de l'efficacité des tribunaux en général et du contrôle des coûts et des délais inhérents au débat judiciaire en particulier, que la tendance à la résurgence de l'irrecevabilité partielle, déjà solidement amorcée avant la réforme, soit maintenant refrénée ?¹²

Le présent article vise à compléter l'analyse du juge Gosselin, rendue avant l'entrée en vigueur des articles 54.1 et suivants du C.p.c. L'objectif consiste à démontrer que ces nouvelles disposi-

10. 2009 QCCQ 10, j. Gosselin, par. 87. Le juge Gosselin citait alors des extraits de l'article de Caroline BRIAND et Denis CLOUTIER, « Bonne foi et proportionnalité : les nouvelles balises fondamentales de l'exercice des droits », dans Congrès annuel du Barreau du Québec (2008) : Mémoire d'avenir, Service de la formation continue du Barreau du Québec, p. 19. Le jugement du juge Gosselin dans *Corbeil c. Ville de Gatineau* a été commenté par les mêmes auteurs dans l'article suivant : « La proportionnalité : les nouvelles balises fondamentales de l'exercice des droits – bilan depuis mai 2008 et certaines avenues de réflexion sur notre rôle », dans Congrès annuel du Barreau du Québec (2009), Québec, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009. Voir aussi : Joséanne CHRÉTIEN, « Cautionnement pour frais et moyens préliminaires », dans *JurisClasseur Québec – Collection Droit civil – Procédure civile 1*, Fascicule 9, Montréal, Lexis-Nexis Canada, Éd. feuilles mobiles, 2009, p. 9/21.

11. *Ibid.*, par. 88.

12. *Ibid.*, par. 94.

tions permettent de véhiculer le moyen d'irrecevabilité prévu à l'article 165(4) C.p.c. et par le fait même, permettent la mise au rancart de la règle interdisant l'irrecevabilité partielle qui prévaut en vertu de l'article 165(4) C.p.c.

L'exercice est pertinent car certains jugements rendus jusqu'ici sur les dispositions en cause n'appuient pas cette proposition. Citons par exemple le juge Godbout, dans *Vallerand c. 4660774 Canada inc.*, qui écrit que les recours en vertu de l'article 54.1 C.p.c. et de l'article 165(4) « sont de nature différente » et que le choix pour un plaideur de coiffer sa requête de l'une ou l'autre des dispositions « demeure important »¹³. Citons également un extrait du jugement *Lévesque c. Martel* où le juge Larouche résume comme suit les prétentions de l'avocat du demandeur qui contestait une requête en rejet en vertu de l'article 54.1 C.p.c. :

[Le procureur du demandeur] souligne que le procureur des défendeurs a insisté et décrit une certaine preuve, mais ne s'est pas attardé beaucoup sur la portée des articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile*.

Il précise que les articles 165.4 et 4 du *Code de procédure civile* n'ont pas été abrogés.

Le législateur, toujours selon le procureur du demandeur, a adopté l'article 54.1 pour remédier aux poursuites bâillons.

Les articles 54.1 et suivants n'ont pas d'application dans le présent cas puisque les défendeurs ne se sont par référés aux dispositions de l'article 165.4 du *Code de procédure civile*.

Il ne faut pas, toujours selon le procureur du demandeur, confondre la notion d'abus et celle d'irrecevabilité.

Il faudrait que les défendeurs prouvent que le demandeur est de mauvaise foi mais cette preuve ne peut se faire que devant le juge qui entendra le dossier sur le fond.¹⁴

13. 2009 QCCS 6226, j. Godbout, par. 29 et 31.

14. *Lévesque c. Martel*, 2010 QCCS 5958, j. Larouche, par. 17-22. Voir aussi : *A. c. B.*, 2010 QCCS 491, j. Alary, par. 51-54 (appel rejeté sur requête, 2010 QCCA 1132, j. Beaugard, Dutil et Kasirer); *Banque Royale du Canada c. Bolduc*, 2010 QCCS 3717, j. Allard, par. 25 (« nous sommes davantage sur le terrain de l'article 165 C.p.c. »); *Reed c. Société immobilière du Bassin Louise inc.*, 2009 QCCS 6227, j. Godbout, par. 3-13.

Dans cette affaire, le juge Larouche a rejeté la requête en rejet des défendeurs sans toutefois revenir sur la relation entre l'article 54.1 C.p.c. et l'article 165(4) C.p.c.

Avant d'attaquer de front le problème, il n'est pas inutile de faire une étude sommaire des nouveaux articles 54.1 à 54.6 du C.p.c.

III. UNE REVUE DES ARTICLES 54.1 À 54.6 C.P.C.

Les articles 54.1 à 54.6 du C.p.c. sont entrés en vigueur le 4 juin 2009 par l'adoption du projet de loi n° 9 intitulé la *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*. Ce titre est évocateur de l'objectif initial recherché par le législateur qui était avant tout de sanctionner les poursuites-bâillons ou d'intimidation (ou poursuites-SLAPP, acronyme tiré de *Strategic Lawsuit against Public Participation*)¹⁵. Toutefois, le texte final des dispositions de la loi a révélé une intervention beaucoup plus marquée de la part du législateur qui « confère aux tribunaux des pouvoirs très vastes pour sanctionner les abus de toutes sortes, à toutes les étapes de la procédure civile »¹⁶.

Ainsi, le mécanisme mis en place est le suivant¹⁷.

La procédure :

- selon l'article 54.1, al. 1 C.p.c., les tribunaux peuvent à tout moment, sur demande et même d'office, après avoir entendu les parties sur le point, déclarer qu'un acte de procédure est abusif et prononcer une sanction contre la partie qui agit de manière abusive ;
- selon l'article 54.2, al. 1 C.p.c., si une partie établit sommairement que l'acte de procédure peut constituer un abus, il revient à la partie qui l'introduit de démontrer que son geste : (1) n'est

15. Voir à cet égard le rapport de MM. Macdonald, Noreau et Jutras du 15 mars 2007 présenté au ministre de la Justice intitulé *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP)*.

16. *Clinique Ovo inc. c. Curalab inc.*, 2010 QCCA 1214, j. Chamberland, par. 16. Voir aussi : *Anber c. Piché*, 2009 QCCS 4159, j. Wagner, par. 26.

17. Pour une analyse concise des articles 54.1 à 54.6 C.p.c. par la Cour d'appel du Québec, voir : *Aliments Breton (Canada) inc. c. Bal Global Finance Canada Corporation*, 2010 QCCA 1369, j. Thibault.

pas exercé de manière excessive ou déraisonnable et (2) se justifie en droit ;

- selon l'article 54.2, al. 2 C.p.c., la requête visant à faire rejeter la demande en justice en raison de son caractère abusif est, en première instance, présentée à titre de moyen préliminaire.

Les définitions de l'abus :

- selon l'article 54.1, al. 2 C.p.c., un *abus* peut résulter des situations suivantes : (1) *un acte de procédure manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire* ; (2) un comportement vexatoire ou quérulent ; (3) la mauvaise foi ; (4) l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ; (5) le détournement des fins de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics ;
- la première situation abusive – qui nous intéresse davantage pour les présentes fins – est celle qui était prévue à l'article 75.1 C.p.c., abrogé par le projet de loi no. 9 en même temps que l'article 75.2 C.p.c. ;
- l'article 75.1 C.p.c. permettait aux tribunaux de rejeter une procédure si un interrogatoire démontrait qu'il était « frivole ou manifestement mal fondé ». L'article 75.2 C.p.c. permettait aux tribunaux, dans l'exercice de leur discrétion (selon les critères des arrêts *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée* et *Royal Lepage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*)¹⁸, d'octroyer en sus du rejet, des dommages-intérêts compensatoires lorsque l'acte de procédure était considéré « abusif ou dilatoire ».

Les sanctions :

- selon l'article 54.3, al. 1 C.p.c., le tribunal peut, dans un cas d'abus : (1) rejeter l'acte de procédure ; (2) *supprimer une con-*

18. Comme l'expliquent les auteurs Ferland et Emery (Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 207), les critères applicables étaient ceux des arrêts *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), j. Rochon, et *Royal Lepage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*, 2007 QCCA 915, j. D'Alphonse. Voir aussi : *Roy c. Pageot*, B.E. 2002BE-703 (C.S.), j. Isabelle. Nous étudierons ces arrêts en détail dans la section VI du présent article.

clusion ou en exiger la modification ; (3) refuser un interrogatoire ou y mettre fin ou annuler le bref d'assignation d'un témoin ;

- selon l'article 54.3, al. 2 C.p.c., dans un cas d'abus ou lorsqu'il paraît y avoir un abus, le tribunal peut également imposer une série d'ordonnances : (1) assujettir l'acte de procédure à certaines conditions ; (2) requérir des engagements de la partie concernée quant à la bonne marche de l'instance ; (3) suspendre l'instance pour la période qu'il fixe ; (4) recommander au juge en chef d'ordonner une gestion particulière de l'instance ; (5) ordonner à la partie qui a introduit l'acte de procédure de verser à l'autre partie une provision pour les frais de l'instance ;
- de plus, selon l'article 54.4 C.p.c., en se prononçant sur le caractère abusif d'un acte de procédure, le tribunal peut : (1) ordonner le remboursement de la provision versée pour les frais de l'instance ; (2) condamner une partie à payer des dommages-intérêts, notamment pour compenser les honoraires et débours extrajudiciaires ; (3) attribuer des dommages-intérêts punitifs. Notons que seul l'octroi de dommages-intérêts compensatoires était possible en vertu de l'ancien article 75.2 C.p.c.¹⁹ ;
- selon l'article 54.5 C.p.c., lorsque l'abus résulte de la quérulence d'une partie, le tribunal peut, en outre, interdire à cette partie d'introduire une demande en justice à moins d'obtenir l'autorisation du juge en chef ;
- selon l'article 54.6 C.p.c., lorsque l'abus est le fait d'une personne morale ou d'une personne qui agit en qualité d'administrateur du bien d'autrui, les administrateurs et les dirigeants de la personne morale qui ont participé à la décision ou l'administrateur du bien d'autrui peuvent être condamnés personnellement au paiement des dommages-intérêts.

19. À ce sujet, mentionnons que la Cour d'appel avait spécifiquement déterminé que le texte de l'article 75.2 C.p.c. ne donnait pas ouverture à l'octroi de dommages punitifs (*Brique & Pierre Bas-St-Laurent inc. c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique*, J.E. 97-1492 (C.A.), j. Delisle). Tel n'est plus le cas en vertu du nouvel article 54.4 C.p.c., celui-ci le prévoyant expressément comme l'exige l'article 1621 du *Code civil du Québec (Ordinateurs MG c. Ordinateurs MG 2007*, 2009 QCCQ 9593, j. Le Reste, par. 154-156). Concernant des jugements ayant accordé jusqu'ici des dommages punitifs sur la base de l'article 54.4 C.p.c., voir par exemple : *Droit de la famille – 10758*, 2010 QCCS 1411, j. Béliveau, par. 380-396 (appel rejeté, 2010 QCCA 1937, j. Pelletier, Rochon, Godbout) ; *Tannenbaum c. Lazare et al.*, 2009 QCCS 5072, j. Baker, par. 86-101 (inscription en appel, 2009-11-24.).

En somme, démontrer que l'article 54.1 C.p.c. peut être utilisé comme fondement d'une requête à l'encontre d'une demande en justice non fondée à sa face même, c'est démontrer que la gamme de sanctions prévues aux articles 54.3 à 54.6 C.p.c. peuvent être utilisées à cette étape des procédures, notamment la suppression d'une conclusion ou sa modification.

Cette dernière sanction (la modification d'une conclusion) se veut particulièrement utile et novatrice car même si un demandeur, intentionnellement ou non, fusionne des postes de réclamation, faisant en sorte qu'à la face même de sa demande en justice la portion irrecevable ne peut « être facilement isolée du reste de la demande »²⁰, le tribunal peut désormais lui ordonner de « faire le ménage » dans sa procédure et de réécrire sa ou ses conclusions en supprimant ce qui est irrecevable. S'il avait eu cette sanction à sa disposition, il est possible, voire probable, que le juge Bousquet aurait conclu différemment dans *6302688 Canada inc. c. Ville de Montréal*²¹, évoqué plus haut.

Bref, les articles 54.1 et 54.3 C.p.c., adoptés dans la foulée des articles 4.1 et 4.2 C.p.c. discutés ci-haut²², autorisent le rejet partiel d'une demande en justice²³. L'objectif est donc de démontrer que ces nouvelles dispositions peuvent être appliquées aussi aux situations visées par l'article 165(4) C.p.c.

IV. QUELQUES FAILLES DE RÉDACTION

Il était prévisible que des avocats tenteraient d'exploiter quelques failles de rédaction dans le texte des articles 54.1 à 54.6 C.p.c. Nous en étudierons deux qui, selon nous, ont ici leur importance.

20. *Corbeil et Lefrançois c. Ville de Gatineau*, 2009 QCCQ 10, j. Gosselin, par. 79.

21. 2008 QCCQ 9518, j. Bousquet.

22. Voir notamment : *Aliments Breton (Canada) inc. c. Bal Global Finance Canada Corporation*, 2010 QCCA 1369, j. Thibault, par. 38 ; *G.T. c. Boulay*, 2010 QCCS 3018, j. Julien, par. 26 (requête pour permission d'appeler rejetée, 2010 QCCA 1643, j. Rochon) ; *Lefebvre c. Préfontaine*, 2010 QCCS 2123, j. Denis, par. 17 (requête pour permission d'appeler accueillie, 2010 QCCA 1346, j. Doyon) ; *Grill Newman inc. c. Demers Beaulne, s.e.n.c.*, 2009 QCCS 5827, j. Mongeau, par. 90-91 (requête pour permission d'appeler rejetée, 2010 QCCA 358, j. Kasirer).

23. *P.M. c. A.G.*, 2010 QCCS 246, j. Reimnitz, par. 19-27 (requête pour permission d'appeler rejetée, 2010 QCCA 534, j. Hesler) ; *Doyon c. Goulet*, 2010 QCCS 4348, j. Lesage, par. 28-34 ; *Saadé c. Saadeh*, 2010 QCCS 1264, j. Lacourcière, par. 20-27 ; *Vallerand c. 4660774 Canada inc.*, 2009 QCCS 6226, j. Godbout, par. 23.

A. Une première faille

L'article 54.2, al. 2 C.p.c. prévoit que la requête visant à faire rejeter la demande en justice doit être présentée à *titre de moyen préliminaire*. Or, selon les articles 151.5 et 159 C.p.c., les moyens préliminaires doivent être dénoncés préalablement à la date fixée pour la présentation de la demande²⁴ et présentés à cette date.

Ce qui suscite les interrogations suivantes :

- un défendeur soulevant un motif de rejet de la demande en justice lui ayant été révélé uniquement lors de l'interrogatoire préalable du demandeur (et donc postérieurement à la date de présentation de la demande) est-il hors délai pour présenter sa requête ?
- mais plus que la simple question du délai (qui n'est pas péremptoire de toute façon)²⁵, c'est davantage la question suivante qui embête : en prévoyant à l'article 54.2, al. 2 C.p.c. que la requête visant à faire rejeter une demande en justice doit être présentée à titre de *moyen préliminaire*, pourrait-on prétendre que l'intention du législateur serait de ne plus permettre le rejet d'une demande en justice lorsque les motifs de rejet ressortent d'un interrogatoire préalable (comme l'article 75.1 C.p.c. le permettait auparavant), ces motifs ne pouvant *jamais* être soulevés à titre de moyen préliminaire ?
- en d'autres termes, pourrait-on prétendre que l'intention du législateur est de limiter le rejet préliminaire d'une demande en justice aux seules situations où le caractère abusif apparaît à la face même de la demande en justice ?

Un avocat a tenté de justifier cette position en prétendant que « le législateur a voulu favoriser l'accès à la justice, *notamment en prévenant la terminaison prématurée des instances*, et qu'il a donc pu vouloir éliminer un article 75.1 qu'il aurait jugé trop restrictif »²⁶.

24. Selon l'article 72 du *Règlement de procédure civile (Cour supérieure)*, R.R.Q., c. C-25, r. 8, les moyens préliminaires doivent être dénoncés deux jours avant la date fixée pour la présentation de la demande introductive d'instance.

25. Art. 167 C.p.c. Voir par exemple : *BIP Corporation inc. c. Mitec Telecom Inc.*, 2010 QCCS 754, j. Dallaire, par. 27, 39-41.

26. *Chhuon c. Société des casinos du Québec*, 2010 QCCA 221, j. Bich, par. 20 (nos italiques) : la Cour d'appel n'a pas répondu à cet argument.

Un tel argument a été réfuté clairement par le juge Fournier dans *Werbin c. Werbin* :

En prétendant que le recours intenté sous l'article 54.1 C.p.c. n'est plus recevable puisqu'il n'a pas été présenté à la première occasion, le défendeur propose une interprétation qui va à l'encontre de l'esprit des modifications législatives dont l'objectif est de couper court à des recours morts-nés. Son interprétation ferait en sorte que désormais le recours en rejet anciennement codifié sous l'article 75.1 C.p.c. est abrogé puisqu'en aucun temps le défendeur ne pourrait le proposer *in limine* puisque l'interrogatoire n'a jamais eu lieu au moment de la première présentation de la requête.²⁷

Une réponse tout aussi claire a été donnée par le juge Dugré dans *Kabbabe c. Elfassy* :

After careful analysis of the relevant provisions of the C.C.P. and in light of section 41 of the *Interpretation Act*, the Court is of the opinion that it can take into account an examination held pursuant to the C.C.P. in order to decide a motion based on article 54.1 *et seq.* C.C.P. even if the examination is held and the motion presented are outside the period prescribed for the presentation of preliminary exceptions.

[...]

It has been held by the Court of Appeal that a motion to dismiss based on article 75.1 C.C.P. should be granted where an examination of the plaintiff led to conclude that the action was prescribed. There is no reason why a different conclusion should be drawn where the motion to dismiss is based on article 54.1 C.C.P.

[...]

In sum, the rule which applied under articles 75.1 and 75.2 C.C.P. was not limited but enlarged by the enactment of article 54.1 *et seq.* C.C.P.²⁸

27. 2009 QCCS 5253, j. Fournier, par. 8.

28. 2010 QCCS 404, j. Dugré, par. 23, 26 et 31. Voir aussi : *Développement Bleury – de la Gauchetière inc. c. Lalonde*, 2010 QCCS 3359, j. Mayrand, par. 27 ; *Drouin c. Gagné*, 2010 QCCS 2934, j. La Rosa, par. 22 ; *Centre hospitalier Robert-Giffard c. Gestion Francis Carrier inc.*, 2009 QCCS 3131, j. Banford, par. 17 (requête pour permission d'appeler rejetée, 2009 QCCS 1596, j. Dutil) ; *Résidences-hôtellerie Harmonie inc. c. Résidences-hôtellerie RGL, s.e.c.*, 2009 QCCS 5250, j. Castonguay, par. 31-34.

Cette interprétation par les juges Fournier et Dugré est d'ailleurs conforme aux commentaires de la ministre de la Justice dans le Journal des débats de la Commission des institutions. Nous en citons quelques extraits, lesquels démontrent clairement que l'intention n'était pas *de retirer* aux tribunaux l'outil dont ils disposaient en vertu des anciens articles 75.1 et 75.2 C.p.c., mais plutôt de donner davantage *de mordant* à cet outil et de lui en adjoindre *d'autres* qui permettront aux tribunaux d'intervenir de façon plus efficace et plus ciblée :

M^{me} Weil : [D]onc il fallait renforcer ces deux dispositions [les articles 75.1 et 75.2 C.p.c.]. C'est vrai que le juge, en vertu du *Code de procédure civile* [...] pouvait déclarer une poursuite abusive, qu'elle était de nature abusive, mais on est en train de voir une certaine prolifération de ces types de poursuites qu'on appelle les poursuites-bâillons. Donc, ça prenait une approche plus musclée, plus claire, d'équilibre entre les parties, donc de vraiment codifier, dans un sens, le droit pour le pousser plus loin.

[...]

M^{me} Weil : Le deuxième alinéa [de l'article 54.1 C.p.c.] définit ce qui peut constituer un abus et inclut sous cette notion plusieurs actes qui sont en eux-mêmes des manifestations d'un exercice abusif du droit. La disposition aborde la question de l'abus d'une manière beaucoup plus large que ne le fait actuellement l'article 75.1 du *Code de procédure civile*. Celui-ci se fonde sur une approche plus procédurale. Il est interprété d'une manière stricte par les tribunaux. Ceux-ci ne voulant pas priver une partie d'être entendue ne rejettent généralement une action ou une procédure que si un cas clair le commande et en s'assurant que la procédure paraît futile et dilatoire et ne présente pas de chances raisonnables de succès.

Les dispositions du projet, tout en prenant acte de cette approche des tribunaux, visent à leur offrir des moyens additionnels lorsqu'ils sont confrontés à de possibles abus.²⁹

En somme, c'est la règle, plus générale, énoncée à l'article 54.1, al. 1 C.p.c. qui est appliquée : les tribunaux peuvent à *tout moment*, sur demande et même d'office, déclarer qu'un acte de

29. Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 1^{re} session, 39^e législature, *Commission permanente des institutions*, Étude détaillée du projet de loi n^o 9 – Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, 26 mai 2009, n^o 16, p. 13-14, 25.

procédure est abusif et prononcer une sanction contre la partie qui agit de manière abusive.

B. Une deuxième faille

La deuxième faille rédactionnelle – si elle en est une – est la suivante : le texte de l'article 54.1, al. 2 C.p.c. ne reprend pas le second motif de rejet qui était prévu à l'article 75.1 C.p.c., soit le refus de la partie qui a intenté l'acte de procédure de se soumettre à un interrogatoire.

Ce qui suscite les questions suivantes :

- les articles 75.1 et 75.2 C.p.c. ayant été abrogés par l'article 3 du projet de loi n° 9, cela signifie-t-il que le législateur ne considère plus que le refus de se soumettre à un interrogatoire justifie le rejet de l'acte de procédure en cause ?
- cela signifie-t-il également que le refus de remplir des engagements souscrits lors d'un interrogatoire (assimilé par la jurisprudence sous l'article 75.1 C.p.c. comme un refus de se soumettre à un interrogatoire)³⁰ ne puisse plus être sanctionné par le rejet de l'acte de procédure en cause ?

Encore une fois, la réponse à ces questions est négative. Bien que l'article 75.1 C.p.c. ait été abrogé, le juge Trudel écrit dans *Bauer c. Société du Vieux-Port de Montréal* que « l'on peut s'en inspirer pour considérer un tel refus comme nuisant au déroulement du processus judiciaire »³¹. Le juge Trudel considère ainsi que le refus de M. Bauer de fournir la documentation de support à l'égard de sa perte de salaire alléguée est un abus au sens de l'article 54.1 C.p.c. et conclut au rejet partiel de la requête introductive en radiant le poste de réclamation « perte de salaire : 75 000 \$ ».

30. Avant de prononcer le rejet, les tribunaux demandent toutefois généralement qu'une ordonnance ait été émise au préalable obligeant une partie à respecter ses engagements. Voir : *Gicquel c. Syndicat des copropriétaires de l'immeuble détenu en copropriété divise*, J.E. 96-2024 (C.A.), j. Proulx, Deschamps et Philippon ; Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 201.

31. 2009 QCCS 4962, j. Trudel, par. 19-22. Voir aussi : *Clinique Ovo inc. c. Curalab inc.*, 2010 QCCA 1214, j. Chamberland, par. 16-18 ; *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600, j. Rochon, Dalphond, Bouchard, par. 22-30, 74-77.

L'illustration fournie par ce jugement *Bauer* est éloquent sur ce que permet désormais l'article 54.3 C.p.c. lorsqu'appliqué à une situation où une partie refuse de répondre à des engagements quant à une *partie seulement* de la réclamation. À titre de comparaison, le juge Plouffe, devant la même situation que le juge Trudel dans *Bauer*, écrit en 2001 :

De plus, en vertu de l'article 75.1 C.p.c., l'action doit être rejetée dans sa totalité, elle ne peut être rejetée partiellement. Les auteurs Ferland et Emery abondent dans le même sens en ces termes :

La procédure de rejet prévue à l'article 75.1, qui ne distingue pas entre le rejet total ou partiel, contrairement à la phraséologie utilisée par le législateur dans d'autres articles du Code, notamment à l'article 72, paraît viser le rejet total de l'action ou de la procédure frivole ou manifestement mal fondée.

[...]

Les factures ou pièces justificatives manquantes au soutien des frais d'exploitation réclamés, lesquelles font l'objet de l'ordonnance du 14 avril 2000, n'ont trait qu'à une partie seulement de la réclamation, soit les dommages-intérêts. En conséquence, la requête introductive d'instance ne serait pas, à tout le moins, frivole ou manifestement mal fondée quant au reste, soit les demandes d'annulation de bail et de recouvrement de loyer. Dans ces circonstances, [...] le Greffier spécial se devait de rejeter la requête et de déférer le tout au juge du fond. En ce sens, le Greffier spécial a erré en droit.³²

En somme, face aux deux problèmes mentionnés ci-haut, les tribunaux n'ont pas hésité à aller au-delà du texte des articles 54.1 et suivants du C.p.c. afin de les résoudre d'une façon conforme à ce que recherchait le législateur par son projet de loi n° 9, soit maintenir les recours qui étaient disponibles aux articles 75.1 et 75.2 C.p.c., tout en augmentant l'arsenal des mesures à la disposition des tribunaux.

L'importance de ce constat apparaîtra clairement à la section VI-D du présent article.

32. *128220 Canada inc. c. Project Services International (P.B.J.R.T.) Inc.*, J.E. 2001-358 (C.S.), j. Plouffe, p. 7-8.

V. LE PROBLÈME POSÉ PRÉCISÉMENT

La table étant mise, quel est donc le problème que soulève le fait de demander le rejet d'une partie d'une demande en justice parce que non fondée à sa face même en vertu de l'article 54.1 C.p.c. ? D'un point de vue procédural, qu'est-ce qui empêcherait une partie de recourir à cette mesure ?

Les obstacles sont au nombre de deux. Premièrement, l'existence d'un courant jurisprudentiel qui réfère à la définition traditionnelle de l'abus de procédure (ou abus du droit d'ester en justice) pour interpréter toutes les formes d'abus selon l'article 54.1 C.p.c. Deuxièmement, le fait que l'article 165(4) C.p.c. n'ait pas été abrogé par le projet de loi n° 9, contrairement aux articles 75.1 et 75.2 C.p.c.

Nous étudierons ces deux obstacles dans l'ordre et tenterons de démontrer que ceux-ci peuvent être surmontés. Le deuxième obstacle est le plus problématique parce qu'il oblige à plaider essentiellement que l'article 165(4) C.p.c. n'a plus d'utilité et qu'après 44 ans de loyaux services depuis son entrée en vigueur en 1966, il a été supplanté par plus jeune et plus vigoureux que lui.

VI. LE PREMIER OBSTACLE

A. Les arrêts *Viel* et *Royal Lepage*

Les deux arrêts de principe au Québec sur la question de l'abus de procédure sont *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*³³ et *Royal Lepage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*³⁴. La Cour d'appel du Québec y établit une distinction fondamentale entre un « abus sur le fond » et un « abus du droit d'ester en justice » ou « abus de procédure », seul le second type d'abus étant susceptible d'être sanctionné par l'octroi de dommages, généralement le remboursement des honoraires extrajudiciaires.

Un abus sur le fond intervient avant que les procédures judiciaires ne débutent ; il se produit au moment de la faute contractuelle ou extracontractuelle et a pour effet de qualifier cette faute³⁵.

33. [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), j. Rochon.

34. 2007 QCCA 915, j. Dalphond.

35. *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), j. Rochon, par. 74.

Au contraire, un abus de procédure est une faute commise à l'occasion d'un recours en justice et *non avant*. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une partie de mauvaise foi multiplie les procédures, poursuit inutilement et abusivement un débat judiciaire. C'est également le cas lorsqu'il appert qu'une partie, par mauvaise foi ou témérité, intente un recours pour causer des désagréments à son adversaire plutôt que pour faire reconnaître le bien-fondé de ses prétentions ou lorsqu'une partie refuse de façon injustifiée de faire face à l'évidence et de renoncer, en demande ou en défense, à une procédure condamnée d'avance à l'échec³⁶.

Sonder le cœur des gens pouvant être une tâche difficile, le juge Dalphond établit le test objectif suivant dans *Royal Lepage* : « le fait de mettre de l'avant une procédure alors qu'une personne raisonnable et prudente, placée dans les circonstances connues par la partie au moment où elle dépose la procédure ou l'argumente, conclurait à l'inexistence d'un fondement pour cette procédure »³⁷. Le test demeure toutefois très exigeant car comme le rappelle le juge Dalphond, en faisant référence aux enseignements de son collègue le juge Rochon dans *Viel*, « il faut éviter de conclure à l'abus dès que la thèse mise de l'avant est quelque peu fragile sans être abusive »³⁸.

Sans surprise, la jurisprudence compte beaucoup plus d'exemples où le tribunal a refusé l'octroi du remboursement des honoraires extrajudiciaires que l'inverse. Tant dans *Viel* que dans *Royal Lepage*, la Cour d'appel a cassé la condamnation en remboursement d'honoraires extrajudiciaires rendue par la Cour supérieure ; elle l'a fait aussi à plusieurs autres reprises par la suite dans d'autres arrêts après avoir conclu que les critères de l'abus de procédure énoncés dans *Viel* et *Royal Lepage* avaient été interprétés ou appliqués trop largement³⁹. Bref, la porte n'est pas

36. *Ibid.*, par. 75.

37. *Royal Lepage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd*, 2007 QCCA 915, j. Dalphond, par. 46.

38. *Ibid.*, par. 44 ; *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), j. Rochon, par. 82.

39. Voir : *Bilodeau c. Chouik*, 2010 QCCA 1062, j. Chamberland, Rochette, Kasirer, par. 16-20 (requête pour permission de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée, 2010-10-14) ; *Université de Sherbrooke c. Beaudoin*, 2010 QCCA 28, j. Dalphond, Rochon, Vézina, par. 163-167 ; *Simard Vincent c. Conseil de la nation huronne-wendat*, 2010 QCCA 178, j. Giroux, par. 50-83 ; *Centre maraîcher Eugène Guinois Jr inc. c. Semences Stokes ltée*, 2009 QCCA 2313, j. Beauregard, par. 77-101 ; *Sulitzer c. Banque Nationale du Canada*, 2007 QCCA 1774, j. Bich, par. 65-91 ; *Fillion c. Chiasson*, 2007 QCCA 570, j. Morrissette, par. 118-126. Voir

fermée à double tour, mais elle ne s'ouvre qu'en de rares occasions – le prince doit être charmant et le bouquet, imposant⁴⁰.

B. Quelques jugements qui paraissent erronés quant à la place que devraient prendre les arrêts *Viel* et *Royal Lepage* dans l'analyse d'une requête présentée en vertu de l'article 54.1 C.p.c.

Évidemment, si on recourt à cette jurisprudence pour interdire toutes les formes d'abus décrites à l'article 54.1 C.p.c., la prétention selon laquelle cette disposition peut être utilisée pour demander le rejet total ou partiel d'une demande en justice, car non fondée en droit à sa face même, devient précaire. Effectivement, tout recours irrecevable n'est pas nécessairement entrepris de mauvaise foi ou de façon téméraire.

Or, certains jugements rendus jusqu'ici sur les articles 54.1 et suivants du C.p.c. ont pris cette voie, laquelle n'est pas favorable à notre thèse. Le juge Archambault est le plus explicite à cet égard dans *Gestolex c. Delisle* :

Le Tribunal est d'opinion que les nouvelles dispositions des articles 54.1 et s. C.p.c. cristallisent, en quelque sorte, les principes énoncés par l'arrêt *Viel*. [...]

-
- aussi à titre d'exemples, les jugements suivants de la Cour supérieure qui ont refusé le remboursement des honoraires extrajudiciaires : 2890771 *Canada inc. (Construction G. Tremblay) c. Groupe Panigas inc.*, 2010 QCCS 329, j. Prévost, par. 54-63 ; *MP2B c. Payette*, 2010 QCCS 5223, j. Nollet ; *Médias Transcontinentale, s.e.n.c. c. Carignan*, 2009 QCCS 2848, j. Payette, par. 93-100 ; *Brouard c. Ferme porcine de Beauce inc.*, 2008 QCCS 2168, j. La Rosa, par. 73-81 ; *Finexcorp inc. c. Caroline Tremblay, CA inc.*, 2008 QCCS 2688, j. Alain, par. 85-88, confirmé par la Cour d'appel, 2010 QCCA 595, j. Forget, Giroux et Bouchard ; *Tremblay c. Compagnie d'assurances Standard Life*, 2008 QCCS 2488, j. Soldevila, par. 277-279, confirmé par la Cour d'appel, 2010 QCCA 933, j. Chamberland, par. 66, 68 et 135.
40. Voir par exemple : *Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés Design inc.*, 2006 QCCA 560, j. Baudouin, Pelletier, Dufresne, par. 14-15 ; *Construction Val-d'Or ltée c. Gestion LRO (1997) inc.*, 2006 QCCA 16, j. Rochette, Pelletier, Dutil, par. 11-18 ; *Sawdon c. Dennis-Trudeau*, 2006 QCCA 553, j. Morin, par. 43-53 ; *Danny's Construction Company Inc. c. Birdair inc.*, 2010 QCCS 447, j. Léger, par. 728-752 (inscription en appel, 2010-03-15) ; *De Lachevrotière c. Compagnie d'assurances Intact*, 2010 QCCS 4065, j. Dallaire, par. 57-71 (inscription en appel, 2010-09-16) ; *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396, j. Blondin, par. 142-151 (inscription en appel, 2010-08-30) ; *Droit de la famille – 103264*, 2010 QCCS 5968, j. Roy, par. 128-137 ; *Sultan c. Gitman*, 2009 QCCS 4627, j. Mayer, par. 172-192 (appel rejeté sur requête, 2009 QCCA 33, j. Chamberland, Forget, Morrisette) ; *Mostafa c. École Vanguard Québec ltée*, 2008 QCCS 1542, j. Lefebvre, par. 96-112 ; *NDEX Systems Inc. c. Financial Center Securities Corp.*, 2008 QCCS 2389, j. Gauthier, par. 26-35 (appel rejeté sur requête, 2009 QCCA 33, j. Gendreau, Brossard, Dalphond) ; *Morin c. Saïm*, 2007 QCCS 6498, j. Bandford, par. 104-128.

Le Tribunal estime qu'il y existe une importante distinction entre une procédure mal fondée en faits et en droit qui est rejetée par le Tribunal et une procédure abusive au sens de l'article 54.1 C.p.c. et de l'arrêt *Viel*.

Ainsi, le Tribunal est d'opinion que le fait qu'une action ou une procédure ne soit pas fondée en faits et en droit n'en fait pas automatiquement une procédure abusive au sens de l'article 54.1 second alinéa C.c.Q.⁴¹

Dans *BIP Corporation inc. c. Mitec Telecom Inc.*, la juge Dallaire conclut au rejet de la requête introductive d'instance sur la base de l'article 165(4) C.p.c. parce que « manifestement mal fondée et vouée à l'échec », mais refuse de conclure à un abus au sens de l'article 54.1 C.p.c. étant d'avis que le dossier méritait une analyse sérieuse des principes de droit et que « cela, en soi, démontre que le recours n'était pas, à sa face même, futile ou abusif »⁴². Ce faisant, elle rejette la demande de réserve pour l'octroi de dommages-intérêts selon l'article 54.1 C.p.c.

Situation identique dans *Lapointe c. Lacroix-Loiselle* où le juge Moulin conclut au rejet de la requête introductive en jugement déclaratoire puisqu'il « ressort clairement des procédures et des pièces [...] que le recours n'a aucune chance de succès », mais refuse de déclarer la requête abusive au sens de l'article 54.1 C.p.c. étant d'avis qu'« un recours non fondé en droit n'est pas nécessairement abusif ». Ce faisant, il rejette la demande de condamnation à des dommages-intérêts pour 5 000 \$ visant notamment à rembourser les honoraires d'avocats. Il écrit :

Or, les articles 54.1 et suivants C.p.c. qui traitent du pouvoir de sanctionner les abus de procédures confèrent un pouvoir discrétionnaire au Tribunal. La bonne foi se présume (article 2805 C.c.Q.). Un recours non fondé en droit n'est pas nécessairement abusif.

Comme le reconnaît la demanderesse à l'audience, elle recherche une déclaration à l'égard de tous (c'est-à-dire tous les copropriétaires) que le projet de règlement P-6 n'a pas été dûment adopté. Elle n'utilise toutefois pas le bon moyen procédural pour atteindre son objectif. De là à déclarer son recours abusif en vertu des articles 54.1 et suivants C.p.c., il y a une marge que les circonstances propres à l'affaire ne permettent pas de franchir.

41. 2009 QCCQ 14137, j. Archambault, par. 40-42.

42. 2010 QCCS 754, j. Dallaire, par 78-81.

Le moyen des défendeurs en déclaration d'abus est en conséquence rejeté.⁴³

Enfin, dans *Construction Socam ltée c. Corporation d'hébergement du Québec*, le juge Gagnon refuse de rejeter la requête introductive tant sur la base de l'article 165(4) C.p.c. que de l'article 54.1 C.p.c. Il rejoint cependant ses collègues les juges Dal-laire et Moulin en analysant différemment la demande en rejet, selon qu'il se place sous l'une ou l'autre des dispositions, la seconde appelant un fardeau beaucoup plus lourd selon lui. Il écrit :

Par contre, il faut garder à l'esprit que les nouveaux articles 54.1 et suivants C.p.c. confèrent discrétion au tribunal de déclarer qu'un acte de procédure est abusif, ce qui n'est pas nécessairement le cas à chaque fois que cet acte de procédure n'est pas fondé en faits et en droit. Il faut pouvoir reprocher à l'auteur de l'acte de procédure une démarche outrageante, répréhensible, de mauvaise foi, empreinte de « légèreté blâmable », donc abusive.

L'ancien article 75.1 ne référerait pas explicitement à la notion d'abus.⁴⁴

Appliquant ce test, le juge Gagnon refuse ainsi de déclarer la procédure de Construction Socam abusive – et donc de la rejeter sur cette base – puisqu'il n'y a aucune démonstration qu'elle aurait agi abusivement dans le présent litige et qu'il ne s'agit pas d'un « cas manifeste où une partie s'acharne de mauvaise foi et sans la moindre probabilité d'établir sa théorie de la cause »⁴⁵.

C. L'arrêt *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*

Certains plaideront sans doute que cette interprétation restrictive de la notion d'abus de l'article 54.1 a été confirmée par le juge Dalphond dans le récent arrêt de la Cour d'appel *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*⁴⁶.

43. 2010 QCCS 3609, j. Moulin, par. 4, 27-34. Voir aussi : *Lukawecki c. Bayly*, 2010 QCCQ 2055, j. Gouin, par. 30-37.

44. 2010 QCCS 3606, j. Gagnon, par. 28-29 (les soulignés sont du juge Gagnon).

45. *Ibid.*, par. 30-35. Voir aussi les jugements suivants qui ont adopté la même interprétation du terme « abus » à l'article 54.1 C.p.c. : *Vallerand c. 4660774 Canada inc.*, 2009 QCCS 6226, j. Godbout, par. 30 ; *Personnelle (La), assurances générales c. Marcotte*, 2009 QCCS 5397, j. Lalonde, par. 40 ; *Promutel Portneuf-Champlain c. CPE La Chat-Maille*, 2009 QCCQ 14745, j. Cloutier, par. 11-14 ; *Charbonneau c. Lettra D. Sign inc.*, 2009 QCCQ 14220, j. Archambault, par. 31-32.

46. 2010 QCCA 1600, j. Rochon, Dalphond, Bouchard.

En première instance, le juge Gagnon avait ordonné en vertu des articles 54.1 et 54.3 C.p.c., la radiation des paragraphes de la demande reconventionnelle de Cosoltec qui concernaient les engagements qui n'avaient pas toujours été remplis malgré plusieurs rappels de la part de Structure Laferté ainsi qu'une ordonnance formelle de la Cour supérieure. La radiation de ces paragraphes conduisait au rejet total de la réclamation monétaire formulée dans la demande reconventionnelle⁴⁷.

Ce jugement est infirmé par la Cour d'appel. Les juges Rochon et Dalphond signent des motifs distincts.

Le juge Rochon confirme la décision du juge Gagnon en ce qui a trait aux points suivants : les articles 54.1 et suivants du C.p.c. s'appliquent en l'espèce (une situation qui auparavant aurait été traitée en vertu de l'article 75.1 C.p.c.) et la conduite de Cosoltec a été abusive au sens de l'article 54.1, al. 2 C.p.c. Toutefois, il estime que la sanction imposée par le juge Gagnon (le rejet) n'est pas appropriée parce que la conduite de Cosoltec « n'appartient pas à la catégorie des plus graves »⁴⁸. Il note par exemple que parmi les 96 engagements souscrits par Cosoltec, cette dernière a satisfait à 79 d'entre eux. Le juge Rochon impose donc la sanction suivante prévue à l'article 54.4 C.p.c. qu'il estime davantage appropriée : le remboursement de 8 000 \$ pour compenser Structure Laferté des frais d'avocat engagés en raison de la conduite abusive de Cosoltec.

Le juge Dalphond tranche comme son collègue le juge Rochon, mais énonce sa propre analyse sur la notion d'abus utilisée à l'article 54.1 C.p.c. Or, certains voudront sûrement plaider que son opinion rejoint celle exprimée par les juges Dallaire, Moulin et Gagnon ci-haut. En effet, en faisant référence aux arrêts de principe *Viel* et *Royal Lepage*, le juge Dalphond écrit qu'« *avant de qualifier une procédure d'abusive, il faut se rappeler que l'abus ne se présume pas, contrairement à la bonne foi, et que la jurisprudence a toujours été exigeante avant de conclure en ce sens* »⁴⁹. Il ajoute aux paragraphes 68 et 69 :

Je note aussi la prudence du législateur quand il déclare à l'article 54.1 C.p.c. que les situations y décrites peuvent causer un abus,

47. 2009 QCCS 3326, j. Gagnon, par. 6, 42, 53-62, 176-191.

48. *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600, j. Rochon, par. 36.

49. *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600, j. Dalphond, par. 63 (nos italiques).

mais n'en constituent pas automatiquement une preuve irréfragable puisqu'en vertu de l'art. 54.2 C.p.c., l'auteur peut démontrer que son geste n'a pas été exercé de manière excessive ou déraisonnable et se justifie en droit.

L'oubli, le manque de diligence ou la négligence d'un avocat à l'égard de l'échéancier convenu ou des engagements souscrits constituent des manquements au contrat judiciaire. Ils ne sont pas sans conséquence pour l'autre partie. Ils entraînent aussi un certain gaspillage des ressources judiciaires (requête pour être relevé du défaut, requête en prolongation, requête pour sanctions (rejet, radiation, etc.)). Mais ils ne constituent pas pour autant des abus au sens de l'article 54.1 C.p.c. Il faut en plus de la mauvaise foi, de la témérité, du mépris évident pour les règles de procédure ou le contrat judiciaire, ou un détournement des fins de la justice.⁵⁰

Le juge Dalphond conclut son analyse en écrivant ceci au sujet des sanctions prévues aux articles 54.3 et 54.4 C.p.c. :

*Somme toute, l'abus et l'apparence d'abus demeurent associés aux cas les plus lourds, mais les tribunaux se voient accorder plus de marge de manœuvre pour réagir et sanctionner au besoin.*⁵¹

Sur la base de cette analyse, le juge Dalphond se dit d'accord avec le premier juge et conclut que la conduite de Cosoltec était empreinte de mauvaise foi (stratégie d'épuisement) et pouvait donc être effectivement qualifiée d'abusives. Cependant, comme le juge Rochon, il estime qu'une condamnation à des dommages-intérêts est plus appropriée que le rejet pur et simple de la demande reconventionnelle qui représente selon lui la sanction ultime.

D. La place que devraient prendre les arrêts *Viel* et *Royal Lepage* dans l'analyse d'une requête présentée en vertu de l'article 54.1 C.p.c.

Soyons clair : il n'est certes pas question de prétendre que les nouveaux articles 54.1 et suivants du C.p.c. mettent de côté les enseignements de la Cour d'appel dans les arrêts *Viel* et *Royal Lepage*. Nous affirmons plutôt que le législateur à l'article 54.1 C.p.c. n'a pas limité la définition d'abus à celle établie par la Cour d'appel dans ces arrêts.

50. Les soulignés sont du juge Dalphond.

51. *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600, j. Dalphond, par. 73 (nos italiques).

À notre avis, tenir la position contraire serait faire abstraction de la première situation d'abus décrite par le législateur à l'article 54.1, al. 2 : « un acte de procédure manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire ».

Ce serait également conclure que la requête en rejet qui était présentable en vertu de l'article 75.1 C.p.c. ne peut plus l'être en vertu de l'article 54.1 C.p.c. En effet, en vertu de l'ancienne disposition, les tribunaux ne requéraient pas la démonstration additionnelle de mauvaise foi, de témérité ou d'un refus injustifié de faire face à l'évidence pour rejeter un acte de procédure en vertu de cette disposition⁵². Certes, le motif de rejet devait apparaître clairement et certes, les tribunaux devaient agir avec prudence⁵³, mais la démonstration que l'acte de procédure était « manifestement mal fondé » suffisait.

Or, comme nous l'avons vu précédemment à la section IV, tous s'entendent unanimement que les mesures prévues aux articles 75.1 et 75.2 C.p.c. ont été *maintenues* par les articles 54.1 et suivants du C.p.c.

Pour illustrer notre propos, étudions le jugement *Roy c. Pageot* rendu par le juge Isabelle, en 2001⁵⁴. M^{me} Roy poursuivait personnellement les administrateurs d'une compagnie mise-en-cause ; elle prétendait que ceux-ci étaient personnellement responsables de sommes qui lui étaient dues par la compagnie. Or, l'interrogatoire préalable de M^{me} Roy ayant révélé que son recours était prescrit, le juge Isabelle accueille une requête en rejet des défendeurs en vertu de l'article 75.1 C.p.c. Il rejette toutefois le recours en dommages-intérêts en vertu de l'article 75.2 C.p.c. en ces termes :

Bien que la conclusion de la requête des défendeurs demande au tribunal de déclarer abusive ou dilatoire l'action du demandeur en vertu de l'article 75.2 C.p.c. et de le condamner à payer les frais légaux en guise de dommages, le tribunal ne peut en arriver à cette conclusion puisque l'action en responsabilité était sérieuse. N'eut été de la prescription extinctive du recours, laquelle est devenue évidente après l'interrogatoire hors Cour du demandeur, la procédure du demandeur n'était pas abusive ou dilatoire.

52. Voir à titre d'exemple : *Driesen c. Métayer*, *Gervais c. Conseil d'administration du Centre hospitalier de St-Laurent*, J.E. 92-305 (C.A.), j. Beaugregard ; *Driesen c. Métayer*, J.E. 91-811 (C.A.), j. Monet, Rothman, Mailhot.

53. *Foyer du sport inc. c. La Coop fédérée*, J.E. 2008-578 (C.A.), j. Robert, par. 14.

54. B.E. 2002BE-703 (C.S.), j. Isabelle.

Ce jugement en tête, voici notre propos : s'il était intenté aujourd'hui, le recours de M^{me} Roy, même s'il ne constitue pas un abus de procédure comme l'entend la Cour d'appel dans *Viel* et *Royal Lepage*, peut toujours être rejeté parce que « manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire » et par le fait même « abusif » au sens de l'article 54.1 C.p.c. – un raisonnement contraire aurait pour effet de frustrer l'intention du législateur qui était non pas d'abolir le recours qui était prévu à l'article 75.1 C.p.c., mais au contraire de lui donner davantage de mordant⁵⁵.

Avec égards, c'est pourtant ce à quoi mène le raisonnement des juges Archambault, Dallaire, Moulin et Gagnon exposé ci-haut. En effet, pour qu'un tribunal puisse appliquer la sanction de rejet prévue à l'article 54.3 C.p.c., *encore faut-il qu'il ait au préalable conclu à un abus en vertu de l'article 54.1 C.p.c.* Or, face à une situation similaire à celle de l'affaire *Roy c. Pageot*, le tribunal ne pourra jamais conclure à un abus en vertu de l'article 54.1 C.p.c. s'il applique les critères des arrêts *Viel* et *Royal Lepage* et ne pourra donc jamais appliquer la sanction appropriée dans ces circonstances en vertu l'article 54.3 C.p.c., soit le rejet du recours.

Cette position est appuyée en jurisprudence. En effet, une multitude de jugements rendus jusqu'à présent sur les articles 54.1 et suivants du C.p.c., même s'ils n'abordent pas tous la question de front comme nous l'avons fait ci-haut, ont rejeté des demandes en justice simplement parce que vouées à l'échec, sans requérir la démonstration supplémentaire d'un abus de procédure au sens des arrêts *Viel* et *Royal Lepage*⁵⁶. « Chose qui

55. Voir notamment à cet égard les extraits des commentaires de la ministre de la Justice cités plus haut.

56. Voir par exemple : *Bérubé c. Lapointe, Cayen, avocat*, 2010 QCCS 575, j. Dallaire ; *Développement Bleury – de la Gauchetière inc. c. Lalonde*, 2010 QCCS 3359, j. Mayrand ; *Intact, compagnie d'assurance c. Garoy Construction inc.*, 2010 QCCS 1134, j. Moulin ; *P.M. c. A.G.*, 2010 QCCS 246, j. Reimnitz (requête pour permission d'appeler rejetée, 2010 QCCA 534, j. Hesler) ; *Fermes Verbec inc. c. Élevateur Rive-Sud inc.*, 2010 QCCS 6001, j. Matteau ; *Huard c. Saguenay (Ville de)*, 2010 QCCS 1454, j. Lemelin ; *Saadé c. Saadeh*, 2010 QCCS 1264, j. Lacourcière ; *Rozier c. Commission des lésions professionnelles*, 2010 QCCS 4671, j. Castiglio ; *Bégin c. Bégin*, 2010 QCCS 3452, j. Taschereau ; *Guimont c. RNC Média inc. (CHOI-FM)*, 2010 QCCS 5109, j. Dallaire (inscription en appel, 2010-10-21) ; *Confiserie des fins palais inc. c. Lecavalier (Succession de)*, 2010 QCCS 4628, j. Samoisette (appel rejeté sur requête, 2010 QCCA 1076, j. Forget, Morrissette, Dufresne) ; *Talbot c. Soucy international inc.*, 2010 QCCS 831, j. Crête ; *St-Onge c. Reeves*, 2009 QCCS 4895, j. Reimnitz ; *Tremblay c. Carrier*, 2009 QCCS 3196, j. Lesage ; *Michalakopoulos c. Comeau*, 2009 QCCS 5599, j. Borenstein ; *Michalakopoulos c. Lawyers Title Insurance Corporation*, 2009 QCCS 4645, j. Masse ; *Laberge c. Franquelin*, 2009 QCCS 4049, j. Corriveau ; *Lavoie c. Québec (Procureur Général)*, 2009 QCCS

semble évidente, le législateur en adoptant le projet de loi n° 9 qui abroge l'article 75.1 C.p.c. voulait qu'un tribunal puisse continuer de rejeter sur requête une procédure frivole ou manifestement mal fondée lorsqu'un interrogatoire le démontre », écrit le juge Dumas⁵⁷. Mais le plus explicite est certainement le juge Taschereau qui conclut en ces termes après une analyse détaillée de la notion d'abus utilisée à l'article 54.1 C.p.c. :

Vu ce qui précède, le Tribunal conclut que la notion d'acte de procédure abusif utilisée dans les articles 54.1 à 54.6 couvre un domaine beaucoup plus étendu que la notion traditionnelle de l'abus du droit d'agir et que, sans limitation, le rejet d'une demande en justice ou d'un autre acte de procédure peut être obtenu en vertu des articles 54.1 et 54.3 s'il est frivole ou manifestement mal fondé en droit, au sens autrefois donné à ces expressions par l'article 75.1.⁵⁸

Ceci étant dit, quelle est donc la place des principes établis dans les arrêts *Viel* et *Royal Lepage* dans le cadre de l'analyse d'une requête en vertu des articles 54.1 et suivants du C.p.c. ?

Premièrement, ceux-ci demeurent au cœur de l'analyse des autres formes d'abus (plus graves) décrites à l'article 54.1 C.p.c. notamment celle ayant trait à « l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ». Ils sont également pertinents au stade de la détermination de la sanction en vertu des articles 54.3 à 54.6 C.p.c., plus particulièrement s'il y a lieu d'imposer le remboursement des honoraires extrajudiciaires. En effet, la jurisprudence rendue jusqu'à présent sur les articles 54.1 et suivants du C.p.c. est unanime : le remboursement des honoraires est une sanction que le tribunal *peut* ordonner en cas d'abus et qui demeure réservée aux

4452, j. Blanchet (requêtes en rétractation de jugement rejetées, 2009 QCCS 5024, j. Gendreau) ; *Desjardins c. Bureau*, 2009 QCCS 6237, j. Bédard ; *Résidences-hôtellerie Harmonie inc. c. Résidences-hôtellerie RGL, s.e.c.*, 2009 QCCS 5250, j. Castonguay ; *Z.D. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2009 QCCS 5239, j. Prévost ; *Anber c. Piché*, 2009 QCCS 4159, j. Wagner ; *Commission de la construction du Québec c. 9035-3608 Québec inc. (Globe 2000) (Plomberie Globe)*, 2010 QCCQ 2560, j. Dortéus ; *Geysens c. Julien*, 2009 QCCQ 10013, j. Chicoine ; *Chhuon c. Société des casinos du Québec*, 2009 QCCQ 11077, j. Vadboncoeur (requête pour permission d'appeler rejetée, 2010 QCCA 221, j. Bich) ; *Ouellet c. Pelletier*, 2009 QCCQ 12271, j. Ringuet ; *A.G. c. Centre jeunesse du Saguenay-Lac-St-Jean*, 2009 QCCQ 13503, j. Lortie.

57. *9176-187 Québec inc. (FPG Construction) c. Dion*, 2009 QCCS 2865, j. Dumas, par. 14.

58. *Bernard c. Desrochers*, 2009 QCCS 5535, j. Taschereau, par. 18-35. Voir aussi : *Huard c. Saguenay (Ville de)*, 2010 QCCS 1454, j. Lemelin, par. 27.

cas d'abus de procédure (plus graves) définis dans les arrêts *Viel et Royal Lepage*⁵⁹.

Bref, une demande en justice manifestement mal fondée est « abusive » au sens de l'article 54.1 C.p.c. et pourra être rejetée en vertu de l'article 54.3 C.p.c., mais sans pour autant entraîner nécessairement une condamnation à des dommages-intérêts visant à rembourser les frais d'avocats en vertu de l'article 54.4 C.p.c.⁶⁰.

En somme, le nouvel article 54.1 C.p.c. vise une gamme de situations « abusives » qui ne conduisent pas nécessairement à la même sanction, laquelle peut être plus ou moins sévère selon les circonstances.

E. Retour sur certains jugements analysés précédemment

Encore pour fins d'illustration, étudions de nouveau le jugement rendu dans *Lapointe c. Lacroix-Loiselle*⁶¹. Dans la mesure où le juge a décidé qu'il ressortait clairement des procédures et des pièces que le recours de M^{me} Lapointe n'avait aucune chance de succès⁶², voici, avec égards, comment il aurait dû conclure : le recours de M^{me} Lapointe doit être rejeté tant sur la base de l'article 165(4) C.p.c. que des articles 54.1 et 54.3 C.p.c. Toutefois, l'abus en question (un acte de procédure manifestement mal fondé) n'étant pas lui-même un abus de procédure au sens de *Viel et Royal Lepage*, aucun dommages-intérêts en vertu de l'article 54.3 C.p.c.

59. Voir par exemple : *Duddin et Lussier*, 2010 QCCS 1759, j. Gagnon, par. 106-116 (inscription en appel, 2010-06-09) ; *Corriveau c. Canoe inc.*, 2010 QCCS 3396, j. Blondin, par. 124-151 (inscription en appel, 2010-08-30) ; *D'Alessandro c. Mastrocola*, 2010 QCCS 3630, j. Gagnon, par. 30-48 ; *Immeubles France Lévesque inc. c. Martins*, 2010 QCCS 1805, j. Chaput, par. 24-36 ; *Gosselin c. Gosselin*, 2010 QCCS 3099, j. Payette, par. 72-83 ; *153114 Canada inc. c. Panju*, 2010 QCCS 1190, j. Lalonde, par. 20-38 (requête pour permission d'appeler rejetée, 2010 QCCA 1040, j. Dalphond) ; *Guénard c. Houle*, 2010 QCCS 2628, j. Lemelin, par. 126-153 (requête pour permission d'appeler accueillie, 2010 QCCA 1691, j. Beau-regard, Morin, Hesler) ; *Droit de la famille – 101232*, 2010 QCCS 2272, j. Déziel, par. 28-31 (inscription en appel, 2010-06-23) ; *Montebello Real Estate Brokers Associates Inc. c. Société en commandite Centre commercial rond-point Dorval*, 2010 QCCS 1399, j. Tessier, par. 77-84 ; *Construction Cogerex ltée c. Paquette*, 2009 QCCS 5449, j. Matteau, par. 354-381 (inscription en appel, 2010-01-06) ; *Plante c. Désilets*, 2010 QCCQ 5885, j. Labbé, par. 32-43 ; *Verrette c. Pichette*, 2010 QCCQ 1452, j. Coderre, par. 62-68.

60. Voir par exemple : *St-Onge c. Reeves*, 2009 QCCS 4895, j. Reimnitz ; *Geysens c. Julien*, 2009 QCCQ 10013, j. Chicoine, par. 30-37.

61. 2010 QCCS 3609, j. Moulin.

62. *Lapointe c. Lacroix-Loiselle*, 2010 QCCS 3609, j. Moulin, par. 4, 27-34.

ne sera accordé. Rappelons que dans cette affaire, le juge a accueilli la requête des défendeurs uniquement sur la base de l'article 165(4) C.p.c. et l'a rejetée sur la base de l'article 54.1 estimant que la demande en justice de M^{me} Lapointe n'était pas « abusive ».

Avec le même respect, notre correction serait la même dans *BIP Corporation inc. c. Mitec Telecom Inc.* où la juge conclut au rejet de la requête introductive d'instance sur la base de l'article 165(4) C.p.c. parce que « manifestement mal fondée et vouée à l'échec », mais refuse de conclure à un abus au sens de l'article 54.1 C.p.c. étant d'avis que le dossier méritait une analyse sérieuse des principes de droit et que « cela, en soi, démontre que le recours n'était pas, à sa face même, futile ou abusif »⁶³. Selon nous, la demande en justice de BIP Corporation inc. aurait dû être rejetée en vertu des deux dispositions.

Abordons en terminant l'opinion du juge Dalphond dans l'arrêt *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.* ; il y formule des propositions qui, à première vue, contredisent notre proposition. Rappelons que le juge Dalphond écrit qu'« avant de qualifier une procédure d'abus, il faut se rappeler que l'abus ne se présume pas, contrairement à la bonne foi, et que la jurisprudence a toujours été exigeante avant de conclure en ce sens »⁶⁴. Il écrit aussi au sujet des articles 54.3 et 54.4 C.p.c. que « l'abus et l'apparence d'abus demeurent associés aux cas les plus lourds, mais les tribunaux se voient accorder plus de marge de manœuvre pour réagir et sanctionner au besoin »⁶⁵.

Voici comment cette opinion du juge Dalphond peut être distinguée. Dans cette affaire, ce n'était pas *la procédure en soi* qui était sous l'œil de la Cour, mais *la conduite* d'une partie et de ses avocats qui refusaient ou négligeaient de répondre à des engagements souscrits lors d'un interrogatoire préalable. Selon nous, c'est dans ce contexte que le juge Dalphond a insisté sur les enseignements de *Viel* et de *Royal Lepage* pour analyser le comportement de Cosoltec dans la conduite de son dossier judiciaire – les articles 54.1 et suivants du C.p.c. n'ont pas assoupli les critères établis par la Cour d'appel. C'est aussi dans ce contexte que le juge

63. 2010 QCCS 754, j. Dallaire, par. 78-81.

64. *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600, j. Dalphond, par. 63.

65. *Ibid.*

Dalphonf a écrit que le rejet de la procédure constituait la sanction ultime réservée aux cas les plus graves⁶⁶ et que la conduite de Cosoltec ne justifiait pas l'imposition d'une telle sanction, mais plutôt le remboursement des honoraires extrajudiciaires dépensés pour obtenir les réponses aux engagements (considérée ici comme une sanction moins sévère). Ainsi, de ce point de vue, il n'y a pas matière à contester l'opinion du juge Dalphonf qui est exacte et à laquelle nous adhérons.

Toutefois, le présent contexte est différent, soit les demandes en justice manifestement mal fondées et la possibilité de requérir leur rejet au stade préliminaire, en tout ou en partie. Dans de tels cas, contrairement à celui étudié dans *Cosoltec*, le rejet de la procédure ne représente pas nécessairement la sanction ultime ou extrême, mais plutôt une conséquence inévitable du caractère manifestement mal fondé de la procédure (pourquoi poursuivre le recours s'il est manifestement voué à l'échec ?). En fait, dans ces situations, c'est plutôt l'octroi supplémentaire de dommages-intérêts pour rembourser les honoraires d'avocat qui représente la sanction extrême. En effet, tel que discuté ci-haut, cette sanction est réservée aux cas les plus graves, lorsqu'en sus d'une procédure manifestement mal fondée, il y a abus de procédure selon la définition de *Viel* et de *Royal LePage*.

La jurisprudence future le dira, mais pour les motifs exposés dans cette section, nous doutons que l'opinion du juge Dalphonf dans *Cosoltec* serve de précédent pour confirmer le courant jurisprudentiel qui exige davantage qu'une procédure manifestement mal fondée pour conclure à un abus au sens de l'article 54.1 C.p.c. – cette question précise n'était tout simplement pas soumise au juge Dalphonf.

VII. LE DEUXIÈME OBSTACLE

Ayant démontré que le rejet d'un acte de procédure en vertu des articles 54.1 et suivants du C.p.c. n'est pas limité aux situa-

66. Le juge Chamberland a fait le même commentaire dans le même contexte, soit lorsque c'est la conduite de la partie qui était analysée et non la procédure elle-même. Voir : *Clinique Ovo inc. c. Curalab inc.*, 2010 QCCA 1214, j. Chamberland, par. 19. Voir aussi : *Eden Palace inc. c. Dinard*, 2010 QCCA 2015, j. Morissette, Giroux et Gagnon, par. 11 ; *Genpharm ULC c. Gennium Pharmaceutical Products Inc.*, 2010 QCCS 711, j. Blanchard, par. 9-20 ; *Canada (Attorney General) (Revenu Agency) c. C.L.*, 2010 QCCS 3107, j. Gosselin, par. 17-18 et 55 ; *GB Démolition inc. c. Caron Construction inc.*, 2010 QCCQ 6574, j. Pinsonnault, par. 25.

tions où il y a mauvaise foi ou témérité de la part de la partie ayant produit l'acte de procédure, passons à l'étape suivante.

Pour confirmer le retour de l'irrecevabilité partielle d'une demande en justice en droit québécois, il faut démontrer que ces nouvelles dispositions peuvent être utilisées pour demander le rejet d'une demande en justice parce que celle-ci « n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais » (le texte de l'article 165(4) C.p.c.). En d'autres termes, il s'agit de démontrer que le texte des articles 54.1 et suivants du C.p.c. a intégré, englobé le moyen d'irrecevabilité de l'article 165(4) C.p.c., rendant par le fait même cette disposition superflue. Si à notre connaissance cette proposition n'a pas encore été formulée aussi clairement par un tribunal, plusieurs jugements rendus jusqu'ici sur les articles 54.1 et suivants du C.p.c. en sont venus, dans les faits, à cette conclusion.

Voici pourquoi.

A. Les articles 54.1 et 54.2 C.p.c. décortiqués

Premièrement, les articles 54.1 et suivants du C.p.c. autorisent les tribunaux à se prononcer à la face même du dossier sur le caractère abusif d'une demande en justice en analysant uniquement les allégations de la demande en justice et les pièces invoquées, *avant* la tenue d'un interrogatoire⁶⁷. En effet, l'article 54.1 C.p.c. prévoit que les tribunaux peuvent à *tout moment* déclarer qu'une demande en justice est abusive⁶⁸. L'article 54.1 al. 2 C.p.c. prévoit également que le rejet d'une demande en justice doit se faire *par moyen préliminaire*. À titre comparatif, l'article 75.1 C.p.c. permettait à un tribunal de rejeter une demande en justice uniquement *après* la tenue d'un interrogatoire, si celui-ci démontrait qu'elle était frivole et manifestement mal fondée⁶⁹. L'article

67. *Lavoie c. Québec (Procureur général)*, 2009 QCCS 4452, j. Blanchet, par 6 : « [c]omme on le voit, le tribunal peut maintenant prononcer le rejet « sur demande ou même d'office », sans qu'il soit nécessaire pour les défendeurs d'avoir procédé d'abord à l'interrogatoire de la partie demanderesse » (requêtes en rétractation de jugement rejetées, 2009 QCCS 5024, j. Gendreau).

68. Sur la notion de « à tout moment », voir l'intéressant passage dans *Walker Nappert (Succession de)*, 2009 QCCS 4784, j. Dumas, par. 65-67.

69. Voir : *Jacobson c. Magelone Construction ltée*, J.E. 92-31 (C.A.), j. Chevalier, p. 3 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée, 1992-06-04) ; *Bisson c. Bocomo inc.*, B.E. 2002BE-523 (C.Q.), j. Théroux, par. 11-13.

54.1 C.p.c. n'a pas repris cette exigence. Au contraire, le législateur voulait à ce point que les requêtes en rejet se plaident rapidement qu'il a prévu que celles-ci doivent être présentées à titre de moyen préliminaire⁷⁰. Ce faisant, tel que discuté à la section IV, il a oublié que la requête en rejet selon l'ancien article 75.1 C.p.c. – intégrée à l'article 54.1 C.p.c. – ne pourra jamais être présentée à titre de moyen préliminaire.

Deuxièmement, le législateur n'a pas repris à l'article 54.1 C.p.c. une restriction prévue à l'ancien article 75.1 C.p.c. selon laquelle le tribunal ne pouvait rejeter une demande en justice pour *un motif prévu à l'article 165 C.p.c.* (donc notamment lorsque la demande n'est pas fondée en droit, le motif du paragraphe 4)⁷¹. Cette restriction avait plus ou moins été écartée par les tribunaux qui invoquaient la règle selon laquelle la procédure doit être la servante de la justice et non sa maîtresse⁷². En effet, les tribunaux avaient peine à justifier qu'un défendeur ne puisse obtenir le rejet préliminaire d'une demande en justice lorsque c'est uniquement lors de l'interrogatoire préalable que le motif de rejet lui a été révélé (par exemple, la prescription). À tout événement, la restriction n'a pas été reprise à l'article 54.1 C.p.c., ce qui clôt le débat sur ce point : le texte de l'article 54.1 C.p.c. n'empêche pas de soulever un motif que prévoit l'article 165 C.p.c. ; il n'empêche pas d'évaluer le fondement en droit de la demande en justice ; il n'empêche pas de conclure qu'une demande en justice est « manifestement mal fondée, frivole ou dilatoire » en droit.

70. Article 54.2, al. 2 C.p.c. Voir aussi : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 1^{re} session, 39^e législature, *Commission permanente des institutions*, Étude détaillée du projet de loi n° 9 – Loi modifiant le *Code de procédure civile* pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, 26 mai 2009, n° 16, p. 30-40.

71. *Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc.*, 2010 QCCS 4052, j. Duchesne, par. 16 (requête pour permission d'appeler accueillie, 2010 QCCA 1485, j. Gagnon) : « Par ailleurs, la discrétion que les articles 54.1 à 54.6 C.p.c. accordent au Tribunal est plus générale que celle conférée par l'ancien article 75.1 C.p.c. qui exigeait que le rejet soit prononcé si l'acte attaqué était frivole ou manifestement mal fondé en droit pour un motif autre que ceux prévus à l'article 165 C.p.c. et, plus particulièrement, au paragraphe 4 de cet article qui prévoit le rejet si « la demande n'est pas fondée en droit en supposant même que les faits allégués soient vrais » ».

72. Voir : *Plante c. Lemieux*, J.E. 2002-120 (C.A.), j. Michaud, Forget, Pelletier, par. 9 ; *Cohen c. Actif CLCS s.e.c.*, J.E. 2007-811 (C.S.), j. Mongeon, par. 21-29 (appel rejeté sur requête, 2007-03-12) ; *Immeuble Denis Massé inc. c. Cadorette*, B.E. 98BE-268 (C.S.), j. Chaput, p. 4. *Contra* : *Duquette c. Desmarais & Desmarais*, B.E. 2000BE-468 (C.S.), j. Mercure.

Troisièmement, nous constatons qu'en pratique les tribunaux n'utilisent pas un fardeau différent pour déterminer si une demande en justice est « non fondée » (le critère de l'article 165(4) C.p.c.) et si une demande en justice est « manifestement mal fondée, frivole ou dilatoire » (le critère de l'article 54.1, al. 2 C.p.c. et de l'ancien article 75.1 C.p.c.). Certes, l'utilisation de l'adverbe « manifestement » laisse entendre que dans le second cas, le caractère mal fondé de la demande en justice doit apparaître de façon flagrante ou évidente alors que dans le premier cas, le caractère non fondé peut apparaître après une analyse davantage approfondie du tribunal. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence sous l'article 165(4) C.p.c. démontre que les tribunaux imposent en fait au requérant un fardeau de persuasion tout aussi lourd : les tribunaux doivent agir avec *prudence* et le motif de rejet en droit (même s'il peut être complexe et exiger une discussion et une étude sérieuse)⁷³ doit apparaître *clairement*. À titre d'exemple, citons l'extrait suivant d'un jugement de la juge Courteau qui résume en ces termes un des principes de base que doivent suivre les tribunaux lors de l'analyse d'une requête en vertu de l'article 165(4) C.p.c. – ce principe a été établi par une multitude de jugements de toutes les instances, incluant la Cour d'appel :

Plus récemment, la Cour d'appel précise que la requête en irrecevabilité ne doit pas servir à mettre fin prématurément à l'instance, à moins d'une situation *claire et évidente*. Ainsi, le juge saisi d'une requête en irrecevabilité doit faire preuve de prudence et il ne doit pas déclarer un recours irrecevable à moins que tous les éléments à considérer apparaissent à la déclaration ou aux procédures introductives et que l'application de la règle de droit à ces éléments *ne soit pas discutable*.⁷⁴

73. *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de St-Félicien c. Spina*, J.E. 2004-1174 (C.A.), j. Brossard, Pelletier, Dalphond, par. 12 ; *Québec (Procureur général) c. Henderson*, J.E. 2001-2188 (C.A.), j. Michaud, Gendreau et Rochon, par. 1-3 ; *Avis Canada Inc. c. Chantal Condoroussis*, [1996] R.R.A. 946 (C.A.), j. Vallerand, Brossard et Zerbisias, p. 948 ; *C.D.L. 7000 Holdings, I.p. c. Scanaxa, s.a.*, J.E. 2004-1511 (C.S.), j. Lalonde, par. 14 (requête pour permission d'appeler rejetée, J.E. 2004-1880, j. Rochon) ; *Divco ltée c. Université du Québec à Montréal*, B.E. 98BE-518 (C.S.), j. Rochon, p. 7-8.

74. *Construction Médic inc. c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, 2008 QCCS 6042, j. Courteau, par. 11-12 (nos italiques). Voir aussi à titre d'exemple : *Entreprises Pro-Sag inc. c. Groupe Oslo Construction inc.*, J.E. 2006-115 (C.A.), j. Mailhot, Dutil, Côté, par. 21 ; *Paiement c. McGill University (Department of Experimental Medicine)*, 2009 QCCS 4478, j. Peacock, par. 4 ; *Parasiris c. Laval (Ville de)*, 2009 QCCS 3909, j. Peacock, par. 20 ; *C.D.L. 7000 Holdings, I.p. c. Scanaxa, s.a.*, J.E. 2004-1511 (C.S.), j. Lalonde, par. 14-17 (requête pour permission d'appeler rejetée, J.E. 2004-1880, j. Rochon) ; *Divco ltée c. Université du Québec à Montréal*, B.E. 98BE-518 (C.S.), j. Rochon, p. 6-7 ; *Avis*

Or, n'est-ce pas là une autre façon de dire qu'une demande en justice doit être manifestement mal fondée en droit pour être rejetée en vertu de l'article 165(4) C.p.c. ? Sans jeu de mots, la réponse nous semble claire et évidente.

Pour illustrer notre propos sur ce point, il est intéressant de référer au débat qui a longtemps fait rage en droit administratif : d'un point de vue pratique, comment distinguer la norme de contrôle du caractère raisonnable *simpliciter* et celle du caractère manifestement déraisonnable ? La Cour suprême du Canada dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* a mis fin au supplice des avocats et des juges qui devaient interpréter et appliquer ces deux normes en les fondant en une seule, celle de la décision raisonnable. Les juges Bastarache et Lebel écrivent au paragraphe 41 de l'arrêt :

Comme le juge LeBel en fait longuement état dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, malgré les éclaircissements de la Cour dans l'arrêt *Ryan*, notamment au chapitre des différences théoriques entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter*, il appert de la jurisprudence que toute différence réelle sur le plan de l'application se révèle illusoire [...]. D'ailleurs, dans l'affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, même les juges de la Cour ont été partagés quant à savoir si la décision en cause était « manifestement déraisonnable », alors que la réponse aurait dû être évidente suivant le test applicable. 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.⁷⁵

À notre avis, le même constat s'impose ici : en pratique, il est illusoire de distinguer une demande en justice « non fondée » et une demande en justice « manifestement mal fondée »⁷⁶. Certes, plusieurs jugements rendus en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. ont insisté sur le lourd fardeau qui est imposé au requérant (manifestement mal fondé) et l'ont souvent comparé au fardeau apparemment moins astreignant de l'article 165(4) C.p.c. (mal fondé)⁷⁷.

Canada Inc. c. Chantal Condoroussis, [1996] R.R.A. 946 (C.A.), j. Vallerand, Brossard et Zerbisias, p. 948.

75. [2008] 1 R.C.S. 190, par. 41.

76. Voir à titre d'exemple, *153114 Canada inc. c. Panju*, 2010 QCCS 1190, j. Lalonde, par. 26 : « [l]a ligne est mince entre une procédure mal fondée et une procédure manifestement mal fondée » (requête pour permission d'appeler rejetée, 2010 QCCA 1040, j. Dalphond).

77. Voir à titre d'exemple : *Ramco Développements inc. c. F.W. Woolworth Co.*, J.E. 98-2098 (C.A.), j. Mailhot, Rousseau-Houle, Deschamps, p. 6 ; *Développement*

Cependant, l'analyse de la jurisprudence en vertu de l'article 165(4) C.p.c. démontre qu'en pratique, les tribunaux ont exigé que l'irrecevabilité en droit apparaisse également *de façon manifeste*.

Bref, il nous apparaît clair que l'adverbe « manifestement » utilisé à l'article 54.1 C.p.c. ne peut être invoqué comme obstacle à l'utilisation de cette disposition pour véhiculer le moyen d'irrecevabilité de l'article 165(4) C.p.c.⁷⁸.

Quatrièmement, il a été bien établi en jurisprudence et en doctrine que l'approche pour demander l'irrecevabilité en vertu de l'article 165(4) C.p.c. et celle pour demander le rejet en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. sont différentes. Dans le premier cas, l'irrecevabilité doit se décider en fonction des allégations et des pièces de la demande en justice, tenus pour avérés au plan factuel. Dans le second cas, le tribunal doit déterminer si les faits, qui ne sont plus tenus pour avérés, sont contredits par la preuve obtenue dans le cadre d'un interrogatoire⁷⁹.

La question est donc : la procédure mise en place par l'article 54.2 C.p.c. permet-elle de maintenir l'approche de l'article 165(4) C.p.c. ? En d'autres termes, le tribunal peut-il évaluer le caractère manifestement mal fondé en droit (et donc abusif) d'une demande en justice en tenant pour avérés les faits allégués à la demande en justice ? Rappelons que selon l'article 54.2, al. 1 C.p.c., si une partie établit sommairement que l'acte de procédure peut constituer un abus, il revient à la partie qui l'introduit de démontrer que son geste n'est pas exercé de manière excessive ou déraisonnable et se justifie en droit.

L'expression « établir sommairement » a été interprétée par quelques jugements jusqu'à présent. Il s'agissait notamment de déterminer jusqu'où le requérant pouvait aller dans le cadre de sa démonstration sommaire. Par exemple dans l'affaire *Regroupe-*

F.M.V. inc. c. St-Nicolas (Ville de), J.E. 2002-1787 (C.S.), j. Blanchet, par. 54-59 ; *Fernand ltée c. Lumber International inc.*, J.E. 2001-915 (C.S.), j. Blanchet, par. 24-28 ; *Québec (procureur général) c. Gauthier*, J.E. 2000-1382 (C.S.), j. Mayrand, p. 20-21 ; *Dufresne-Gince c. Affiblast inc.*, 2008 QCCQ 1914, j. Dunnigan, par. 14-16.

78. Pourraient être interprétés comme des jugements à l'effet contraire : *Doucet c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, 2010 QCCS 3005, j. Savard, par. 216 (appel rejeté sur requête, 2010 QCCA 2056, j. Kasirer) ; *Élite 2000 inc. c. Bastone*, 2010 QCCQ 4091, j. Lavigne, par. 5.

79. Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 198-199.

ment des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc., la défenderesse-requérante voulait faire entendre un témoin expert au soutien de sa requête en rejet. Étant d'avis que « la preuve d'expertise amènera « à faire un procès dans le procès » et que le débat sur une requête en rejet deviendrait disproportionné », la juge Ouellet a accueilli l'objection au dépôt du rapport d'expertise au stade de la présentation de la requête⁸⁰.

À notre avis, le juge Lalonde est celui qui a le mieux résumé les balises, les limites d'une « démonstration sommaire » prescrite par l'article 54.2 C.p.c. :

Le tribunal permettra aux parties, s'il le juge à propos, d'apporter la preuve nécessaire dans les limites d'une démonstration sommaire. L'évaluation de l'abus se fera par un examen des procédures, des pièces et du comportement des parties. Le tribunal dans son rôle de balancer le droit des parties autorisera, s'il le juge approprié, une preuve documentaire, une déclaration écrite pour valoir témoignage ou des interrogatoires hors ou devant la cour, dont il détermine les conditions. L'objectif de l'exercice de cette discrétion judiciaire demeure celui de rester à l'intérieur des limites d'une démonstration sommaire d'une possibilité d'abus de la procédure.⁸¹

Or, tenir pour avérés les faits allégués à la demande en justice se situe évidemment à l'intérieur des balises d'une démonstration sommaire. Ainsi, pour répondre à la question posée ci-haut : il n'en tient qu'à la partie requérante de limiter sa démonstration à la forme la plus simple, soit l'examen des allégations de fait contenues à la demande en justice et les pièces invoquées (qui peuvent être prises en considération par le tribunal selon la jurisprudence rendue en vertu de l'article 165(4) C.p.c.)⁸². Il n'en tient qu'à la partie requérante de se limiter à plaider que « même si les faits sont tenus pour avérés », la demande en justice est manifestement mal fondée en droit⁸³. L'article 54.2 C.p.c. n'empêche certainement pas cette façon de faire.

80. 2010 QCCS 3453, j. Ouellet, par. 27.

81. 153114 Canada inc. c. Panju, 2010 QCCS 1190, j. Lalonde, par. 41 (nos italiques ; requête pour permission d'appeler rejetée, 2010 QCCA 1040, j. Dalphond). Voir aussi : *Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc.*, 2010 QCCS 4052, j. Duchesne, par. 14 (requête pour permission d'appeler accueillie, 2010 QCCA 1485, j. Gagnon) ; *Fortin c. Fortin (Complexe funéraire Fortin)*, 2009 QCCS 5345, j. Chapput, par. 5-6.

82. *Groupe jeunesse inc. Loto-Québec*, J.E. 2004-715 (C.A.), j. Rousseau-Houle, Nuss, Pelletier, par. 7.

83. Dans de tels cas, un affidavit au soutien de la requête en vertu de l'article 54.1 C.p.c. ne sera généralement pas nécessaire puisque le motif de rejet apparaît à la

Sur ce point, posons-nous néanmoins la question suivante : si le tribunal *peut* tenir les faits pour avérés dans le cadre d'une requête en rejet en vertu de l'article 54.1 présentée avant la tenue des interrogatoires préalables, *doit-il* nécessairement le faire ? Ainsi, dans les limites d'une démonstration sommaire, la partie requérante peut-elle apporter une preuve visant à contredire certaines allégations de faits de la demande en justice ? Après tout, l'article 54.1 C.p.c. ne spécifie nullement que les faits doivent être tenus pour avérés, tout comme c'est le cas pour les articles 165(1), (2) et (3) C.p.c. par exemple. Or, pour les fins de ces trois moyens préliminaires, la jurisprudence a déterminé que la partie requérante pouvait apporter une preuve afin de contredire les faits allégués à la demande en justice⁸⁴. En toute logique, la situation devrait être la même pour l'article 54.1 C.p.c.⁸⁵. La partie requérante devrait toutefois être consciente que si elle ne procède pas de façon ciblée et conteste une portion trop importante de la trame factuelle contenue à la demande en justice, le tribunal aura tendance, selon nous, à référer le tout au juge du procès ; pour emprunter les propos de la juge Ouellet cités plus haut, le tribunal voudra éviter de faire un procès avant le procès.

B. Conclusion préliminaire et les avantages, en plus de l'irrecevabilité partielle, de fonder sa requête sur l'article 54.1 C.p.c. plutôt que sur l'article 165(4) C.p.c.

En somme, le texte des articles 54.1 et suivants du C.p.c. a été ainsi rédigé : l'article 165(4) C.p.c. n'est plus la seule disposition en vertu de laquelle il est possible de demander le rejet d'une demande en justice manifestement mal fondée en droit à sa face même.

face même des allégations de la demande en justice et des pièces alléguées (*Anber c. Piché*, 2009 QCCS 4159, j. Wagner, par. 1-4). Sur la question de l'affidavit (art. 88 C.p.c.) au soutien d'une requête en vertu de l'article 54.1 C.p.c., voir aussi : *Banque Nationale du Canada c. Duni*, 2010 QCCS 5805, j. Roy, par. 1-4 ; *Beau-regard c. Gestion de portefeuille Natcan inc.*, 2010 QCCS 2665, j. Larouche, par. 2-12 ; *Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc.*, 2010 QCCS 4052, j. Duchesne, par. 2 (requête pour permission d'appeler accueillie, 2010 QCCA 1485, j. Gagnon).

84. *Dial Textile ltée c. Ste-Foy (Ville de)*, J.E. 82-508 (C.A.), j. Bélanger, p. 7 ; *Majerovics c. Tanenbaum*, J.E. 2009-214 (C.S.), j. Castonguay, par. 34 (désistement d'appel, 2009-02-13).

85. Voir par exemple l'extrait suivant du jugement *Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc.*, 2010 QCCS 4052, j. Duchesne, par. 2 : « [une requête en rejet en vertu de l'article 54.1 C.p.c.] est normalement présentée à titre de moyen préliminaire. De l'avis du Tribunal, elle peut également être présentée, comme en l'espèce, par requête, affidavit et avis de présentation (art. 88 et 78 C.p.c.) et faire l'objet d'une preuve appropriée lors de l'audition (art. 88, al. 3 C.p.c.) » (requête pour permission d'appeler accueillie, 2010 QCCA 1485, j. Gagnon).

Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence compte plusieurs exemples où le tribunal a fait droit à de telles requêtes fondées sur l'article 54.1 C.p.c., après avoir tenu pour avérés les faits allégués à la demande en justice⁸⁶. « L'absence de toute allégation factuelle, en regard des commandités et du commanditaire, commande le rejet de l'action contre celle-ci tant en vertu de l'article 165.4 C.p.c. que de l'article 54.1 C.p.c. », écrit par exemple la juge Mayrand dans *Développement Bleury – de la Gauchetière inc. c. Lalonde*⁸⁷.

Évidemment, l'avantage de procéder par l'article 54.1 C.p.c. plutôt que par l'article 165(4) C.p.c. est l'accès à la gamme de sanctions prévues aux articles 54.3 à 54.6 C.p.c., notamment la possibilité de demander le *rejet partiel* d'une demande en justice.

Ainsi, lorsque le caractère manifestement mal fondé en droit de la demande en justice ne vise pas l'ensemble des conclusions, mais seulement une partie, il est possible en vertu de l'article 54.3 C.p.c. de demander la suppression des conclusions irrecevables. À titre d'exemple, le juge Reimnitz, dans l'affaire *P.M. c. A.G.* a ordonné à A.G. de supprimer deux conclusions qui étaient irrecevables en droit⁸⁸. À bon droit, à nul endroit dans ce jugement

86. *Développement Bleury – de la Gauchetière inc. c. Lalonde*, 2010 QCCS 3359, j. Mayrand ; *D.C. c. Cour du Québec du district judiciaire de Beauharnois*, 2010 QCCS 970, j. Langlois ; *Saadé c. Saadeh*, 2010 QCCS 1264, j. Lacourcière ; *Bérubé c. Lapointe, Cayen, avocats*, 2010 QCCS 575, j. Dallaire ; *Banque Nationale du Canada c. Duni*, 2010 QCCS 5805, j. Roy ; *Érablière MDF inc. c. Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec*, 2010 QCCS 558, j. Bélanger (requête pour permission d'appeler accueillie, 2010 QCCA 799, j. Thibault) ; *J.B. c. Jac. Bi. (Succession de)*, 2010 QCCS 1409, j. Geoffroy, par. 13, 25 ; *Oakes c. St-Jacques*, 2010 QCCS 252, j. Gagnon (requête pour permission d'appeler rejetée, 2010 QCCA 703, j. Bich) ; *Desjardins c. Bureau*, 2009 QCCS 6237, j. Bédard ; *Z.D. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2009 QCCS 5239, j. Prévost ; *Michalakopoulos c. Comeau*, 2009 QCCS 5599, j. Borenstein ; *Michalakopoulos c. Lawyers Title Insurance Corporation*, 2009 QCCS 4645, j. Masse (appel rejeté sur requête, 2010 QCCA 297, j. Beauguard, Morrissette, Giroux) ; *Laberge c. Franquelin*, 2009 QCCS 4049, j. Corriveau ; *Anber c. Piché*, 2009 QCCS 4159, j. Wagner ; *Transport M.J. Lavoie c. Encans Ritchie Bros. (Canada) ltée*, 2010 QCCQ 1218, j. Archambault ; *Geysens c. Julien*, 2009 QCCQ 10013, j. Chicoine ; *9156-9764 Québec inc. c. Hanna*, 2010 QCCQ 6474, j. Tremblay.

87. *Développement Bleury – de la Gauchetière inc. c. Lalonde*, 2010 QCCS 3359, j. Mayrand, par. 35. À comparer par exemple avec le jugement étudié plus haut, *BIP Corporation inc. c. Mitec Telecom Inc.*, 2010 QCCS 754, où le tribunal conclut au rejet de la requête introductive d'instance sur la base du paragraphe 165(4) C.p.c. parce que « manifestement mal fondée et vouée à l'échec », mais refuse de conclure à un abus au sens de l'article 54.1 C.p.c. étant d'avis que le dossier méritait une analyse sérieuse des principes de droit et que « cela, en soi, démontre que le recours n'était pas, à sa face même, futile ou abusif » (par. 78-81).

88. *P.M. c. A.G.*, 2010 QCCS 246, j. Reimnitz (requête pour permission d'appeler rejetée, 2010 QCCA 534, j. Hesler). Voir aussi : *Saadé c. Saadeh*, 2010 QCCS 1264,

n'est-il question de la règle interdisant l'irrecevabilité partielle d'une demande en justice.

La sanction permettant la *modification* d'une conclusion est également fort utile car même si un demandeur, intentionnellement ou non, fusionne des postes de réclamation, faisant en sorte qu'à la face même de sa demande en justice la portion irrecevable ne peut « être facilement isolée du reste de la demande »⁸⁹, le tribunal peut lui ordonner de « faire le ménage » dans sa procédure et de réécrire sa ou ses conclusions en supprimant ce qui est irrecevable.

Tel que mentionné précédemment à la section III, le jugement 6302688 *Canada inc. c. Ville de Montréal*, rendu avant l'entrée en vigueur des articles 54.1 et suivants du C.p.c., offre un bel exemple où cette sanction aurait été appropriée. Rappelons que dans cette affaire, la Ville de Montréal demandait l'irrecevabilité du recours de la demanderesse, celle-ci n'ayant pas produit en temps utile l'avis exigé par l'article 585 de la *Loi sur les cités et villes* ayant trait aux réclamations pour dommages à la propriété. Bien que la formulation des postes de réclamation laissait croire que la réclamation comportait effectivement des dommages à la propriété, le tribunal a jugé qu'il « est inutile de le décider à ce stade puisque le *Code de procédure civile* ne reconnaît pas l'irrecevabilité partielle d'une demande »⁹⁰. Appliquée à cette affaire, la nouvelle sanction de l'article 54.3 C.p.c. permet désormais au tribunal de déclarer irrecevable la réclamation en dommages à la propriété et d'ordonner à la demanderesse d'amender la conclusion de son recours après avoir recalculé les montants en cause.

À titre d'illustration, nous référons également au jugement *Bauer c. Société du Vieux-Port de Montréal*, rendu toutefois dans un autre contexte (le refus de transmettre des réponses à des engagements concernant un poste de réclamation). Le juge Trudel ordonne au demandeur de produire une requête introductive d'instance amendée « tenant compte » du poste de réclamation désormais radié⁹¹.

j. Lacourcière, par. 20-27. Voir toutefois le jugement suivant qui, avec égards, nous semble erroné en ce qui a trait à l'interprétation des articles 54.1 et 54.3 C.p.c. : *Gagnon c. Fouquet*, 2010 QCCS 143, j. Beaugé, par. 17-25.

89. *Corbeil et Lefrançois c. Ville de Gatineau*, 2009 QCCQ 10, j. Gosselin, par. 79.

90. 2008 QCCQ 9518, j. Bousquet, par. 8.

91. 2009 QCCS 4962, j. Trudel. Voir aussi : *Structure Laferté inc. c. Cosoltec inc.*, 2009 QCCS 3326, j. Gagnon, par. 191 (cassé en appel, 2010 QCCA 1600, mais pas sur la

En terminant, outre l'irrecevabilité partielle, il existe d'autres avantages à utiliser l'article 54.1 C.p.c. plutôt que l'article 165(4) C.p.c.

D'abord, l'article 54.1 C.p.c. donne accès aux sanctions que le tribunal peut imposer lorsqu'il *paraît* y avoir abus (art. 54.3, al. 2 C.p.c.). En effet, face à un moyen d'irrecevabilité présenté en vertu de l'article 165(4) C.p.c., le tribunal n'a que deux options qui s'offrent à lui : rejeter ou non la demande en justice. Désormais, l'article 54.3 C.p.c. offre d'autres possibilités au tribunal lorsque celui-ci *croit*, mais *n'est pas convaincu*, que la demande en justice est non fondée en droit : assujettir la poursuite de la demande en justice à certaines conditions, requérir des engagements, ordonner une gestion particulière, etc. Par exemple, dans *Pharma Services, Division of MDS (Canada) Inc. c. 2938197 Canada inc.*, étant d'avis, mais pas convaincu sans le bénéfice d'une preuve par expert, que la demande reconventionnelle était manifestement mal fondée, le juge Cournoyer a permis la poursuite de la demande reconventionnelle, mais à la condition qu'elle soit disjointe de la demande principale⁹².

Bref, l'article 54.1 C.p.c. offre aussi une position de repli à la partie requérante, ce que n'offre pas l'article 165(4) C.p.c. Le juge Silcoff écrit dans *Geysens c. Gonder* :

Mais selon l'article 54.3 C.p.c., dans un cas d'abus ou, même... *lorsqu'il paraît y avoir un abus*, le tribunal peut, sans imposer « la peine de mort » lors d'une demande en justice, émettre toute autre ordonnance qu'il estime appropriée dans les circonstances et, notamment, celle visée par les sous-paragraphes 1 à 5 de l'article 54.3 C.p.c. ci-haut cité.⁹³

Quant au juge Lemelin, il écrit dans *Vallières c. Gaudet* :

Les articles 54.1 et suivants C.p.c. remplacent l'article 75.1 C.p.c., mais sont d'une portée beaucoup plus large et constituent un remède plus efficace pour empêcher le maintien d'une procédure

façon de procéder du juge Gagnon dans l'éventualité où la Cour d'appel avait conclu qu'il y avait eu matière à rejet).

92. *MDS Pharma Services, Division of MDS (Canada) Inc. c. 2938197 Canada inc.*, 2010 QCCS 4621, j. Cournoyer, par. 27-35 (requête pour permission d'appeler continuée *sine die*, 2010-11-30).

93. 2010 QCCS 4385, j. Silcoff, par. 42 (les italiques sont du juge Silcoff).

abusive ou, si le rejet n'est pas prononcé, permettre au tribunal d'encadrer la procédure.⁹⁴

Un autre avantage important d'utiliser l'article 54.1 C.p.c., plutôt que l'article 165(4) C.p.c., a trait au droit d'appel. Selon l'article 26, al. 2, par. 4.1 C.p.c., introduit en même temps que les articles 54.1 à 54.6 du C.p.c., tous les jugements qui rejettent une demande en justice en raison de son caractère abusif sont susceptibles d'appel *sur permission* d'un juge de la Cour d'appel ; ceci inclut, selon le texte de l'article 54.2 C.p.c, les demandes en justice qui sont rejetées parce que manifestement mal fondées en droit. Or, au contraire, un jugement rendu en vertu de l'article 165(4) C.p.c. est susceptible d'appel de plein droit en vertu de l'article 26, al. 1 C.p.c. (sauf dans les causes dont la valeur en litige est inférieure à 50 000 \$). Une partie requérante a donc tout intérêt à fonder sa requête sur l'article 54.1 C.p.c. Elle impose ainsi un fardeau supplémentaire à la partie adverse qui voudrait éventuellement en appeler d'un jugement qui rejetterait en totalité ou en partie son recours⁹⁵. Celle-ci devra convaincre un juge de la Cour d'appel « que la question en jeu en est une qui doit être soumise à la Cour, ce qui serait notamment le cas [si elle fait] voir une question de principe, une question nouvelle ou une question de droit faisant l'objet d'une jurisprudence contradictoire »⁹⁶.

Enfin, tel que discuté ci-haut, un autre avantage d'utiliser l'article 54.1 C.p.c., plutôt que l'article 165(4) C.p.c., est la possibilité de ne pas tenir pour avérés les faits allégués à la demande en justice.

En somme, même la question de l'irrecevabilité partielle mise de côté, nous ne voyons plus de raisons d'utiliser l'article 165(4) C.p.c. lorsqu'aux prises avec une demande en justice non fondée en droit à sa face même.

94. 2010 QCCS 952, j. Lemelin, par. 18. Voir aussi : *Aliments Breton (Canada) inc. c. Bal Global Finance Canada Corporation*, 2010 QCCA 1369, j. Thibault, par. 38 ; *Banque impériale de commerce c. Samson*, 2010 QCCS 6067, j. Ouellet.

95. On peut à cet égard se poser la question suivante : un recours rejeté tant sur la base du paragraphe 165(4) C.p.c. que sur la base de l'article 54.1 C.p.c. (comme on le voit souvent récemment) est-il susceptible d'appel de plein droit ou sur permission ? La règle spécifique l'emportant généralement sur la règle générale, on peut penser qu'une permission soit requise.

96. *Lemieux c. Transamerica Life Insurance Company of Canada*, 2010 QCCA 176, j. Kasirer, par. 4 ; *Chhuon c. Société des casinos du Québec*, 2010 QCCA 221, j. Bich, par. 26.

C. Que faire alors de l'intention du législateur ?

Il est nécessaire en terminant de traiter de la version antérieure du projet de loi n° 9, le projet de loi n° 99, présenté le 13 juin 2008. Ce projet de loi proposait à son article 4 un amendement à l'article 165 C.p.c. qui portait spécifiquement sur la question étudiée dans le présent article. Cette disposition se lisait comme suit :

4. L'article 165 de ce code est modifié :

1° par la suppression du paragraphe 4° ;

2° par l'ajout de l'alinéa suivant :

*Le défendeur peut opposer également l'irrecevabilité de la totalité ou d'une partie de la demande et conclure à son rejet, total ou partiel, si la demande ou une partie de celle-ci est abusive ou n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais.*⁹⁷

Or, cette proposition d'amendement ne fut pas reprise par le projet de loi subséquent et l'article 165(4) C.p.c. est donc demeuré inchangé lors de l'introduction des articles 54.1 et suivants du C.p.c. Cette décision a été expliquée comme suit par M^e Marie-Josée Longtin, au nom de la ministre de la Justice du Québec, lors des débats devant la Commission des institutions :

M^{me} Hivon : Ça m'amène à une autre question de comparaison avec le projet de loi n° 99. Le projet de loi n° 99, à l'article 4, amenait une modification qui, je pense, avait trait à l'irrecevabilité partielle ? « Le défendeur peut opposer également l'irrecevabilité de la totalité ou d'une partie de la demande et conclure à son rejet, total ou partiel... » Je voulais savoir pourquoi on avait enlevé ça, si c'est parce qu'on estimait que ça faisait double emploi avec ce qui était prévu à 54.3 ou s'il y a une autre raison. [...]

M^{me} Weil : Je vais demander à M^{me} Longtin de répondre.

[...]

M^{me} Longtin : Oui. De fait, le Jeune Barreau de Montréal avait suggéré, c'est lui qui avait suggéré d'introduire cette mesure-là. Par ailleurs, ça soulevait beaucoup d'inquiétude chez d'autres intervenants en raison [...] parce que, sous l'ancien code, il y avait une ins-

97. Nos italiques.

cription partielle en droit qui, semble-t-il, avait causé beaucoup de difficultés, et finalement, compte tenu que c'est une mesure qui aurait pu ou qui pourrait être d'un ordre plus général, le point qui s'est soulevé, c'est que, s'il y avait lieu d'en arriver à une modification de cet article-là, il vaudrait sans doute mieux le faire dans un autre forum que sur l'abus de procédure.

M^{me} Hivon : O.K. Donc, dans une éventuelle réforme du code dans son ensemble.

M^{me} Weil : Possiblement.⁹⁸

En fait, les arguments exposés dans le présent article sauront peut-être convaincre le ministère de la Justice qu'un amendement à l'article 165(4) C.p.c. n'est peut-être plus nécessaire, à moins qu'il s'agisse simplement de le supprimer.

En effet, voulu ou non, le texte de l'article 54.1 C.p.c. permet de recourir à cette disposition lorsque l'on fait face à une demande en justice non fondée en droit à sa face même. Ce faisant, il est possible de demander l'application de l'ensemble des sanctions prévues aux articles 54.3 à 54.6 C.p.c., notamment le rejet partiel. Comme nous l'avons exposé à la section IV, les tribunaux ne se sont pas empêchés de corriger des failles de rédaction dans le texte des nouvelles dispositions lorsque la situation l'imposait. En effet, rappelons qu'une lecture stricte de l'article 54.2, al. 2 C.p.c. permet de soutenir qu'une requête en rejet sur la base d'un interrogatoire ne peut désormais plus être présentée puisque les requêtes visant le rejet des demandes en justice doivent nécessairement être présentées à titre de moyen préliminaire. Or, les interrogatoires préalables ont toujours lieu *après* la présentation des moyens préliminaires.

Empêcher un défendeur, faisant face à une demande en justice en partie non fondée en droit à sa face même, de recourir aux articles 54.1 et suivants du C.p.c. simplement en raison du maintien par le législateur de l'article 165(4) C.p.c. (et de sa règle interdisant l'irrecevabilité partielle) conduirait à une situation à notre avis injustifiable.

98. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 1^{re} session, 39^e législature, *Commission permanente des institutions*, Étude détaillée du projet de loi n^o 9 – Loi modifiant le *Code de procédure civile* pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, 26 mai 2009, n^o 16, p. 104-105.

En effet, ne pouvant demander l'irrecevabilité partielle en vertu de l'article 165(4) C.p.c., le défendeur serait donc obligé d'interroger au préalable le demandeur afin de lui faire *confirmer* le motif d'irrecevabilité contenu à la demande en justice. Ce n'est qu'à ce moment qu'il pourra invoquer l'article 54.1 C.p.c. (qui a intégré le recours en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. tel que décidé de façon unanime par les tribunaux)⁹⁹ et demander le rejet partiel de la demande en justice.

Or, pour emprunter les propos du juge Gosselin dans *Corbeil c. Ville de Gatineau*¹⁰⁰, comment pourrait-on justifier, à l'ère du contrôle des coûts et des délais inhérents aux débats judiciaires, d'imposer au défendeur de tenir un interrogatoire sur une portion d'une demande en justice à sa face même irrecevable, simplement pour faire *confirmer* le motif de rejet et être ainsi en mesure de coiffer sa requête des articles 54.1 et 54.3 C.p.c. qui autorisent le rejet partiel ?

Nous le soumettons, ce serait là un cas classique de l'application du principe selon lequel la procédure doit être la servante de la justice et non sa maîtresse¹⁰¹. Bref, il faut que l'article 165(4) C.p.c. lâche prise ; il n'est plus seul ; *it's time to let go*.

VIII. CONCLUSION

Cet article se voulait initialement beaucoup plus court, mais l'innombrable quantité de jugements rendus jusqu'à présent sur les articles 54.1 et suivants du C.p.c. a rendu la tâche beaucoup plus ardue que prévu. Nous avons aussi réalisé que la solution du problème posé exigeait une analyse, en aval, d'une multitude d'aspects qui n'avaient pas nécessairement trait à l'irrecevabilité partielle.

La rédaction de cet article a été motivée par le constat suivant découvert dans le cadre d'un dossier : est-il possible qu'en vertu des nouveaux articles 54.1 et 54.3 C.p.c., le rejet partiel

99. Voir la section IV du présent article.

100. 2009 QCCQ 10, j. Gosselin, par. 94.

101. *Hamel c. Brunelle et Labonté*, [1977] 1 R.C.S. 147, j. Pigeon, p. 156. Principe repris récemment par le juge Dalphond dans *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600, par. 46. Le juge Dalphond ajoute : « En d'autres mots, les dispositions du *Code de procédure civile* ont pour finalité la mise en œuvre des droits et ne devraient pas devenir des obstacles à celle-ci, comme le confirme l'article 2 C.p.c. ».

d'une demande en justice soit seulement permis *après* la tenue d'un interrogatoire préalable, mais pas *avant* lorsque le motif de rejet apparaît à la face même de la procédure ? En raison de la règle interdisant l'irrecevabilité partielle en vertu de l'article 165(4) C.p.c., fallait-il vraiment que nous fassions confirmer ce motif de rejet dans le cadre d'un interrogatoire ? Nous soumettons que la réponse est négative à la suite de la démonstration des deux points suivants :

- le rejet d'un acte de procédure en vertu des articles 54.1 et suivants du C.p.c. n'est pas limité aux situations où il y a mauvaise foi ou témérité de la part de la partie ayant produit l'acte de procédure (partie VI) ;
- le texte des articles 54.1 et suivants du C.p.c. a intégré, englobé le moyen d'irrecevabilité de l'article 165(4) C.p.c., rendant par le fait même cette disposition superflue (partie VII).

CHRONIQUES

DROIT CONSTITUTIONNEL

Luc HUPPÉ

Une immunité judiciaire sans limite ?

Il y a vingt-cinq ans, dans l'arrêt *Morier c. Rivard*¹, la Cour suprême du Canada consacrait le principe d'une immunité de poursuite absolue au bénéfice des membres de la magistrature, le jour même où elle définissait dans un jugement fondateur les conditions essentielles de leur indépendance². En se basant sur une jurisprudence plusieurs fois centenaire, le plus haut tribunal du pays confirmait que les juges ne peuvent encourir une responsabilité personnelle en raison d'actes accomplis et de paroles prononcées dans l'exercice de leurs fonctions.

Mise à l'épreuve dans des circonstances variées, la règle énoncée dans cet arrêt a remarquablement résisté aux remises en question. Elle n'a cependant pas permis d'éviter que des juges soient poursuivis, ni que des allégations graves – et parfois même outrageantes – soient gratuitement formulées contre eux³. Beaucoup de poursuites émanent de justiciables se représentant eux-mêmes et l'avocat qui se hasarderait à reprendre leurs accusations dans des actes de procédures, sans les appuyer sur un fondement factuel précis, pourrait engager sa propre responsabilité⁴.

1. [1985] 2 R.C.S. 716. L'arrêt a été rendu le 19 décembre 1985.

2. *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

3. *Prefontaine v. Gosman*, (2001) 270 A.R. 97 (Alb. Q.B.), p. 117 (par. 53), confirmé à (2003) 317 A.R. 160 (Alb. C.A.); *Pispidikis v. Scroggie*, (2003) 62 O.R. (3d) 596 (Ont. S.C.J.), p. 610 (par. 37) et (2004) 180 O.A.C. 45 (Ont. C.A.), p. 47 (par. 5); *Néron c. Comeau*, 2004 CanLII 48001 (C.S. Qué.), p. 15 (par. 80); *S.G. v. Larochelle*, (2005) 355 A.R. 46 (Alb. Q.B.), p. 50 (par. 13); *Baryluk v. Campbell*, 2008 CanLII 55134 (Ont. S.C.), par 19-21; *Gonzales v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, [2009] 11 W.W.R. 132 (B.C.S.C.), p. 147 (par. 53); *Carten v. Her Majesty the Queen in Right of Canada*, 2009 FC 1233 (CanLII), par. 37, 49-51 et 56. Par ailleurs, l'imprécision des allégations de la poursuite, qui ne permettent pas de décider à un stade préliminaire si l'immunité est applicable, peut justifier un tribunal de ne pas rejeter sommairement la poursuite intentée contre un juge: *Lucas v. Faber*, (2008) 309 Sask. R. 177 (Sask. Q.B.), p. 195-196 (par. 45).

4. Le procureur de la partie qui poursuit le juge pourrait devoir payer personnellement les dépens résultant du rejet de l'action: *Baryluk v. Campbell*, précité, note 3, par. 40; *Baryluk v. Campbell*, 2009 CanLII 34041 (Ont. S.C.), par. 15; *Baryluk v. Campbell*, 2009 CanLII 34042 (Ont. S.C.).

La jurisprudence développée depuis l'arrêt *Morier c. Rivard* a notamment permis de confirmer la compatibilité de l'immunité judiciaire avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et les autres dispositions de la Constitution⁵, puisqu'elle sert à préserver l'indépendance judiciaire⁶. Il est maintenant acquis que l'immunité peut être invoquée non seulement devant les tribunaux de compétence générale, mais aussi devant des tribunaux spécialisés, comme ceux chargés d'entendre les litiges reliés aux droits de la personne⁷. Par ailleurs, la Cour fédérale a décliné compétence à l'égard de poursuites mettant en cause la responsabilité civile des juges⁸. En revanche, une certaine ambiguïté demeure quant aux limites de l'immunité judiciaire, ce qui justifie d'en repenser la formulation.

Un critère ambigu

L'arrêt *Morier c. Rivard* faisait état de la jurisprudence britannique considérant recevable une poursuite contre un juge qui « *de mauvaise foi ferait quelque chose qu'il sait ne pas avoir la compétence de faire ou qui n'agirait pas dans l'exercice de ses fonctions judiciaires sachant qu'il n'a aucune compétence pour agir* »⁹. Dans *Royer c. Mignault*¹⁰, la Cour d'appel du Québec a peu après entériné cette réserve, en exprimant l'avis qu'un juge « *will not be liable in damages unless he acts outside of his jurisdiction knowing that he has no power to do what he does* ». La jurisprudence subséquente a retenu de ces propos qu'il existerait une exception à l'immunité judiciaire¹¹.

5. *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), p. 677-678 ; autorisation d'appel refusée, [1988] 1 R.C.S. xiii ; *Proulx c. Procureur général du Québec*, [1997] R.J.Q. 419 (C.A.), p. 433 ; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.F.), p. 320 (par. 57 et 59) ; autorisation d'appel refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv.
6. *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 147-148 et 155-156 ; *Koita v. Toronto (Police Services Board)*, (2001) 79 C.R.R. (2nd) 28 (Ont. S.C.J.), p. 38-39 (par. 29-30) ; *Bourbonnais c. Canada (Procureur général)*, [2006] 4 R.C.F. 170 (C.A.F.), p. 182-183 (par. 24) ; *Gonzales v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, précité, note 3, p. 141 (par. 29).
7. *Taylor c. Canada (Procureur général)*, précité, note 5, p. 323-324 (par. 70) ; *Saskatchewan (Provincial Court Chief Judge) v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, [2004] 3 W.W.R. 472 (Sask. Q.B.), p. 483 et 488 (par. 25 et 42). Ainsi, des remarques adressées par un juge à une avocate handicapée, et pouvant être qualifiées de discriminatoires, ne peuvent fonder un recours devant de telles instances : *Gonzales v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, précité, note 3, p. 146 et 148 (par. 48-49 et 57).
8. *Crowe v. Canada (Attorney-General)*, (2009) 382 N.R. 50 (C.A.F.), par. 18 ; *Carten v. Her Majesty the Queen in Right of Canada*, précité, note 3, par. 61.
9. *Morier c. Rivard*, précité, note 1, p. 744, faisant référence à *Sirros c. Moore*, [1974] 3 All E.R. 776 (C.A.) et *McC c. Mullan*, [1984] 3 All E.R. 908 (H.L.). Dans *Proulx c. Procureur général du Québec*, précité, note 5, p. 428, la Cour d'appel du Québec notait qu'on ne peut clairement conclure que la Cour suprême du Canada aurait adopté les réserves émises par la jurisprudence britannique.
10. *Royer c. Mignault*, précité, note 5, p. 675.
11. *Proulx c. Procureur général du Québec*, précité, note 5, p. 428, note 10 ; *116845 Canada inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1999] R.R.A. 814 (C.A.), p. 816 ; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, précité, note 5, p. 314 et 316 (par. 37 et 41) ; *Néron c. Comeau*, précité, note 3, p. 10 (par. 51) ; *S.G. v. Larochelle*, précité,

Cette façon d'exprimer les limites de l'immunité judiciaire confond peut-être deux notions distinctes : d'une part, la définition de *la portée de l'immunité* ; d'autre part, la délimitation de *son champ d'application*.

Comme toutes les règles de droit, l'immunité judiciaire possède un certain *champ d'application*, en dehors duquel elle cesse de produire ses effets. Pour délimiter son champ d'application, le droit doit définir les diverses circonstances dans lesquelles cette immunité est susceptible de faire obstacle à des poursuites judiciaires. Est-elle rattachée à la compétence attribuée au juge ? Dépend-elle plutôt de la nature de ce que le juge accomplit ou de la qualité en laquelle il est en rapport avec les justiciables qui voudraient le poursuivre ? Est-elle parfois, comme l'immunité parlementaire, liée au lieu où le juge se trouve ? Couvre-t-elle l'exercice de fonctions autres que juridictionnelles ? Commence-t-elle dès la nomination du juge, avant même la prestation du serment qui marque son entrée en fonction, et se termine-t-elle lorsqu'il quitte son poste ?

À ce sujet, la jurisprudence a déterminé que l'immunité ne dépend pas du fait que le juge agisse à l'intérieur de sa compétence¹². Elle le protège non seulement dans l'exercice de ses fonctions adjudicatives, mais aussi à l'égard d'autres types de fonctions, comme sa participation au processus de médiation offert par le tribunal dont il fait partie¹³. Par ailleurs, l'immunité judiciaire ne peut être invoquée à l'encontre de poursuites de nature criminelle ou pénale¹⁴.

À l'intérieur de son champ d'application, les conditions dans lesquelles la responsabilité du juge pourrait éventuellement être engagée déterminent la *portée de l'immunité* judiciaire. Afin de définir sa portée, le droit doit identifier le type de protection que l'immunité judiciaire offre au juge, ainsi que les facteurs susceptibles, le cas échéant, de nuancer ou de faire perdre cette protection. L'immunité est-elle absolue ou relative ? Dépend-elle de l'état d'esprit du juge, de sa bonne foi, de sa connaissance des règles de droit, dont celles qui encadrent son autorité ?

note 3, p. 49 (par. 10) ; *J.W. Abernethy Management and Consulting Ltd. v. 705589 Alberta Ltd.*, (2005) 253 D.L.R. (4th) 472 (Alb. C.A.), p. 482 (par. 24) ; *Crowe v. Canada (Attorney General)*, (2008) 319 F.T.R. 203 (C.F.), p. 215 (par. 39-40), confirmé sur un autre point à (2009) 382 N.R. 50 (C.A.F.). Une telle position ne fait pas l'unanimité: *Baryluk v. Campbell*, précité, note 3, par. 30.

12. *Morier c. Rivard*, précité, note 1, p. 745.

13. *J.W. Abernethy Management and Consulting Ltd. v. 705589 Alberta Ltd.*, précité, note 11, p. 482 (par. 24). On peut cependant noter que le législateur québécois a jugé bon de consacrer spécifiquement, à l'article 151.14 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-26, l'application de l'immunité judiciaire à l'égard des conférences de règlement à l'amiable.

14. *Bourbonnais c. Canada (Procureur général)*, précité, note 6, p. 185-186 (par. 28-31) ; le décideur était accusé d'avoir sollicité et accepté de l'argent dans le but de rendre des décisions favorables à certaines personnes dans les affaires dont il était saisi.

Couvre-t-elle les atteintes aux droits fondamentaux des justiciables ou la violation des dispositions de la Constitution ? Protège-t-elle de la même manière toutes les catégories de juges, quel que soit le niveau où ils se situent dans la hiérarchie judiciaire ?

À ce sujet, la jurisprudence a établi qu'à moins de dispositions législatives contraires, l'immunité judiciaire offre au juge une protection absolue. Elle le protège non seulement à l'égard d'erreurs de droit¹⁵, mais aussi en cas de violation des règles de justice naturelle ou de violation des droits fondamentaux¹⁶, dont ceux garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷. Ni la mauvaise foi, ni l'intention de nuire n'y font échec¹⁸. Même des allégations de partialité, de fraude ou de collusion, dans la mesure où elles concernent la façon dont un juge

accomplit ses fonctions, ne pourraient priver celui-ci de son immunité¹⁹.

Ont ainsi été rejetées à un stade préliminaire les poursuites intentées contre un juge ayant commenté défavorablement, en l'absence de l'accusé, la conduite des avocats de la défense²⁰, un juge ayant erronément exclu de la salle d'audience qu'il présidait les membres d'un groupe religieux²¹, un juge ayant imposé à un accusé une sentence ultérieurement cassée en appel²², un juge ayant émis un mandat sans motifs suffisants²³ ou encore un juge ayant par inadvertance imposé à un accusé une sentence d'emprisonnement deux fois supérieure au maximum prévu par la loi²⁴.

Affirmer, comme le fait l'arrêt *Morier c. Rivard*, que la protection offerte par l'immunité concerne les

-
15. *Royer c. Mignault*, précité, note 5, p. 671 et 678 ; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, précité, note 5, p. 321 (par. 62) ; *Pispidikis v. Scroggie*, précité, note 3, p. 610 (par. 37).
 16. *Morier c. Rivard*, précité, note 1, p. 745 ; *116845 Canada inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec*, précité, note 11, p. 817 ; *Néron c. Comeau*, précité, note 3, p. 8 (par. 40).
 17. *Somerville v. Lynch*, (1987) 74 N.-B.R. (2d) 438 (N.-B. Q.B.T.D.).
 18. *Shaw v. Trudel*, (1989) 53 D.L.R. (4th) 481 (Man. C.A.), p. 486 ; *Manson v. Canada (Minister of Justice)*, (2005) 364 A.R. 180 (Alb. Q.B.), p. 185 (par. 14), confirmé à (2007) 401 A.R. 26 (Alb. C.A.), par. 2 ; *Tsai v. Klug*, 2005 CanLII 19788 (Ont. S.C.), par. 6, confirmé à (2006) 207 O.A.C. 225 (Ont. C.A.), autorisation d'appel refusée, [2006] 2 R.C.S. xiii ; *Baryluk v. Campbell*, précité, note 3, par. 31.
 19. *S.G. v. Larochelle*, précité, note 3, p. 49 (par. 11) ; *Bérubé c. Trudel*, 2009 QCCS 945 (CanLII), par. 35 ; *Ettinger v. Peters*, 2010 ONSC 169 (CanLII), par. 5 ; *HMTQ v. Rudolf*, 2010 BCSC 565 (CanLII), par. 11.
 20. *Royer c. Mignault*, précité, note 5.
 21. *Taylor c. Canada (Procureur général)*, précité, note 5.
 22. *Shaw v. Trudel*, précité, note 18.
 23. *Koita v. Toronto (Police Services Board)*, (2001) 79 C.R.R. (2nd) 28 (Ont. S.C.J.).
 24. *Pispidikis v. Scroggie*, précité, note 3. Pour d'autres exemples d'application de l'immunité judiciaire, voir aussi : *Griffith v. House*, 2002 BCSC 500 (CanLII) ; *Dyce v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2007 CanLII 20098 (Ont. S.C.) ; *F.L. c. Lupien*, 2007 QCCS 5594 (CanLII) ; *Butterfield v. LeBlanc*, 2007 BCSC 235 (CanLII) ; *Persaud v. Ministry of the Attorney General of Ontario*, 2008 CanLII 37215 (Ont. S.C.) ; *Bérubé v. Lajoie*, 2010 ONSC (CanLII) ; *Collins v. Her Majesty the Queen*, 2010 ONSC 6542 (CanLII).

actes accomplis dans l'exercice de fonctions judiciaires contribue à délimiter son champ d'application. Par contre, évoquer que la mauvaise foi du juge peut lui faire perdre son immunité sert à en définir la portée. En intégrant les deux notions dans le cadre d'un même critère, la jurisprudence britannique reprise par la Cour suprême du Canada dans cet arrêt complique singulièrement la conceptualisation de l'immunité judiciaire.

Un facteur subjectif entre en ligne de compte dans ce critère : la mauvaise foi du juge, ou encore la conscience qu'il aurait d'agir sans compétence, pourrait lui faire perdre son immunité. Difficile à mettre en preuve, un tel facteur ramène essentiellement la perte de l'immunité à une question de faits, qui ne peut être éclaircie qu'au terme d'une audition complète des témoins. Or, c'est précisément la conclusion à laquelle en était arrivée la Cour d'appel du Québec dans ce dossier²⁵, et dont la Cour suprême du Canada cherchait à s'écarter en formulant le principe d'une immunité judiciaire absolue.

L'utilisation de ce facteur entraîne aussi une contradiction interne dans la théorie de l'immunité judiciaire. Tel que mentionné précédemment, la jurisprudence a plusieurs fois répété que la mauvaise foi ou la malice d'un juge ne le privent pas de son immunité. Le critère mis de l'avant dans l'arrêt *Morier c. Rivard* retient pourtant ce facteur, lorsqu'il s'ajoute à l'ab-

sence de compétence. Cette distinction semble pourtant difficile à justifier : en quoi la mauvaise foi serait-elle plus fautive lorsqu'elle porte sur une question de compétence ? et pourquoi serait-elle moins fautive lorsqu'elle porte sur toute question autre que celle de la compétence ?

De plus, pour bénéficier de la réserve évoquée par la Cour suprême du Canada, le justiciable qui prend la décision de poursuivre un juge doit forcément remettre en question la bonne foi de ce dernier, engageant ainsi publiquement la crédibilité du juge quant à ses motivations réelles et exposant inutilement les institutions judiciaires à une perte de confiance de la part du public. Une telle considération semble plus appropriée à l'appréciation que ferait une instance disciplinaire quant à l'aptitude du juge à continuer d'exercer ses fonctions. En effet, quelle autorité pourrait avoir un juge dont la mauvaise foi, ou encore la volonté délibérée d'excéder sa compétence, auraient été démontrées ?

Une interprétation extensive

Trois exemples, tirés de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Morier c. Rivard*, permettront d'illustrer concrètement les enjeux reliés à la mise en œuvre de l'immunité judiciaire.

Dans *Hamalengwa v. Duncan*²⁶, un juge était poursuivi pour avoir formulé auprès du Barreau

25. *Rivard c. Morier*, [1983] C.A. 334, p. 335.

26. (2006) 202 O.A.C. 233 (Ont. C.A.), autorisation d'appel refusée, [2006] 1 R.C.S. ix.

une plainte – ultérieurement rejetée – alléguant qu’un avocat pratiquant devant le tribunal recevait sans droit des paiements de l’Aide juridique. La Cour d’appel de l’Ontario a notamment invoqué l’immunité judiciaire pour mettre fin à cette poursuite, considérant que la plainte déposée par le juge « *while not itself an adjudicative act, was closely and directly connected to his adjudication of the summary conviction charge before him and flowed from the important judicial function of protecting the administration of justice and criminal defendants from potential misconduct by lawyers* »²⁷.

Ce faisant, le tribunal étend considérablement le champ d’application de l’immunité judiciaire. En saisissant l’ordre professionnel de sa plainte, le juge se plaçait dans une position semblable à celle de tout autre justiciable qui dénonce la conduite d’un avocat. Pour quelles raisons cet acte devrait-il entrer dans le champ d’application de l’immunité judiciaire parce qu’un juge en est l’auteur ? Pour justifier la protection accordée au juge, la Cour

d’appel d’Ontario établit un lien qui semble bien tenu entre l’illégalité soupçonnée à tort par le juge et l’exercice de ses fonctions adjudicatrices. La mission invoquée par le tribunal permettrait-elle à un juge de prendre impunément, en dehors de ses fonctions adjudicatrices, toute mesure qu’il considère adéquate, et ce, quel qu’en soit le bien-fondé ?

Dans *Mayer v. Zuker*²⁸, un juge était poursuivi pour avoir substantiellement modifié la transcription d’une audience de façon à en éliminer les éléments fondant un appel logé à l’encontre d’un jugement qu’il avait rendu dans le cadre de cette audience²⁹. Bien que cette démarche ait été qualifiée d’inconduite judiciaire par le Conseil de la magistrature³⁰, la Cour supérieure de justice de l’Ontario a rejeté la poursuite civile en concluant que « *everything that the respondent did to which objection is taken was done qua judge of the Ontario Court of Justice* »³¹. La Cour précise aussi que des allégations de fabrication de preuve et d’obstruction à la justice ne fournis-

27. *Ibid.*, p. 235 (par. 11).

28. (2009) 249 O.A.C. 1 (Ont. S.C.J., Div. Ct.).

29. « *The appellant Mayer appealed the respondent’s ruling. A transcript was ordered which, when produced, was discovered to have been substantially edited by the respondent, eliminating or altering the specific references upon which the appellant Mayer relied in her appeal* »: *ibid.*, p. 4 (par. 6).

30. *In the Matter of a Complaint respecting the Honourable Justice Marvin A. Zuker*, 23 mai 2007 (C.M.Ont.), publié dans: ONTARIO JUDICIAL COUNCIL, *Thirteenth Annual Report, 2007-2008*, Annexe E. Le Conseil de la magistrature souligne que les modifications apportées par le juge à la transcription constituaient plus que de simples corrections grammaticales, orthographiques et typographiques.

31. Précité, note 28, p. 6 (par. 20) ; le tribunal ajoute aussi que « *as there is no allegation in the appellant’s pleading concerning the conduct of the respondent that does not fall within the ambit of activities either directly related or ancillary to judicial functions, the respondent is absolutely insulated from civil action by the principle of judicial immunity* »: *ibid.*, p. 9 (par. 31).

sent pas de fondement juridique à une action dirigée contre un juge³².

Cette situation mettait en cause la portée de l'immunité judiciaire si, comme l'indique le tribunal, la conduite du juge entraine dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Combiné à l'absence de sanction disciplinaire contre le juge³³, le rejet de cette poursuite suscite une question fondamentale : au plan de la responsabilité civile, tous les moyens sont-ils permis à un juge du moment qu'il accomplit un acte judiciaire ? L'approche du tribunal semble peu conciliable avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, qui fait du juge une incarnation des « idéaux de Justice et de Vérité »³⁴. L'immunité judiciaire devrait-elle donner à un juge la liberté de s'écarter de façon aussi flagrante de la méthode suivie par les tribunaux pour rendre justice en préservant la confiance des justiciables ?

Dans *Charters v. Harper*³⁵, un juge était poursuivi pour avoir refusé de se conformer au jugement d'un tribunal d'appel qui lui ordonnait de fixer une date de procès dans un dossier de nature criminelle. Prenant appui sur le prin-

cipe de la primauté du droit³⁶, la Cour du banc de la reine du Nouveau-Brunswick a rejeté la position mise de l'avant par le juge, qui soutenait que l'immunité judiciaire le protégeait « no matter what he does or refuses to do, as long as he does it as a judge »³⁷. En affirmant que « *no one is above the law, judges included* »³⁸, le tribunal a laissé les procédures judiciaires intentées contre le juge suivre leur cours. Au mérite, l'action a été rejetée sans que la question de l'immunité judiciaire ne soit examinée³⁹.

Ce jugement constitue un exemple rare – peut-être même unique – d'une limite reconnue par la jurisprudence à la portée de l'immunité judiciaire. La considération principale retenue par le tribunal est centrée sur le refus du juge de se conformer à l'ordonnance d'un tribunal d'appel. Elle trouve appui dans deux idées sous-jacentes. D'une part, le refus du juge de se conformer à cette ordonnance empêche la tenue d'une audition au cours de laquelle un litige entre justiciables pourra être tranché ; par conséquent, il fait échec à la raison d'être des institutions judiciaires. D'autre part, ce refus place le juge

32. « *The statement of claim alleges that the respondent has fabricated evidence and obstructed justice. These allegations do not give rise to a civil cause of action even if true* » : *ibid.*, p. 6 (par. 23).

33. Le Conseil de la magistrature a simplement servi un avertissement au juge, après avoir souligné les excuses présentées par ce dernier et s'être déclaré convaincu que le juge avait agi sans arrière-pensée et qu'il ne recommencerait pas.

34. *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3, p. 75 (par. 109).

35. (1987) 31 D.L.R. (4th) 468 (N.-B. Q.B.T.D.).

36. « *If the defendant's submission is correct, we no longer live under a rule of law* » : *ibid.*, p. 470.

37. *Ibid.*, p. 471.

38. *Ibid.*, p. 470.

39. *Charters v. Harper*, (1987) 79 N.-B.R. (2d) 28 (N.-B. Q.B.T.D.), p. 44 (par. 22). Le tribunal a aussi conclu de la preuve que le juge n'avait pas délibérément refusé de se conformer aux ordonnances du tribunal d'appel : *ibid.*, p. 35 (par. 5).

en dehors du cadre du droit, tel qu'il est spécifiquement déterminé par un tribunal d'appel, et fait dépendre le sort du litige de l'arbitraire du juge ; ce qui est également contraire à la mission première d'un tribunal.

Conclusion

La jurisprudence développée depuis l'arrêt *Morier c. Rivard* permet d'amorcer une réflexion quant à la nécessité de réviser le cadre d'analyse fixé par la Cour suprême du Canada à propos de l'immunité judiciaire. En outre, le droit canadien a considérablement évolué, au cours de la même période en rapport avec le statut juridique des juges et la déontologie judiciaire.

Cette évolution fournit une perspective nouvelle quant aux attentes des justiciables à l'endroit des membres de la magistrature, dans laquelle il faut dorénavant intégrer l'immunité judiciaire. Un réexamen des principes établis par l'arrêt *Morier c. Rivard* permettrait ainsi d'apporter à l'immunité judiciaire ces nuances qui apparaissent nécessaires à la justesse de toute règle de droit.

Pour ce faire, la Cour suprême du Canada devrait toutefois accepter d'entendre un litige mettant directement en cause la responsabilité civile d'un juge⁴⁰, ce à quoi elle s'est jusqu'à présent toujours refusée⁴¹.

40. L'arrêt *Morier c. Rivard* concernait la responsabilité des membres d'une commission d'enquête.

41. À plusieurs reprises, elle a refusé l'autorisation d'en appeler dans des dossiers mettant en cause la responsabilité civile des juges: *Royer c. Mignault*, précité, note 5 ; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, précité, note 5 ; *Tsai v. Klug*, précité, note 18 ; *Hamalengwa v. Duncan*, précité, note 26.

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSES DE DOCTORAT ACCEPTÉS EN 2010

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Thèses et mémoires approuvés en 2010

N.B. : Veuillez noter que les thèses de doctorat et de maîtrise sont disponibles pour consultation à la bibliothèque Brian Dickson située dans l'édifice de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (Pavillon Fau-teux, 57, Louis-Pasteur).

Thèses de Doctorat

ASMAH, Josephine, *Stepping Outside the Box : Traditional Knowledge, Folklore, Indigenous Textiles and Cultural Appropriation – Is There Room for Folklore Protection Under Intellectual Property Law ?*

BAFFOE, Kwesi, *The Chameleon Indigenous Sovereignty : The Colonial Prismatic View of its Different Shades in Ghana, Canada and the United States.*

BILLAH, Muhammad, *Effects of Insurance's Absence or Presence on Maritime Liability Law with Special Reference to Cargo Liability and Oil Pollution Liability Regimes : An Economic Analysis.*

HITIMANA, Célestin, *Les obstacles procéduraux à la répression interne des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.*

Thèses de Maîtrise en droit (LL.M.)

CHAPLIN, Ann, *Officers of Parliament : Accountability, Virtue and the Constitution.*

FRATE, Benoît, *Gouvernements municipaux et droit international des droits de la personne : une analyse exploratoire de la pratique récente.*

MÉNARD-KILRANE, Monique, *The Role of the ILO in Extending the Scope of International Criminal Law to the Worst Forms of Child Labour.*

MONCHALIN, Marie-Christine, L'égalité entre les sexes dans le champ du développement international : vers la réalisation de tous les droits des femmes ? Une étude de cas des états de l'Afrique francophone.

Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)

N.B. : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

ADJÉTÉ, Pierre, Droit international public et Éthique publique : un lien fondamental dans le développement de nouveaux droits entre les États.

ARNOLD, Robynn, Constitutional Jurisdiction : A Thorn in the Side of Personal Information Protection in Canada.

BEAUDRY, Caroline, Analyse post-Gladue : L'applicabilité de l'article 718.2e) du Code criminel canadien.

BRADLEY, Ian, Reducing conflict Between Merger Review Policies through the Establishment of a Multilateral Framework : A Case for Minimizing the Anti-trust Transaction Tax.

CHAMMAS, Danilo, The Increasing Involvement of the Brazilian Army in Internal Law Enforcement Activities and Its Implications for Human Rights.

CLAUSEN, Fabian, The Chad-Cameroon Pipeline Project : Assessing the World Bank's Failed Experiment to Defeat the Resource Curse.

GAUDETTE, Véronique, Empreintes et mémoire : Le respect de la vie privée des personnes salariées, l'exercice de cybercontrôle par l'employeur et l'heureux jeu de l'équilibre.

HERENCIA CARRASCO, Salvador, The Inter-American Court of Human Rights and the State Response to the Prosecution of Crimes against Humanity in the Americas : A Critical Assessment.

JINGHUA, Liu, A Comparative Study of Internal Corporate Governance Monitoring of Canadian and Chinese Listed Companies.

KASHGAR, Maral, The Relationship Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law with Respect to the Use of Force in Times of Armed Conflicts.

PRÉVOST, Yves, Colonization of Indigenous people by International Conventions in Exchange for Compensation : An Argument for sui generis Protection of Traditional Knowledge.

ST-GERMAIN, Mathieu, La criminalisation des pratiques sexuelles à risque ; l'étendue de l'arrêt Cuerrier aux autres maladies vénériennes.

TOBALAGBA, Anaïs, Considérations sur les possibilités et les modalités de sanction à l'égard des États violateurs du droit international à la santé.

Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit et technologie

N.B. : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

CZERNIAWSKI, Michal, Graduated Response – A Comprehensive Solution in the War Against Online Piracy ?

GOOVAERTS, Pieter, Lessons from the Pirate Bay : A Canadian Application.

KARAM, William, Legacy – Smart Communities : Solving the Last Mile Equation.

TEXIDOR, Rafael, (So) What if the Chief Justice was a Robot ? : Technology and the Legitimacy of Judicial Statements.

Mémoires de maîtrise en droit avec concentration en droit notarial

N.B. : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

ASOMBO, Charles, La responsabilité du notaire face à la médiation à la cour des petites créances.

BÉGIN, Anabelle, Les conséquences légales de l'article 19.2 de la Loi favorisant la réforme du cadastre québécois.

DUROCHER, Véronique, La confidentialité en matière d'adoption : quand le droit à la vie privée fait face au droit à l'information.

FRASER BROUILLETTE, Catherine, La responsabilité du notaire en matière de terrains contaminés.

GRAVELINE, Krystle, Le mandat donné en prévision de l'incapacité : savoir tirer profit de l'imprécision législative pour une meilleure protection du mandant.

HAMEL, Carol-Ann, Les centres de traitement : analyse sous l'angle de l'exercice illégal de la profession et de la responsabilité notariale.

LONGO, Alessandro, Les limites du secret professionnel face au notaire.

Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit humanitaire et droit de la sécurité internationale

N.B. : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

LESIEUR, Francois, A New Appeal to Canadian Military Justice : Unconstitutionality of Summary Trials Under Charter 11(d).

SEKAKIGA, Gaston, La portée du principe de la responsabilité de protéger dans la protection des zones humanitaires.

TURMEL-DOYON, Félix-Antoine, Des motifs raisonnables de croire en la prépondérance des probabilités.

UNIVERSITÉ LAVAL

Maîtrise en droit avec mémoire

CARDENAS GOMEZ, Olga Carolina (LL.M.), Analyse des éléments fondamentaux d'une loi cadre sur la procréation assistée à la lumière du droit comparé.

DELAGRAVE, Anne-Marie (LL.M.), Le contrôle de l'apparence physique du salarié à la lumière de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

MABIT, Clément (LL.M.), Les régimes de sanctions disciplinaires imposés aux conseillers en placements : quelles influences sur leur comportement ?

TALBOT-LACHANCE, Guillaume (LL.M.), L'engagement volontaire en droit de la consommation québécois.

Maîtrise en droit avec essai

- BARAKAT, Anne-Marie (LL.M.), Le crime de persécution, l'ultime protecteur des droits économiques, sociaux et culturels dans un contexte de crimes contre l'humanité.
- BARBEAU, Marie-Pier (LL.M.), La défense de contrainte en droit canadien et en droit international : une application concurrente pour les personnes poursuivies de crimes internationaux au Canada en vertu de la *Loi sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité*.
- BEAULIEU, Marc (LL.M.), La création juridique d'un carrefour giratoire pour organiser la transmission de l'entreprise familiale.
- BRASSARD, Charles (LL.M.), Le règlement de différends dans le secteur financier au Canada et au Québec : le cas de l'OSBI et de l'AMF.
- DIALLO, Karim (LL.M.), Promotion et protection de la diversité des expressions culturelles : quelles implications pour le Québec ?
- GOUDIABY, Irène Marie Géralde (LL.M.), La protection du droit d'auteur dans le cadre du commerce électronique.
- GOULET, Syltiane Isabel (LL.M.), L'eau et le changement climatique en droit québécois de l'environnement : la gestion intégrée par bassin versant.
- GUNGAH, Pravesh Manee (LL.M.), Le traitement juste et équitable des investisseurs étrangers.
- LABBÉ, Karine (LL.M.), L'environnement juridique permettant la protection des actionnaires minoritaires d'un émetteur fermé régie par la L.C.Q.
- LAJOIE, Guillaume (LL.M.), La responsabilité légale des principaux intervenants de l'industrie de la construction pour perte de l'ouvrage : comment s'applique la présomption légale ?
- NEUBAUER, Julien (LL.M.), Ordre public et arbitrabilité.
- ROBICHAUD, Myriam (LL.M.), Regard sur la consolidation et l'expansion des mesures conservatoires et provisoires dans le système interaméricain des droits de la personne.

SALEH, Massouda Dieng (LL.M.), Analyse critique de l'encadrement juridique du financement international des projets de développement agricole dans une perspective de sécurité alimentaire durable : l'exemple du *jatropha curcas* au Sénégal.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

DOCTORAT (LL.D.)

VERMEYS, Nicolas, Qualification et quantification de l'obligation de sécurité informationnelle dans la détermination de la faute civile.

MAÎTRISE (LL.M.)

ASWAD, Tina, L'élimination des barrières non tarifaires au commerce interprovincial et l'Accord sur le commerce intérieur du Canada.

BARRETTE, Louise-Andrée, La connaissance des origines de l'enfant adopté : du « besoin » au « droit ». Perspectives anthropologiques, sociologiques et psychologiques pour une réforme législative.

BENOIT, Stéphanie, La mise en marche des produits issus du génie tissulaire : une question de catégorisation ?

BLAIS-GIROUX, Pascale, L'encadrement des fonds de couverture au Canada : une réflexion sur les principaux enjeux.

BLANC, Valérie, La responsabilité précontractuelle, perspectives québécoise et internationale.

BRASSARD, Étienne, Investir en République populaire de Chine : l'environnement légal et les formes juridiques d'entreprises.

BÉLAND, Marie-France, Lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète ou incomprise ?

CANDEAGO, Fabienne, Nature et particularismes du contrat de progiciel.

CHARBONNEAU, Olivier, La jurisprudence en accès libre à l'ère du contenu généré par les usagers.

DRAGANOVA, Diana, La souveraineté de l'État et le droit à des élections libres dans le contexte européen : essai fondé sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (1987-2008).

- DUVAL, Isabelle, L'émergence d'un principe de justice distributive en droit international économique : analyse de l'évolution du traitement spécial et différencié du GATT à l'OMC.
- EKOMODI TOTSHINGO, Patrice, L'autorisation de recourir à la force accordée par le Conseil de sécurité des Nations Unies.
- GRENIER, Michel, La détention à des fins d'enquête en droit criminel canadien et son impact sur les droits constitutionnels.
- HONVOU, Dansou Rock Sèmako, Droits de propriété intellectuelle et protection des plantes : approches, limites et perspectives.
- JANNARD, Louis-Philippe, Entre vulnérabilisation et revictimisation : les victimes de traite d'êtres humains face aux politiques nord-américaines.
- JOANETTE-LAFLAMME, Andréane, La puissance des faits qui sont tus : la Cour suprême du Canada et l'expulsion vers la torture.
- JOSEPH, Jaceus, L'arbitrage commercial international et les garanties procédurales.
- KELCI, Sevgi, La responsabilité des intermédiaires techniques en droit pénal canadien, à la lumière des pratiques internationales.
- NASRI ROUDSARI, Reza, Le régime juridique de la mer Caspienne.
- PAGÉ-ARPIN, Maude, La difficile réconciliation de la vérité et de l'équité dans la procédure pénale en matière d'agression sexuelle.
- ROMPRÉ, Sophie, La surveillance de l'utilisation d'Internet au travail : guide des droits et obligations des employeurs.
- SEKOUTI, Sarah, A comprehensive analysis of the Legal Issues Relating to Nominee Directors.
- SEMHAT, Marwa, Le droit de résistance à l'oppression en droit international.
- VOISARD, Caroline, Reconnaître et protéger le statut constitutionnel des municipalités : critique de l'état du droit et perspectives d'avenir.
- WALSH, Francis, L'utilisation du domaine de la preuve par la Cour suprême du Canada dans la détermination des droits économiques des Autochtones conformément à ses propres valeurs.

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Maîtrise en droit et politiques de la santé (LL.M.)

ANCTIL, Marie-Christine, Médicaments en vente libre et produits de santé naturels : Le rôle du pharmacien en regard du cadre juridique applicable.

ELGER, Stéphanie, Le système de santé québécois tel qu'on le connaît, est-il viable ?

GAUTHIER, Roxane, L'encadrement juridique du dossier de l'employé d'un établissement de santé et de services sociaux.

LAROSE, Guylaine, Les soins critiques et les décisions de fin de vie en pédiatrie : à la recherche d'un droit adapté.

PROVOST, Sylvia, L'imputabilité de la gouvernance des établissements de réseau de la santé : levier de changement ou caution morale.

SAVARD, Valérie, Notre système encourage-t-il une médecine défensive ?

SÉGUIN, Éric, Le droit du mineur âgé de 14 ans et plus de refuser les soins requis par son état de santé.

SLOUDY, Myriam, Le droit à l'accès aux médicaments essentiels : une solution pour résoudre les difficultés d'accès aux médicaments dans les pays en développement.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)

AYADI, Walid, Les zones franches en Afrique du nord dans le secteur du textile : impacts commerciaux et juridiques.

BADIOUI, Friha, La reconnaissance, à des fins de réparation, des maladies professionnelles pulmonaires liées à l'amiante au Québec.

JEAN-BOUCHARD, Évelyne, Les États déstructurés comme application contemporaine du pluralisme juridique.

KHATERCHI, Abir, La délocalisation des entreprises et ses effets sur l'emploi dans les pays industrialisés : cas de l'industrie du vêtement au Québec.

LEDUC, Geneviève, Le statut d'artiste : objet de reconnaissance professionnelle ou objet de protection sociale ?

NITU, Cristina, L'autonomie du droit de la consommation.

PROULX, Dominic, Le nouvel article 45 du Code du travail et ses conséquences sur la sous-traitance en milieu municipal.

THOMPSON, Cecilia, Le régime international de protection des baleines : transformations induites par le développement durable.

VALOIS, Pascale, Étude de l'encadrement légal de la publicité destinée aux enfants comme un enjeu de la santé publique.

YUPANQUI HUERTO, Pierina, Les enjeux contemporains de la protection de connaissances traditionnelles environnementales : quel rôle pour les états parties de la Convention sur la diversité biologique ?

UNIVERSITÉ MCGILL

Maîtrise en droit avec mémoire

AGOCHA, Bernadine, The application of the local remedies rule under the African Charter on Human and Peoples' Rights: with a case study of communications from the Niger Delta.

AHMAD, Md, Adapting the existing regime for the contemporary world to achieve global civil aviation safety: a developing country perspective.

ALGOZIN, Samuel, "Thinking Through Others": The development of a culturally resonant international criminal jurisprudence.

BADREDDINE, Mohamed, L'organisation de la sécurité aérienne au Canada.

BOURASSA FORCIER, Melanie, La rationalité organisationnelle: Une explication possible de l'état de la politique canadienne en matière de brevets pharmaceutiques?

BURRIS, Matthew, Tilting at windmills? The counterposing policy interests driving the commercial satellite export control reform debate.

CHASSOT, Laurent, L'article 29 de la convention de Montréal : clef de voûte de la responsabilité du transporteur aérien international.

- DURELL, Karen, Investigating the causes and effects of IP contract strain.
- FRITSCH, Ryan, The ethics of imagination: Levinas, Aesthetics and Poiesis in uTOpia.
- GOLZARI, Sepideh, A legal geographic perspective on a critical legal pluralism.
- HETLOF, Julia, US/EU Air transport: open skies but still not open transatlantic air transport services.
- LYCOS, Paul, Technology and civil aviation: How popular attitudes and government policies shaped civil aviation and the air cargo industry from the early years of aviation through the jet age.
- MOTTA, Madeline Marie, Fiduciary obligations of the physician scientist in a post Hippocratic era
- MUNISAMI, Ari, Aircraft financing: Perspectives for small and emerging economies.
- ODUWO, Elizabeth, Understanding the multiple roles for the state in HIV vaccine research.
- PAQUIN, Julie, Business law transplants and economic development: an empirical study of contract enforcement in Dakar, Senegal.
- SANCHE, Andrea, Toronto the Good: devolution and the transformative power of municipal regulation.
- TANTIKUL, Kiattipon, The possibility of achieving US and EU air transport agreement in terms of competition in the transatlantic aviation market: Third party country perspectives.
- VON PLANTA, Niclas, The aircraft protocol to the Cape Town Convention on Aircraft Financing: a civil lawyer's perspective
- YIU, Alexander, Looking behind the "Rule" of a well-founded fear: An examination of language, rhetoric and justice in the "Expert" adjudication of a refugee claimant's sexual identity before the IRB.
- ZAWATI, Hilmi Mohammad, Symbolic judgments or judging symbols: fair labelling and the dilemma of prosecuting gender-based crimes under the statutes of the international criminal tribunals.
- ZHANG, Ruiqiao, A Comparative study of the fraud exception rule of letters of credit: proposed amendments to the Chinese credit system.

INDEX DES AUTEURS

Note : Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

BOTO ÁLVAREZ, Alejandra / Les juristes de l'État et le Barreau : observations de droit comparé, **251-276**

GAGNON, Jean Denis / La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ?, **1-59**

GODIN, Robert P. / L'intérêt général : commentaire sur l'article 982, du *Code civil du Québec* ou « Je puise, mais n'épuise », **137-149**

GOLDSTEIN, Gérald / De la pertinence et de la localisation du préjudice économique ou continu aux fins de la compétence internationale des tribunaux québécois, **169-218**

_____, Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois, **61-102**

HUPPÉ, Luc / Une immunité judiciaire sans limite ?, **363-370**

LESCOP, Raphaël / Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois, **317-362**

MANIRABONA, Amissi Melchiade / La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités en Afrique : le difficile passage de la rhétorique à la réalité, **277-315**

MORIN, Fernand / Un commentaire de l'arrêt *G. Plourde c. Cie Wal-Mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465, **151-167**

NADEAU, Denis / La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitante de la Cour suprême du Canada, **219-249**

PARENT, Hugues / Les troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution, **103-135**

INDEX ANALYTIQUE

Note : Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

ABUS DE PROCÉDURE

Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois, **317-362**

ADMINISTRATION PUBLIQUE

Les juristes de l'État et le Barreau : observations de droit comparé, **251-275**

Adoption internationale

Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois, **61-102**

ARBITRAGE

La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ?, **1-59**

ARBITRAGE DE GRIEF – COMPÉTENCE

La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitante de la Cour suprême du Canada, **219-249**

ARBITRE – COMPÉTENCE

La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ?, **1-59**

AVOCAT – FONCTION PUBLIQUE

Les juristes de l'État et le Barreau : observations de droit comparé, **251-275**

CLAUSE COMPROMISSOIRE

La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ?, **1-59**

CONGÉDIEMENT – ACTIVITÉ SYNDICALE

Un commentaire de l'arrêt *G. Plourde c. Cie Wal-mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465, **151-167**

CONVENTION COLLECTIVE

La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitante de la Cour suprême du Canada, **219-249**

CONVENTION DE LA HAYE

Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois, **61-102**

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités en Afrique : le difficile passage de la rhétorique à la réalité, **277-315**

CRIME DE GUERRE

La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités en Afrique : le difficile passage de la rhétorique à la réalité, **277-315**

DÉLINQUANCE – AFRIQUE

La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités en Afrique : le difficile passage de la rhétorique à la réalité, **277-315**

DOMMAGE

De la pertinence et de la localisation du préjudice économique ou continu aux fins de la compétence internationale des tribunaux québécois, **169-218**

DROIT À L'ASSISTANCE D'UN AVOCAT

La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ?, **1-59**

DROIT CIVIL

L'intérêt général : commentaire sur l'article 982, du Code civil du Québec ou « Je puise, mais n'épuise », **137-149**

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

De la pertinence et de la localisation du préjudice économique ou continu aux fins de la compétence internationale des tribunaux québécois, **169-218**

Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois, **61-102**

DROITS ET LIBERTÉS

La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitante de la Cour suprême du Canada, **219-249**

ENFANT

Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois, **61-102**

ENVIRONNEMENT

L'intérêt général : commentaire sur l'article 982, du *Code civil du Québec* ou « Je puise, mais n'épuise », **137-149**

ÉTAT

Les juristes de l'État et le Barreau : observations de droit comparé, **251-275**

FORUM NON CONVENIENS

De la pertinence et de la localisation du préjudice économique ou continu aux fins de la compétence internationale des tribunaux québécois, **169-218**

GÉNOCIDE

La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités en Afrique : le difficile passage de la rhétorique à la réalité, **277-315**

IMMUNITÉ – JUGE

Une immunité judiciaire sans limite ?, **363-370**

JUGE

Une immunité judiciaire sans limite ?, **363-370**

JUSTICE INTERNATIONALE

La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités en Afrique : le difficile passage de la rhétorique à la réalité, **277-315**

MISE À PIED

Un commentaire de l'arrêt *G. Plourde c. Cie Wal-mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465, **151-167**

NORMES DU TRAVAIL

La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitante de la Cour suprême du Canada, **219-249**

NOTAIRE – FONCTION PUBLIQUE

Les juristes de l'État et le Barreau : observations de droit comparé, **251-275**

POURSUITE CONTRE LA MOBILISATION PUBLIQUE

Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165 (4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois, **317-362**

PROCÉDURE CIVILE – REQUÊTE EN IRRECEVABILITÉ

Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165 (4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois, **317-362**

PROPAGANDE HAINEUSE

La Cour pénale internationale et la prévention des atrocités en Afrique : le difficile passage de la rhétorique à la réalité, **277-315**

PSYCHOSE TOXIQUE

Les troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution, **103-135**

QUÉRULENCE

Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois, **317-362**

REJET DE PROCÉDURE – ACTION FRIVOLE

Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165 (4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois, **317-362**

RÉSOLUTION DE CONFLIT

La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ?, **1-59**

RESPONSABILITÉ PÉNALE

Les troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution, **103-135**

SALARIÉ SYNDIQUÉ

La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitante de la Cour suprême du Canada, **219-249**

SERVICE JURIDIQUE – DROIT COMPARÉ

Les juristes de l'état et le Barreau : observations de droit comparé, **251-275**

SYNDICAT

Un commentaire de l'arrêt *G. Plourde c. Cie Wal-mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465, **151-167**

SYNDICAT – DEVOIR DE REPRÉSENTATION DU SALARIÉ

La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitante de la Cour suprême du Canada, **219-249**

TRAVAIL

Un commentaire de l'arrêt *G. Plourde c. Cie Wal-mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465, **151-167**

TRIBUNAL JUDICIAIRE – COMPÉTENCE INTERNATIONALE

De la pertinence et de la localisation du préjudice économique ou continu aux fins de la compétence internationale des tribunaux québécois, **169-218**

TABLE DE LA JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

American Mobile Satellite Corp., Spar Aerospace Ltée c., [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, **169-218**

Cie Wal-Mart du Canada Inc., G. Plourde c., [2009] 3 R.C.S. 465, **151-167**

Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc., 2010 QCCA 1600, **317-362**

Entreprises immobilières du terroir Ltée, Viel c., [2002] R.J.Q. 1262, **317-362**

G. Plourde c. Cie Wal-Mart du Canada Inc., [2009] 3 R.C.S. 465, **151-167**

Isidore Garon ltée c. Tremblay ; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc., [2006] 1 R.C.S. 27, 2006 CSC 2, **219-249**

Morier c. Rivard, [1985] 2 R.C.S. 716, **363-370**

Parry Sound district, Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, **219-249**

Québec (Procureur général), Syndicat de la fonction publique du Québec c., [2010] 2 R.C.S. 61, 2010 CSC 28, **219-249**

Québecor Printing Memphis Inc. c. Regenair inc., [2001] R.J.Q. 966, 2001 CanLII 27960 (QCCA), **169-218**

Regenair inc., Québecor Printing Memphis Inc. c., [2001] R.J.Q. 966, 2001 CanLII 27960 (QCCA), **169-218**

Rivard, Morier c., [1985] 2 R.C.S. 716, **363-370**

S.E.E.F.P.O., section locale 324, Parry Sound district, Conseil d'administration des services sociaux c., [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, **219-249**

Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp., [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, **169-218**

Structure Laferté inc., Cosoltec inc. c., 2010 QCCA 1600, **317-362**

Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général), [2010] 2 R.C.S. 61, 2010 CSC 28, **219-249**

Tremblay, Isidore Garon ltée c. ; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc., [2006] 1 R.C.S. 27, 2006 CSC 2, **219-249**

Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée, [2002] R.J.Q. 1262, **317-362**

TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

LÉGISLATION PROVINCIALE

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 563, 564, 568, 574, **61-102**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 982, **137-149**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 3082 et 3092, **61-102**

Code civil du Québec, (L.Q. 1991, c. 64), art. 3135 et 3148, **169-218**

Code de procédure civile, (L.R.Q., c. C-25), art. 54.1et ss., **317-362**

Code de procédure civile, (L.R.Q., c. C-25), art. 165 (4), **317-362**

Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics (Loi modifiant le), (L.Q. 2009, c. 12), **317-362**

Code du travail, (L.R.Q., c. C-27), **219-249**

Normes du travail (Loi sur les), (L.R.Q., c. N-1.1), art. 124, **219-249**

Barreau
du Québec 

445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca