

Lex Electronica

Volume 28, numéro 6

Soirées de la justice du CRDP 2023

Les espaces de la justice

Sous la direction de Nicolas Vermeys

Table des matières

Espaces de Justice : Présentation	4
Nicolas VERMEYS	4
Cour canadienne de l'impôt et accès à la justice : bien au-delà du simple tribunal itinérant	8
Annick PROVENCHER	8
Technologies judiciaires du point de vue du juge : une mise à jour	42
Fredric I. LEDERER	42
L'arbitrage : une justice sans Palais	56
Charles JARROSSON	56
Une conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire qui met en péril le legs de Jacques-Yvan Morin	69
Marie CARPENTIER	69

ESPACES DE JUSTICE : PRÉSENTATION

Nicolas VERMEYS¹

¹ Directeur, Centre de recherche en droit public, directeur adjoint du Laboratoire de cyberjustice et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal .

[1] Ce numéro spécial de la revue *Lex Electronica* vient regrouper une série de textes issus du cycle de conférences des Soirées de la justice 2022-2023 organisé par le Centre de recherche en droit public (CRDP) et portant sur les « espaces de justice »². Ce cycle est venu clôturer une réflexion de trois ans autour de la thématique générale de la « justice face aux changements » abordée par le biais du triptyque « écoles de la régulation »³, « acteurs de la régulation »⁴ et « espaces de la régulation ».

[2] La composante spatiale de l'accès à la justice occupe depuis des lustres une place de choix dans l'imaginaire collectif des justiciables. Dans les milieux anglosaxons, l'accès à la justice sera souvent représenté par l'expression « having your day in court » (avoir sa journée à la cour), soulignant ainsi l'importance, non pas seulement du processus, mais également de l'endroit où justice « est rendue ». En effet, comme le soulignent Susan A. Bandes et Neil Feigenson :

the courtroom's deep common-law roots, its mystique, its longevity, and the sheer force of the status quo have long protected it from the deepest levels of scrutiny – the kinds of scrutiny that call into question our abiding faith in the value of the open courtroom as a venue for observing demeanor, and even the very notion of the "day in court" as a physically situated, synchronous event⁵.

[3] Pourtant, Antoine Garapon nous rappellera que les « espaces de justice » ne se limitent pas aux différentes salles situées à l'intérieur de l'enceinte des palais de justice. Historiquement, « [l]'endroit dans lequel la justice sera rendue n'est pas choisi par les hommes, mais désigné par les dieux. L'audience se tient sous un arbre, ou à côté d'un puits »⁶, voire sur le pavé de l'église ou du marché. Ce n'est qu'au 18^e siècle que les palais de justice deviendront chose commune⁷. Toutefois, leurs configurations, ou plutôt celle des salles d'audiences qu'ils viendront abriter, varieront grandement : positionnement de la barre du témoin face au juge ou à ses côtés; présence (ou absence) et emplacement du banc des jurés; banc des accusés (en matière criminelle) derrière une cloison protectrice ou non, etc. Le système judiciaire, le tribunal visé et les impératifs financiers, géographiques et spatiaux viendront tour à tour imposer certaines contraintes qui leur sont propres. Par ailleurs, l'absence de palais de justice dans diverses régions moins peuplées entraînera un retour aux temps décrits par Antoine Garapon pour certains justiciables. Ainsi, les tribunaux itinérants, comme la Cour canadienne de l'impôt⁸, tiendront parfois leurs audiences dans des hôtels ou des sous-sols d'église, faute d'infrastructures dédiées⁹.

² Les enregistrements de ces conférences sont disponibles sur la chaîne Youtube du CRDP, voir en ligne : <<https://www.youtube.com/@crdptv/videos>>.

³ Disponible en ligne : <https://www.youtube.com/watch?v=i9tk2zecX94>

⁴ Voir la revue *Lex Electronica*, vol. 27, no 2, en ligne : <<https://www.lex-electronica.org/articles/volume-27-2022-volume-27-2022/les-acteurs-de-la-justice/>>.

⁵ Susan A. BANDES et Neal FEIGENSON, « Virtual Trials : Necessity, Invention, and the Evolution of the Courtroom », (2020) 68 *Buff. L. Rev.* 1275, 1352.

⁶ Antoine GARAPON, *L'âne portant des reliques*, Paris, Le Centurion, 1985, p. 28.

⁷ Linda MULCAHY, « The Unbearable Lightness of Being? Shifts Towards the Virtual Trial », (2008) 35-4 *Journal of Law and Society* 464, 475.

⁸ Voir en ligne : <<https://www.tcc-cci.gc.ca/fr/pages/a-propos/la-cour>>.

⁹ Notons que la Cour du Québec ou la Cour supérieure desservent également diverses régions géographiques de façon itinérante. Voir : <https://www.justice.gouv.qc.ca/nous-joindre/regions-et-localites-desservies-de-facon-itinerante/>.

[4] Toutefois, comme le précise **Annick Provencher** dans son texte intitulé « Cour canadienne de l'impôt et accès à la justice : bien au-delà du simple tribunal itinérant », l'itinérance n'est pas la seule caractéristique-clé de cet espace de justice qu'est la Cour canadienne de l'impôt. Après avoir brossé un portrait historique de l'institution et de ses champs de compétence, la professeure Provencher vient présenter les approches procédurales propres à cette cour avant d'aborder le cœur de son analyse : l'accès à la justice. L'autrice rappelle ainsi que l'accès à la justice dépasse le seul accès aux tribunaux en tant qu'espace de justice (ce qu'elle qualifie d'accès à la justice formelle). Cet accès se doit également d'être substantiel sans quoi l'espace de justice n'est que fiction; un lieu où justice n'est rendue que pour ceux qui savent en contourner les obstacles procéduraux ne saurait être considéré un véritable espace de justice.

[5] La pandémie nous aura par ailleurs appris que le partage d'un espace physique commun n'est pas requis pour que justice soit rendue. Ainsi, les audiences virtuelles se seront multipliées durant la période de confinement¹⁰. Certains tribunaux ont depuis choisi de ne pas revenir en arrière et de poursuivre l'aventure numérique¹¹, alors que d'autres, bien que revenus en « présentiel », se montrent aujourd'hui beaucoup plus favorables au témoignage à distance par le biais d'outils technologiques¹².

[6] Même pour les cours et tribunaux qui sont revenus à des audiences « présentielles », la salle d'audience en tant qu'espace de justice aura connu certaines mutations au fil des développements technologiques. Comme nous l'explique **Fredric Lederer** dans sa contribution « Technologie des salles d'audience du point de vue du juge : une mise à jour », la technologie occupe une place grandissante et fluctuante au sein des salles d'audiences, notamment aux États-Unis. Qu'il s'agisse du développement d'outils algorithmiques dits « prédictifs » pour appuyer les parties ou les juges, de technologies d'enregistrement et de transcription automatique des audiences qui sont venues remplacer les sténographes, ou encore la présence d'écrans permettant d'afficher les éléments de preuve, la technologie aura à jamais changé la configuration des espaces de justice que sont les salles d'audience. Le législateur québécois avait d'ailleurs prévu le coup lors de la dernière réforme du *Code de procédure civile* en précisant que :

Dans l'application du Code, il y a lieu de privilégier l'utilisation de tout moyen technologique approprié qui est disponible tant pour les parties que pour le tribunal en tenant compte, pour ce dernier, de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux¹³.

10 Meredith ROSSNER et David TAIT, « Virtual Technology and the Changing Rituals of Courtroom Justice », (2023) 98 *Chi.-Kent L. Rev.* 251.

11 C'est le cas, notamment, de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. Voir : Nicolas VERMEYS et Valentin CALLIPEL, « Rapport sur le sentiment d'accès à la justice associé aux audiences virtuelles tenues devant la CISR du Canada au moyen de MS Teams », (2022), en ligne : <<https://irb-cisr.gc.ca/fr/transparence/revues-verifications-evaluations/Pages/rapport-acces-a-justice-audiences-virtuelles-2022.aspx>>.

12 Notons que cette approche fut facilitée par l'adoption de l'article 279 du *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01 : « [...] Lorsqu'il y a lieu d'interroger un témoin à distance, le moyen technologique utilisé doit permettre, en direct, de l'identifier, de l'entendre et de le voir. Cependant, le tribunal peut, après avoir pris l'avis des parties, décider d'entendre le témoin sans qu'il soit vu ».

13 *Code de procédure civile*, art. 26.

[7] Mais au-delà de toutes ces considérations technologiques et spatiales liées à la tenue d'audiences, il est utile de rappeler qu'une majorité de différends ne se transformeront jamais en litige¹⁴. Justice sera donc rendue ou entendue dans un environnement physique (pensons aux bureaux de médiateurs et médiatrices) ou virtuel (pensons au service de règlement en ligne des différends entre commerçants et consommateurs offert par l'Office de la protection du consommateur¹⁵) partiellement ou entièrement détaché de l'appareil judiciaire et des principes jurisprudentiels. Le professeur **Charles Jarrosson**, dans son texte intitulé « L'arbitrage : une justice sans Palais » nous invite en effet à réimaginer la notion plutôt singulière d'espace de justice étatique (la salle d'audience) en l'opposant à la pluralité des espaces de justice que sont les lieux d'arbitrage. L'auteur nous invite ainsi à envisager l'arbitrage selon les espaces tant virtuels que réels qui le qualifient. Le lieu de l'arbitrage, son siège, voire l'absence de l'un et l'autre, viennent offrir une illustration particulièrement convaincante de la multiplicité d'espaces dits « de justice ».

[8] Finalement, il faut souligner que l'espace de justice n'est par ailleurs pas uniquement là où justice est rendu, c'est également le lieu où le droit est construit, la loi adoptée. Ainsi, comme l'exprime **Marie Carpentier**, le parlement constitue lui aussi un espace de justice. Dans son texte « Une conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire au péril du legs de Jacques-Yvan Morin », l'avocate – en analysant l'œuvre du juriste, politicien et ancien chercheur du CRDP (alors qu'il portait le nom d'Institut de recherche en droit public) que nous avons malheureusement perdu en 2023 – nous propose une relecture du principe de souveraineté parlementaire à la lumière de l'adoption et des subséquentes modifications apportées à la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*. Selon l'autrice, si l'adoption de la Charte s'inscrivait, en quelque sorte, dans le passage de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle, contribuant ainsi à établir un équilibre entre les divers espaces et acteurs de justice, une conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire vient nuire à cet équilibre précaire.

14 Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 34.

15 Voir en ligne : <<https://www.opc.gouv.qc.ca/a-propos/parle/acces/>>.

COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT ET ACCÈS À LA JUSTICE : BIEN AU-DELÀ DU SIMPLE TRIBUNAL ITINÉRANT

Annick PROVENCHER¹⁶

Annick PROVENCHER
Cour canadienne de l'impôt et accès à la justice : bien au-delà du simple tribunal itinérant

¹⁶ Annick Provencher est professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et co-directrice du programme de maîtrise en droit fiscal (HEC Montréal / Faculté de droit de l'Université de Montréal). Elle est chercheuse associée au Centre de recherche en droit public (CRDP) et au Centre de droit des affaires et de commerce international (CDACI). L'auteure souhaite mentionner qu'elle est impliquée dans le comité des règles de la Cour canadienne de l'impôt. Les opinions émises dans le présent article le sont à titre de chercheuse et ne lient aucunement la Cour canadienne de l'impôt. Cet article synthétise les éléments essentiels d'une présentation réalisée par l'auteure lors des Soirées de la justice du Centre de recherche en droit public le 23 mars 2023. Il est à noter que cet article fut soumis à la révision des pairs eu égard à la politique éditoriale de la revue *Lex Electronica*.

RÉSUMÉ

La Cour canadienne de l'impôt est le tribunal qui a, entre autres, compétence pour entendre les appels de cotisations d'impôt par les contribuables, au fédéral. Qualifié d'être parmi les domaines du droit les plus complexes au Canada, le droit fiscal est un domaine opaque et parfois incompréhensible même pour les contribuables les plus aguerris. Cette opacité, à elle seule, peut apparaître comme un frein à l'accès à la justice, surtout qu'un nombre important de contribuables se représentent seuls contre la partie intimée, l'Agence du revenu du Canada. La Cour canadienne de l'impôt compte tout de même des mesures visant à rendre le litige fiscal plus facilement accessible aux contribuables. La Cour canadienne est une cour itinérante qui se déplace dans plusieurs villes du Canada. L'accès géographique à la Cour est un aspect important dans l'accès à la justice mais n'est certainement pas le plus central. La Cour a mis en place une foule de mesures visant à diminuer les obstacles procéduraux pouvant empêcher les contribuables d'accéder pleinement au tribunal. Néanmoins, comme tente de le démontrer cet article, l'accès à la justice est une question qui se définit bien au-delà de ce que peut faire la Cour canadienne de l'impôt et doit impliquer toutes les parties prenantes dans une approche holistique.

INTRODUCTION

[17] Plusieurs acteurs juridiques ont récemment tiré la sonnette d'alarme sur les questions d'accès à la justice. Les tribunaux manquent de ressources ce qui occasionne coûts et délais pour les contribuables. La conversation sur l'accès à la justice au Québec est souvent axée sur la Cour du Québec et la Cour supérieure, deux tribunaux que les membres du Barreau du Québec ont l'habitude de côtoyer. Néanmoins, ces questions d'accès se posent encore plus particulièrement pour la Cour canadienne de l'impôt (« CCI » ou « Cour »). Cette Cour, une cour supérieure d'archives, a juridiction sur les appels de cotisations fiscales établies par l'Agence du revenu du Canada. Un sujet qui touche presque tous les contribuables canadiens.

[18] La CCI connaît les défis liés à l'accès à la justice et les juges y sont conscientisés. Les appels dans lesquels les contribuables sont non représentés totalisent environ 83 % de tous les dossiers en procédure informelle¹⁷. Ces appels concernent généralement des questions liées à l'application de la *Loi sur l'assurance-emploi*¹⁸ ou de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁹, l'une des lois les plus complexes et les plus techniques au Canada²⁰.

[19] L'accès à la justice a toujours été un point central dans l'histoire de la Cour, qui a toujours visé à faciliter un accès à faible coût pour les contestations liées à une cotisation d'impôt. La devise de la Cour est d'ailleurs : *Accessibilitas, libertas, equabilitas* (accessibilité, liberté, égalité). La Cour a fait, et fait toujours, des efforts en vue d'élargir l'accès à la justice fiscale. L'exemple de ces efforts procéduraux est l'aspect « itinérance » de la Cour qui se déplace à la rencontre des contribuables dans plusieurs villes canadiennes. Mais cette caractéristique n'est qu'un élément dans l'éventail des mesures proposées par la Cour pour favoriser l'accès à la justice.

[20] Le présent article explore les mesures en place pour faciliter l'accès à la justice en matière fiscale. Il conclut que de s'attaquer aux seuls obstacles procéduraux ne permet pas l'accès à la justice substantive. Des mesures permettant l'atteinte de la connaissance fiscale, des possibilités élargies de règlements des différends et la prise en considération des inégalités sociales sont également des éléments cardinaux. Bien que ces derniers facteurs d'accès à la justice soient également considérés, nous constatons rapidement que l'accent est encore mis sur les obstacles procéduraux. L'accès à la justice, dans ce contexte, n'est pas l'affaire que de la CCI, mais devient une question qui devrait intéresser aussi les parties prenantes en droit fiscal. Notre examen s'inscrit conséquemment dans le contexte plus large du régime fiscal canadien.

¹⁷ L'information nous a été fournie par la Cour canadienne de l'impôt le 13 mars 2023.

¹⁸ *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23.

¹⁹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.) (la « LIR »).

²⁰ Voir le commentaire de la juge l'Heureux-Dubé dans *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627 qui affirmait que « La distinction attaquée provient de la LIR, qui est incontestablement la loi la plus complexe et la plus truffée de distinctions au Canada » (par. 57).

1. LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT : CE TRIBUNAL MÉCONNU

[21] Les questions d'accès à la justice ont toujours fait partie des gènes de la CCI. Dès les années 1940, ces questions étaient au centre des discussions lors de la création des institutions ancêtres de la CCI. Évidemment, l'objet des réflexions et les solutions proposées ont évolué au cours des années. L'historique de la CCI, les questions de compétence, de même que ses procédures sont donc cardinales à la compréhension du rôle que la CCI peut et doit jouer pour offrir un meilleur accès à la justice fiscale.

1.1 HISTORIQUE : L'ACCÈS À LA JUSTICE DANS L'ADN DE LA CCI

[22] La création de la CCI remonte à 1983 et est le résultat de multiples changements législatifs au cours des années afin de déterminer le bon forum pour entendre les appels en matière fiscale, notamment en matière de cotisations découlant de la LIR²¹.

[23] Les impôts sur le revenu n'ont été introduits, au Canada, que lors de la première guerre mondiale. Ils devaient alors servir à financer les efforts de guerre du pays. Dès 1916, le premier impôt sur le revenu des sociétés est mis en place²² et l'année suivante, ce sont les particuliers qui doivent s'assujettir à l'impôt²³. La loi de 1917 prévoyait qu'un conseil d'arbitrage pourrait être mis en place par le gouverneur en conseil afin d'entendre les contestations fiscales. Or, celui-ci n'a jamais été constitué²⁴ et a été aboli en 1923²⁵. Les appels de cotisation fiscale étaient, dès lors, entendus par le ministère des Finances puis en appel par la Cour de l'Échiquier²⁶.

[24] La Cour de l'Échiquier était, cependant, un tribunal peu flexible. Une volonté de traiter rapidement et à moindre coût les procès fiscaux ont donc mené à la création de la Commission d'appel de l'impôt sur le revenu (CAIR), en 1946²⁷. Il était possible de porter les décisions de la Commission en appel à la Cour de l'Échiquier, selon un appel *de novo*, ce qui signifiait que des nouveaux faits et de nouveaux arguments pouvaient

21 Plusieurs auteurs ont déjà repris l'historique de la CCI dans d'autres articles. Le présent article ne souhaite qu'en faire un bref rappel et ne prétend pas ajouter aux excellents écrits sur le sujet dont nous nous sommes inspirés : Robert McMechan et Gordon Bourgard, *Tax Court Practice*, Toronto, Carswell (feuilles mobiles); Ian MacGregor et al., « The Development of the Tax Court of Canada: Status, Jurisdiction, and Stature » (2010) 58:Suppl. *Can Tax J.* 87; Wilfrid Lefebvre, Ian MacGregor et Deen Olsen, « Litige fiscal » (1995) 43:5 *Can Tax J.* 1880; David Jacyk, « The Dividing Line Between Jurisdictions of the Tax Court of Canada and Other Superior Courts » (2008) 56:3 *Can. Tax J.* 661.

22 *Loi taxant les profits d'affaires pour la guerre*, L.C. 1916, ch. 11.

23 *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, L.C. 1917, ch. 28.

24 *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, supra note 22, art. 17; MacGregor et al., supra note 20, p. 88.

25 MacGregor et al., supra note 20, p. 88; *Tax Court Practice*, supra note 20, section 22-4.

26 MacGregor et al., supra note 20, p. 88; *An Act To Amend The Income War Tax Act*, 1917, L.C. 1923, c. 52, art. 7, mettant en œuvre les articles 12, 14 et 15 de la *Loi de l'impôt de guerre* 1917.

27 MacGregor et al., supra note 20, p. 88.

être présentés devant la Cour de l'Échiquier²⁸. Avant les années 1950, très peu de litiges fiscaux seront portés devant la Commission ou devant la Cour de l'Échiquier²⁹. Le champ de compétence de la Commission s'est élargi en 1958 aux contestations liées à d'autres lois de nature fiscale. Elle a conséquemment été renommée Commission d'appel de l'impôt « CAI », puisque sa compétence n'était plus limitée aux appels concernant le seul impôt sur le revenu³⁰.

[25] Les espoirs de litiges fiscaux flexibles et à faible coût ne se sont pas complètement réalisés notamment à cause de la duplication de la juridiction en première instance, même si plusieurs obstacles procéduraux avaient été abandonnés par la Commission. En effet, les parties utilisaient la Commission pour tester leurs arguments en vue du réel débat devant la Cour de l'Échiquier, affectant du même coup le prestige de la Commission et l'efficacité du traitement des litiges fiscaux. La multiplication des recours était effectivement chronophage et coûteuse³¹. Elle a, plus tard, été fortement critiquée par la Commission royale d'enquête sur la fiscalité (informellement nommée, la Commission Carter), qui a proposé la création d'un tribunal fiscal unique indépendant du gouvernement pour solutionner ce problème. Ce tribunal devrait être constitué en cour supérieure d'archives³² et ses décisions pourraient être portées en appel à la Cour de l'Échiquier. C'est ce qu'exprime le rapport de la Commission Carter :

Nous sommes d'avis qu'un seul tribunal de première instance en matière fiscale suffirait au Canada. Nous pensons donc que le nouveau Tribunal fiscal devrait être le dépositaire de toute juridiction de première instance. Nous déplorons la pratique qui consiste à reprendre les procès de novo, car elle constitue un double emploi inutile. Nous ne laisserions donc à la Cour de l'Échiquier qu'une juridiction d'appel en matière fiscale. Bien qu'elle soit d'abord un tribunal de première instance, nous ne voyons rien qui s'oppose à ce qu'elle joue le rôle de tribunal d'appel en matière d'impôt. En pareil cas, au moins trois juges siègeraient ensemble et, selon la coutume en matière d'appel, la Cour devrait fonder sa décision sur les seuls faits établis devant le Tribunal fiscal³³.

28 *Goldman c. Minister of National Revenue*, [1951] Ex CR 274, p. 281. Cette décision a fait l'objet d'un appel à la Cour suprême du Canada, qui ne se prononce pas sur cette question (*Goldman c. Canada (Minister of National Revenue)*, [1953] 1 SCR 211). Concernant l'appel d'une décision de la Commission de révision de l'impôt, la Cour fédérale s'appuie sur *Goldman* pour réitérer qu'il s'agit d'un appel de novo : *Midwest Oil Production, Ltd. c. La Reine*, [1982] 2 CF 357, aux par. 7-8 (CF 1re inst.); *Kagna c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 74 DTC 6221, [1974] ACF no 215 (CF 1re inst.) (QL). Même durant la période où la CCI et la Cour fédérale de première instance avaient juridiction concurrente pour entendre les appels de cotisations en matière d'impôt (de 1983 à 1991 inclusivement), l'appel à la Cour fédérale de première instance constituait un appel de novo, tel que décrit dans *Goldman*, précité. Voir à ce sujet l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Apollo 8 Maintenance Services Ltd. c. Canada*, 91 DTC 5417, p. 5418, [1991] ACF no 541 (C.A.F.) (QL); Jacyk, *supra* note 20, p. 665. Voir également Commission royale d'enquête sur la fiscalité, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, Toronto, Imprimeur de la Reine, 1966 tome 5, pp. 127-128 [rapport Carter].

29 Il faut dire que la complexification des lois fiscales participe à l'augmentation et à la complexité des litiges fiscaux. En 1917, la loi ne comptait que 24 articles et la loi de 1958 en comptait déjà 120, contre les 281 articles (de plus en plus longs et complexes) de la Loi actuelle. Voir *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, *supra* note 22; *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1958 L.C. ch. 32.

30 MacGregor et al., *supra* note 20, p. 89.

31 MacGregor, *et al.*, *supra* note 20, p. 89; Rapport Carter, *supra* note 27, tome 5, p. 127.

32 Rapport Carter, *supra*, note 27, tome 5, pp. 188-190; L'hon. Alban Garon, *et al.*, « Tax Court of Canada 20th Anniversary Symposium », (2005) 53:1 *Can. Tax J.* 135, pp. 136-137 (l'hon. juge Garon).

33 Rapport Carter, *supra*, note 27, tome 5, p. 188; MacGregor *et al.*, *supra* note 20, p. 90.

[26] Plutôt que de suivre cette recommandation, le gouvernement de l'époque a plutôt choisi de créer la nouvelle Commission de révision de l'impôt « CRI »³⁴, en 1971. Alors que sa prédécesseuse était sous l'autorité du ministère du Revenu, la CRI était placée sous l'autorité du ministère de la Justice afin de rassurer les contribuables sur son impartialité et sa neutralité³⁵. Le choix de conserver un tribunal administratif était justifié par la préservation d'une procédure demeurant informelle et peu onéreuse³⁶, comme il est souligné dans le passage suivant :

Hailed as a « taxpayer's court », the Tax Review Board was designed to combine accessibility, informality, and effectiveness at minimal cost. It was an administrative tribunal that did not constitute a court of record and was placed under the responsibility of the minister of justice in order to promote a sense of independence from the Department of National Revenue. Its members had tenure of office (subject to good behaviour) until the age of 70 years. Its procedures emphasized informality, as shown by a lack of prescribed forms for pleadings, the non-application of legal or technical rules of evidence, the taxpayer's right to appear personally or to be represented by counsel, a prohibition of awards of costs against a litigant, and a clear statutory direction that « appeals shall be dealt with by the Board as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness will permit »³⁷. [Nous soulignons].

[27] Néanmoins, la CRI continuera de partager la juridiction de première instance en matière d'impôt avec la Cour fédérale, division de première instance, qui vient également tout juste d'être créée³⁸.

[28] Ce n'est qu'en 1983 que la CCI voit le jour et remplace la CRI³⁹, avec l'objectif d'affirmer son indépendance et sa neutralité à l'égard du ministre du Revenu national et de l'organisation gouvernementale en général⁴⁰. La Cour pouvait créer ses propres règles de procédures qui, comme nous le verrons, constituent un vecteur d'accès à la justice, même si certains obstacles subsistent :

Section 20 of the Tax Court of Canada Act authorized the court to make its own rules of procedure, subject to the approval of the governor in council. The Tax Court of Canada Rules Committee was formed to assist the court in fulfilling that mandate. Responsibility for regulating the pleadings,

34 *Loi instituant la Commission de révision de l'impôt*, L.C. 1970-71-72, ch. 11; *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, effectuant certains changements et introduisant certaines dispositions dans la législation relatifs ou consécutifs aux modifications apportées à la présente loi*, L.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 169 et 175; Lefebvre, MacGregor et Olsen, *supra* note 20, p. 1885; MacGregor, et al., *supra* note 20, p. 91.

35 Lefebvre, MacGregor et Olsen, *supra* note 20, p. 1883; MacGregor et al., *supra* note 20, p. 91.

36 MacGregor *et al.*, *supra* note 20, p. 90; McMechan et Bourgard, *supra* note 20, p. 22-16.

37 MacGregor *et al.*, *supra*, note 20, pp. 90-91.

38 *Loi sur la Cour fédérale*, L.C. 1970-71-72, ch. 1, art. 24, 27.

39 *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 3.

40 *Débats de la Chambre des communes*, 33e législature, 1re session, vol. 23 (28 juin 1983), 26891, tel que cité dans R. McMechan et G. Bourgard, *supra* note 4, p. 22-19. Voir également à ce sujet MacGregor *et al.*, *supra* note 20, p. 91.

practice, and procedure in the court was delegated to the rules committee. In 1990, the general procedure rules and the informal procedure rules were promulgated⁴¹.

[29] La création de la CCI n'entraîne pas immédiatement le rejet de la juridiction concurrente en première instance avec la Cour fédérale, division de première instance, concernant les appels de cotisations d'impôt⁴². Les décisions de la CCI pouvaient faire l'objet d'un appel à la Cour fédérale de première instance, dont les décisions pouvaient elles-mêmes être portées en appel à la Cour d'appel fédérale. La Cour fédérale ne perdra cette juridiction, tant en première instance qu'en appel, que le 1^{er} janvier 1991 laissant la juridiction exclusive de première instance à la CCI⁴³ en matière d'appel des cotisations d'impôt. Depuis, les décisions de la CCI vont directement en appel à la Cour d'appel fédérale⁴⁴. Finalement, la CCI a obtenu le statut de Cour supérieure d'archives en 2002⁴⁵.

1.2 LA COMPÉTENCE DE LA CCI : DAVANTAGE QUE L'IMPÔT SUR LE REVENU

[30] La CCI est une cour itinérante, bilingue et bijuridique⁴⁶. Les bureaux de la Cour sont situés à Ottawa et les juges doivent résider dans la région de la capitale nationale ou à quarante (40) kilomètres au plus de ses limites⁴⁷. La CCI est composée de 25 juges, dont un juge en chef et un juge en chef adjoint⁴⁸. L'un de ces deux derniers doit avoir été membre du Barreau du Québec⁴⁹. Les juges occupent leur poste à titre inamovible et la limite d'âge pour le maintien en poste est 75 ans⁵⁰.

[31] Le gouverneur en conseil peut autoriser l'affectation d'autres juges au poste de juge suppléant⁵¹ à la CCI ou nommer des avocats comme juges adjoints⁵².

[32] La CCI a compétence exclusive pour entendre les appels de cotisations d'impôt fédéral. Ses pouvoirs incidents lui permettent de décider d'autres questions découlant

41 MacGregor *et al.*, *supra* note 20, p. 92.

42 *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 3. L'hon. A. Garon *et al.*, *supra*, note 15, pp. 136-137. Voir aussi Lefebvre, MacGregor et Olsen, *supra* note 20, p. 1883; MacGregor *et al.*, *supra*, note 20, p. 93.

43 *Loi modifiant la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1988, ch. 61, art. 4; MacGregor *et al.*, *supra* note 20, p. 93; Lefebvre, MacGregor et Olsen, *supra* note 20, p. 1886; *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18 [LCF].

44 Art. 17.3 LCCL; art. 27 de la *Loi sur les cours fédérales*, *supra* note 37.

45 Il s'agissait également d'une des propositions du Rapport Carter. Voir *Loi sur le Service administratif des tribunaux judiciaires*, L.C. 2002, ch. 8; *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. 1985, ch. T-2, art. 3 [LCCL]. Voir aussi : Jacyk, *supra* note 20, p. 666.

46 Site web de la CCI, « La Cour », en ligne : <<https://www.tcc-cci.gc.ca/fr/pages/a-propos/la-cour>> (dernière consultation le 23 août 2023).

47 Art. 6 LCCL.

48 Art. 4 LCCL.

49 Par. 4(4) LCCL.

50 Art. 7 LCCL.

51 Art. 9-10 LCCL.

52 Art. 11.1 LCCL.

de la détermination de la validité des cotisations⁵³. Avant même de devenir une cour supérieure d'archives, elle concluait qu'elle pouvait se prononcer sur des questions qui, bien que ne touchant pas directement à l'impôt, étaient nécessaires au règlement du litige⁵⁴.

[33] La CCI n'entend pas de litige concernant les impôts provinciaux. Au Québec, les contribuables doivent s'adresser à la Cour du Québec pour contester les cotisations d'impôt établies par Revenu Québec⁵⁵. Dans les autres provinces, les contestations d'impôt provincial se font devant le tribunal autorisé par la loi provinciale.

[34] Les bureaux de la Cour sont situés à Ottawa, mais la Cour compte 13 bureaux du greffe à travers le Canada et elle siège dans plus de 59 lieux d'audience au Canada. La Cour siègera dans d'autres lieux d'audience si les circonstances le justifient⁵⁶.

1.2.1 COMPÉTENCE PRINCIPALE : CONTESTATION DES COTISATIONS D'IMPÔT SUR LE REVENU ET DE LA TPS

[35] En vertu de la LIR, les résidents du Canada doivent payer de l'impôt sur toutes leurs sources de revenu et de toute provenance⁵⁷. Le système fiscal canadien s'appuie sur un régime d'auto-cotisation (aussi désigné comme auto-déclaration), c'est-à-dire qu'il appartient au contribuable de produire une déclaration de revenu dans laquelle il estime le montant d'impôt payable pour l'année d'imposition⁵⁸. Le ministre du Revenu national, qui reçoit une déclaration de revenu, a ensuite l'obligation de l'examiner avec diligence et de fixer, par cotisation, le montant de l'impôt des pénalités et des intérêts payables⁵⁹. À cette étape, en plus de fixer l'impôt payable, le ministre doit également déterminer le montant de certains remboursements et de certaines pertes⁶⁰.

[36] Le régime d'auto-déclaration canadien étant fondé sur l'honnêteté des contribuables⁶¹, il a pour corolaire les vastes pouvoirs de vérification que possèdent le ministre⁶². Une nouvelle cotisation pourrait aussi être établie à la suite d'une vérification fiscale pour fixer l'impôt payable d'un contribuable⁶³.

53 *GLP NT Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2003 CanLII 41554 (ON SC).

54 *Roper c. La Reine*, 2000 D.T.C. 2213 (CCI), par. 10 (effets d'une faillite); *Lloyd c. Canada*, 2002 D.T.C. 1493 (CCI), par. 18 (droit de remettre en question la validité d'une opération qui ne serait pas conforme avec les statuts d'une société ou avec la loi provinciale sur les sociétés par actions).

55 Art. 93.1.10 de la *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ c. A-6.002 et art. 40 *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.

56 Site web de la CCI, « Nous trouver », en ligne : <<https://www.tcc-cci.gc.ca/fr/pages/nous-trouver>> (dernière consultation le 23 août 2023).

57 Par. 2(1), (2) et art. 3 LIR. Un non-résident sera également assujéti à l'impôt au Canada, mais sur certaines sources de revenus seulement, voir les par. 2(3) et les art. 114 et 115 de la LIR. La Partie XIII de la LIR peut également s'appliquer à certains paiements à des non-résidents.

58 Par. 150(1) et art. 151 de la LIR.

59 Art. 152 LIR.

60 Par. 152(1) LIR.

61 *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, 1990 1 R.C.S. 627, pp. 636-637.

62 *La Reine c. Jarvis*, 2002 CSC 73 (« Jarvis »), par. 51.

63 Par. 153(3.1) et (4) LIR.

[37] Ce sont ces cotisations qui peuvent éventuellement être contestées à la CCI. Pour ce faire, le contribuable doit préalablement se prévaloir de son droit d'opposition administratif, condition nécessaire pour permettre éventuellement un appel à la CCI⁶⁴. L'opposition est une révision administrative faite par un agent de la division des appels de l'Agence du revenu du Canada qui entend les prétentions du contribuable et décide du bien-fondé de la cotisation. Lorsque la décision rendue à la suite de l'opposition n'est pas à la satisfaction du contribuable, il peut faire appel de cette décision à la CCI pour la faire annuler ou pour faire diminuer le montant d'impôt payable⁶⁵.

[38] La CCI pourra alors statuer sur l'appel comme le prévoit l'article 171 de la LIR :

171.(1) La Cour canadienne de l'impôt peut statuer sur un appel :

- a) en le rejetant ;
- b) en l'admettant et en :
 - (i) annulant la cotisation,
 - (ii) modifiant la cotisation,
 - (iii) déférant la nouvelle cotisation au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation⁶⁶.

[39] L'appel devant la CCI est considéré comme l'équivalent d'un appel *de novo* parce que la Cour examine toute la preuve et tous les arguments présentés devant elle, qu'ils aient ou non été présentés au ministre dans le contexte de l'établissement de la cotisation ou en rendant une décision sur opposition⁶⁷.

[40] Le processus relatif aux cotisations, oppositions et aux appels qui concernent la taxe sur les produits et services (TPS) est similaire⁶⁸. Bien qu'administrée par Revenu Québec, la Partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* fait l'objet d'un appel à la CCI.

[41] La CCI peut également entendre des renvois sur des questions de droit, de fait ou de droit et de fait sur une cotisation ou une détermination que la cotisation soit réelle ou qu'il s'agisse d'un projet de cotisation⁶⁹. La Cour peut également trancher sur des

64 Art. 165 et 169 LIR.

65 Un appel peut être logé à la CCI lorsqu'un contribuable a signifié un avis d'opposition au ministre du Revenu national (a) dans les 90 jours après que le ministre a ratifié (confirmé) la cotisation ou a procédé à une nouvelle cotisation suite à l'opposition du contribuable ou (b) après l'expiration des 90 jours qui suivent la signification de l'avis d'opposition au ministre : par. 169(1) LIR.

66 Art. 171 LIR.

67 Jacyk, *supra* note 20, p. 667. Les redressements demandés au niveau de l'opposition limiteront néanmoins les redressements pouvant être demandé en appel à la CCI dans le cas d'un appel pour une « grande société » (par. 169(2.1) et par. 165(1.11) et (1.13) LIR).

68 La taxe sur les produits et services est prévue par la Partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15. Le droit d'appel concernant les cotisations de taxes est prévu aux articles 306 et suiv.

69 Art. 173 LIR. Les renvois sont régis par la procédure générale : art. 18.31 LCCI.

demandes de prolongation du délai pour faire opposition ou pour faire appel, dans certaines circonstances⁷⁰.

[42] Ainsi, la compétence de la Cour ne concerne pas toutes les questions découlant de l'application de la LIR ou de la *Loi sur la taxe d'accise*. Sa compétence est limitée à la détermination du bien-fondé, en faits et en droit, de la cotisation fiscale établie par le ministre du Revenu du Canada. En revanche, elle n'a pas le pouvoir d'annuler les cotisations sur la base d'un manquement à l'équité procédurale ou d'un abus de pouvoir dans l'exercice du pouvoir de cotiser⁷¹. Les contestations liées à l'exécution des pouvoirs de vérification du ministre de même que le contrôle judiciaire des pouvoirs discrétionnaires du ministre devront être plutôt dirigés à la Cour fédérale.

1.2.2 AUTRES DOMAINES DE COMPÉTENCE

[43] La compétence de la CCI dépasse tout de même les seuls appels de cotisations établies conformément à la LIR ou concernant la TPS. Néanmoins, c'est la presque totalité des appels logés à la CCI qui concerne ce type d'appel⁷². Malgré tout, la Cour a compétence exclusive pour entendre les renvois et les appels portés devant elle sur les questions découlant de l'application des lois suivantes, dans la mesure où elles prévoient un tel droit d'appel⁷³ :

- un appel concernant la détermination du revenu pour les fins d'application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*⁷⁴;
- les appels concernant la fixation de la valeur marchande d'un bien aliéné de façon irrévocable en faveur d'un établissement ou d'une administration désignés dans le cadre de la *Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*⁷⁵;

70 Art. 166.2 et 167 LIR. La Cour détient d'autres pouvoirs très précis en vertu de la LIR tel que d'entendre une demande concernant le report de la suspension du pouvoir d'émettre des reçus par un organisme de bienfaisance enregistré (par. 188.2(4) LIR et par. 12(5) LCCI). Ces compétences particulières ne seront pas considérées dans le présent article puisqu'elles représentent un nombre de litiges négligeables.

71 Cette impossibilité pour la CCI d'annuler la cotisation pour ces motifs n'a pas pour effet d'accorder ce pouvoir par voie de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. La Cour fédérale sera empêchée d'entendre le recours s'il existe un recours approprié et efficace ailleurs. Dans une telle situation d'atteinte à une règle d'équité ou d'autres conduites fautives du ministre, l'appel prévu à la CCI représente généralement un recours approprié et efficace pour remédier au non-respect des principes d'équité procédurale puisqu'elle entendra de nouveau l'appel avec la possibilité de faire entendre toute la preuve pertinente. À ce sujet voir : *AG of Canada c. Iris Technologies inc.*, 2022 FCA 101, par. 99-11 (l'appel à la Cour suprême du Canada a été entendue le 9 novembre 2023); *The Queen c. Dow Chemical Canada ULC*, 2022 FCA 70 (l'appel à la Cour suprême du Canada a été entendue le 9 novembre 2023); *Canada (Ministre du Revenu national) c. JP Morgan Asset Management (Canada) inc.*, 2013 CAF 250, par. 83-85; *Ereiser c. Canada*, 2013 CAF 20, par. 38, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2013] SCCA no 167 [Ereiser]; *Canada c. Roitman*, 2006 CAF 266, par. 20-21, autorisation de pourvoi à la CSC refusée ([2006] SCCA n° 353); *Main Rehabilitation Co c Canada*, 2004 CAF 403, au par. 7, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2005] SCCA n° 37 ; *JP Morgan*, supra note 70, par. 85.

72 Selon les données fournies par la CCI, au 1er octobre 2021, l'inventaire de la Cour était composé de 10 531 dossiers qui concernaient l'impôt sur le revenu et la TPS sur un total de 11 363 dossiers. Cela représente près de 93 % des dossiers de la CCI.

73 Par. 12(1) et 12(2) de la LCCI. Les renvois sont prévus au par. (3) de ce même article tandis que les questions liées aux prorogations des délais au par. (4).

74 Le droit d'appel est prévu au par. 28(2) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, LRC 1985, c. O-9.

75 Le droit d'appel à la CCI est prévu aux articles 33.1 et suiv. de la *Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*, LRC 1985, c. C-51.

- les appels de cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*⁷⁶;
- un appel concernant la détermination du revenu pour les fins d'application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*⁷⁷;
- des appels relatifs à certaines cotisations de perception prévues à la *Loi sur les douanes*⁷⁸;
- les appels de certaines décisions rendues en vertu de la *Loi sur l'assurance emploi*⁷⁹;
- les appels de cotisations rendues conformément à la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transports aérien*⁸⁰;
- les appels de cotisations établies en vertu de la *Loi de 2001 sur l'accise*⁸¹;
- les appels de cotisations établies en vertu de la *Loi de 2006 sur les droits d'exportation de produits de bois d'œuvre*⁸²;
- les appels de cotisations établies en vertu de la *Loi sur les restrictions applicables aux promoteurs du crédit d'impôt pour personnes handicapées*⁸³;
- les appels des cotisations fixant les redevances en vertu de la Partie I (redevances sur les combustibles) de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* (la taxe carbone)⁸⁴;

76 Pour le droit d'appel, voir l'article 22 de la *Loi de l'impôt sur le revenu pétrolier*, LRC 1985, c. P-12.

77 Le droit d'appel est prévu au par. 28(2) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, LRC 1985, c. O-9.

78 Le droit d'appel est prévu à l'article 97.49 de la *Loi sur les douanes*, LRC 1986, c.1 (2e suppl). Il s'applique aux décisions prises en vertu des articles 97.28 et 97.29 de cette loi. Voir aussi l'art. 97.58.

79 Voir les articles 90 à 92, 103 et 104 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, *supra* note 1. Les décisions qui peuvent faire l'objet d'un appel concernent, le fait qu'un emploi est assurable; la détermination de la durée d'un emploi assurable, y compris ses dates de début et de fin; la détermination de la rémunération assurable; la détermination du nombre d'heures exercées dans le cadre d'un emploi assurable; l'existence de l'obligation de verser une cotisation; la détermination du montant des cotisations à verser; l'identité de l'employeur d'un assuré; le fait qu'un employeur est un employeur associé; le montant du remboursement prévu à l'un ou l'autre des paragraphe 96(4) à (10) (voir art. 90, 91 et 103 de cette loi.

80 Voir les articles 50-52 de la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transports aérien*, L.C. 2002, ch. 9, art. 5.

81 Voir l'art. 198 de la *Loi de 2001 sur l'accise*, L.C., 2002, ch. 22.

82 Voir l'art. 57 de la *Loi de 2006 sur les droits d'exportation de produits de bois d'œuvre*, L.C. 2006 ch. 13.

83 Voir l'art. 10 de la *Loi sur les restrictions applicables aux promoteurs du crédit d'impôt pour personnes handicapées*, L.C. 2014, ch. 7

84 Voir les articles 108 et 116 de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, LC 2018, c. 12, art. 186

- les appels de certaines décisions rendues dans le cadre du régime de pensions du Canada⁸⁵;
- les appels portés devant elle sur les questions découlant de l'application de la *Loi sur les allocations aux anciens combattants*⁸⁶ et de la *Loi sur les prestations de guerre pour les civils*⁸⁷ et visées à l'article 33 de la *Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)*⁸⁸.

[44] La plupart de ces lois offrent la faculté de renvoyer des questions de droit à la CCI⁸⁹. La Cour a également compétence pour trancher les demandes de prolongation de délais concernant les droits d'opposition et d'appels sur ces questions⁹⁰.

[45] La Cour est également compétente pour connaître de tout outrage commis au cours de ses audiences ou en dehors de celles-ci⁹¹.

1.3 PROCÉDURE ET PREUVE : UNE APPROCHE QUI PEUT ÊTRE INFORMELLE

[46] Les règles concernant la pratique et la procédure devant la Cour sont établies par le comité des règles⁹². Il existe plusieurs régimes de règles applicables selon le type de dossiers qui est entendu par la CCI⁹³. Nous concentrons notre article sur les deux types de procédures les plus généralement utilisées à la CCI : la procédure générale et la procédure informelle. Les audiences de dossiers utilisant la procédure informelle sont souvent comparées à celles de la Cour des petites créances, puisque les causes qui y sont entendues sont de moindre valeur monétaire et que les procédures et les règles de preuve sont assouplies.

85 Voir les art. 26.1, 27 et 28 du *Régime de pensions du Canada*, LRC 1985, c. C-8. Ces décisions concernent par exemple : le fait qu'un emploi est un emploi ouvrant ou non droit à pension; la détermination de la durée d'un emploi, y compris ses dates de début et de fin; la détermination du montant des gains obtenus au titre d'un emploi ouvrant droit à pension; l'obligation ou non de verser une cotisation; la détermination du montant des cotisations à verser; l'identité de l'employeur d'un employé qui occupe un emploi ouvrant droit à pension.

86 L.R.C. 1985, ch. W-3 et par. 12(2) LCCI.

87 L.R.C. 1985, ch. C-31 et par. 12(2) LCCI.

88 L.C. 1995, ch. 18 et par. 12(2) LCCI.

89 Voir par exemple : art. 97.58 de la *Loi sur les douanes*, supra note 77; art. 204 ou 205 de la *Loi de 2001 sur l'accise*, supra note 80; art. 310 et 311 *Loi sur la taxe d'accise*, supra note 76; art. 121 et 122 de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, supra note 83; art. 173 et 174 LIR; art. 62 et 63 de la *Loi de 2006 sur les droits d'exportation de produits de bois d'œuvre*, supra note 81.

90 Par. 12(4) de la LCCI.

91 Art. 13 LCCI.

92 Art. 20 LCCI.

93 Les règles de procédures suivantes s'appliquent à la CCI : Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688a ci-après « RCCI-PG »; Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure informelle), DORS/90-688b ci-après « RCCI-PI »; Règles de pratique et de procédure de la Cour canadienne de l'impôt concernant les appels interjetés en vertu de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise (procédure informelle)*, DORS/92-42; Règles de procédure de la Cour canadienne de l'impôt à l'égard de la *Loi de 2001 sur l'accise (procédure informelle)*, DORS2004-102; Règles de la Cour canadienne de l'impôt à l'égard de la *Loi sur l'assurance-emploi*, DORS/90-690; Règles de procédure de la Cour canadienne de l'impôt à l'égard de la *Loi sur les douanes (procédure informelle)*, DORS/2004-99; Règles de procédure de la Cour canadienne de l'impôt à l'égard du Régime de pensions du Canada, DORS/90-689.

1.3 PROCÉDURE GÉNÉRALE

[47] La procédure générale est la procédure par défaut en appel des cotisations fiscales⁹⁴. Cette procédure est plus rigide et compte plus d'étapes préalables à l'audition que pour la procédure informelle. En procédure générale, une personne physique peut se représenter seule ou être représentée par un avocat⁹⁵. Une société par actions doit normalement être représentée par avocat, sauf avec l'autorisation de la Cour⁹⁶.

[48] L'instance s'introduit par un « Avis d'appel »⁹⁷. Contrairement à l'Avis d'appel déposé en procédure informelle dont le contenu reste flexible, celui déposé en procédure générale doit être conforme aux exigences de la formule 21(1)a) des Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)⁹⁸. Une fois l'avis d'appel déposé et signifié, le procureur général du Canada produit, dans les soixante jours, une « réponse à l'avis d'appel ». Cette procédure doit énumérer de manière spécifique les faits qui ont servi à établir ou à confirmer la cotisation en litige puisque ceux-ci sont alors réputés avérés⁹⁹. Il incombe ensuite à l'appelant de les réfuter en présentant une preuve qui convainc le juge selon la prépondérance des probabilités. L'appelant a ensuite la possibilité de répliquer à la réponse à l'avis d'appel.

[49] Si la cause n'a pas été inscrite dans les 60 jours de la réponse à l'avis d'appel, une audience sur l'état de l'instance peut être planifiée pour déterminer des délais pour les étapes ultérieures telles que l'échange des listes de documents, la tenue des interrogatoires au préalable, le délai pour répondre aux engagements pour donner suite aux interrogatoires et le moment où les parties devront convenir d'une date d'audition avec la Cour.

[50] Ainsi, une fois les procédures transmises les parties s'échangeront une « liste de documents », soit la liste des documents pouvant être présentés en preuve lors du procès¹⁰⁰. Généralement seuls les documents énumérés dans la liste, mentionnés dans une procédure ou échangés dans le cadre des interrogatoires préalables peuvent être

94 Art. 17 et 18 LCCI.

95 Art. 17.1 LCCI; art. 30 RCCI-PG.

96 Art. 17.1 LCCI; art. 30 RCCI-PG.

97 Art. 17.2 LCCI. L'avis d'appel doit se conformer aux formules 21(1)a), d), e) ou f) des RCCI-PG: voir art. 48 RCCI-PG.

98 Cette formule exige que l'avis d'appel contiennent les éléments suivants : le nom et l'adresse du contribuable; les cotisations visées par l'appel y compris l'année visée et la date de ces cotisations; les faits pertinents à l'appel; les points en litige; les dispositions législatives sur lesquelles l'appel est fondé; les moyens sur lesquels l'appelant entend se fonder; les conclusions recherchées; la date de l'avis.

99 Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (ministre des Finances), 2006 CSC 20; Hickman Motors Ltd. c. Canada, 1997 2 RCS 336; Canada c. Anchor Pointe Energy Ltée, 2003 CAF 294, par. 2 et 23; Canada c. Loewen, 2004 CAF 146, par. 8; Canada c. Anchor Pointe Energy Ltd., 2007 CAF 188; Voitures Orly Inc. c. Canada, 2005 CAF 425.

100 Art. 81 et 82, Règles ITG. Généralement les parties procèdent en établissant une liste des documents qui pourraient être déposés en preuve. Il s'agit de la communication partielle. Il est possible d'opter pour une communication intégrale, si les parties en conviennent ou si la Cour l'ordonne. Dans cette situation, les parties doivent communiquer tous les documents qui sont ou ont été en leur possession, le contrôle ou sous la garde de cette partie qui sont pertinents à toute question en litige entre les parties à l'appel (art. 82).

déposés en preuve lors de l'audition. Des exceptions existent, par exemple, lorsqu'un témoin les dépose en preuve et qu'il n'est pas sous le contrôle de la partie¹⁰¹.

[51] Les règles en procédure générale prévoient également la tenue d'interrogatoires préalables, avant l'inscription de l'appel au rôle. Toutefois, les interrogatoires préalables sont généralement réservés aux appels qui impliquent un montant en jeu de plus de 50 000 \$ (ou 100 000 \$ de perte)¹⁰².

[52] La Cour peut également ordonner la tenue d'une conférence sur la gestion de l'instance pour établir un échéancier pour le déroulement d'un appel ou d'un groupe d'appels. Elle peut également fixer une conférence pour examiner la possibilité de régler la totalité ou une partie des questions en litige.

[53] Lors de l'audition de la cause en procédure générale, les règles de preuve s'appliquent, c'est-à-dire la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁰³ ainsi que les règles de la Cour avec, à titre supplétif au Québec, le *Code de procédure civile* et le *Code civil*¹⁰⁴. Les dépens peuvent être adjugés à la Couronne ou contre elle¹⁰⁵.

1.3.2 PROCÉDURE INFORMELLE

[54] La procédure générale s'applique par défaut à un appel logé à la CCI. En revanche, un contribuable qui en fait la demande dans son avis d'appel ou ultérieurement peut choisir d'utiliser la procédure informelle si le total de tous les montants en cause pour une année d'imposition (excluant les intérêts) est égal ou inférieur à 25 000 \$ ou si le montant de la détermination d'une perte¹⁰⁶ est égal ou inférieur à 50 000 \$¹⁰⁷. Un contribuable peut également opter pour la procédure informelle si les montants en cause dépassent 25 000 \$ mais qu'il choisit de limiter la portée de son appel à 25 000 \$¹⁰⁸.

[55] En procédure informelle, le contribuable peut choisir de se représenter lui-même, d'être représenté par un avocat ou d'être représenté par toute autre personne¹⁰⁹. Il peut commencer une instance à la Cour par le dépôt d'un avis d'appel, l'acte introductif d'instance, qui contiendra un exposé sommaire des faits et moyens et par l'acquiescement des droits¹¹⁰. L'avis d'appel n'est assujéti, en procédure informelle, à

101 Art. 89, Règles ITG.

102 Art. 17.3 LCCI.

103 *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5.

104 *Victoriaville (Commission scolaire) c. La Reine*, 2002 G.S.T.C. 49 (CCI).

105 Art. 147 RCCI-PG.

106 Le ministre doit déterminer le montant de certaines pertes et remboursements selon le paragraphe 152(1.1) de la LIR.

107 Art. 18 LCCI. D'autres circonstances donnent ouverture à la procédure informelle telles que la détermination des intérêts en vertu de la LIR ou la validité d'une suspension du droit d'émettre des reçus prévu au par. 188.2(2) LIR. Voir aussi : art. 17 RCCI-PI.

108 Par. 18.12(2) et 18.13(2) LCCI. Voir aussi : art. 17 RCCI-PI.

109 Art. 18.14 LCCI.

110 Art. 18.15(1) LCCI.

aucune exigence particulière de forme¹¹¹. Le formulaire d'avis d'appel proposé par les Règles de la Cour indique que celui-ci doit énoncer les motifs de l'appel et les faits pertinents qui fondent l'appel¹¹².

[56] Après le dépôt de l'avis d'appel, le ministre du Revenu national dispose ensuite de soixante (60) jours pour répondre à l'avis d'appel, ou plus avec le consentement de l'appelant ou la permission de la Cour¹¹³. La *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* prévoit que la prochaine étape est la fixation d'une date d'audition par la Cour. Cette date ne peut être ultérieure au 180^e jour suivant la date à laquelle le ministre du Revenu national est tenu de déposer la réponse à l'avis d'appel¹¹⁴. La Loi prévoit toutefois qu'il peut être parfois irréaliste de fixer une audition dans ce délai et qu'alors, le délai ne devrait pas excéder le 365^e jour suivant cette date. Dans des cas exceptionnels, la Cour peut fixer l'audition à un moment ultérieur¹¹⁵. Ces situations se produisent parfois lorsque le contribuable habite une région éloignée où la Cour ne siège pas régulièrement. La Cour évite également de siéger dans des zones plus difficiles d'accès durant la période hivernale, pour éviter une remise des auditions à cause des conditions liées au transport¹¹⁶.

[57] Dans le cadre de l'audition, le juge n'est pas lié par les règles de preuve. Les appels sont entendus de manière informelle et le plus rapidement possible, « dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent »¹¹⁷. Dans la détermination de l'admissibilité de la preuve en procédure informelle, « la question prépondérante consiste à déterminer si la démarche du juge était juste »¹¹⁸.

[58] Enfin, sauf dans des cas exceptionnels, la Cour doit rendre les jugements en procédure informelle dans les 90 jours suivant la fin de l'audition¹¹⁹. Les motifs du jugement peuvent être oraux ou par écrit¹²⁰. Ces décisions, en principe, ne constituent pas des précédents jurisprudentiels, mais conservent tout de même en pratique une

111 Art. 18.15(1) LCCI.

112 Annexe 4 RCCI-PI.

113 Art. 18.16 LCCI.

114 Art. 18.17 LCCI.

115 Par. 18.17(1.1) LCCI.

116 Il s'agit d'une pratique de la Cour puisque celle-ci peut siéger à toute époque de l'année, en tout lieu du pays selon l'article 24 LCCI.

117 Par. 18.15(3) LCCI.

118 *Acanac inc. c. Canada (ministre du Revenu national)*, 2014 CAF 248. Voir aussi : *NCJ Educational Services Ltd. c. M.R.N.*, 2009 CAF 131, par. 38.

119 Art. 18.22 LCCI.

120 Art. 18.23 LCCI.

certainne force persuasive¹²¹. Les dépens ne peuvent pas être alloués au ministre du Revenu national à moins que les actions de l'appelant aient retardé indûment le règlement prompt et efficace de l'appel¹²².

[59] Un jugement rendu par la CCI peut faire l'objet d'un appel à la Cour d'appel fédérale¹²³. Lorsque le ministre porte en appel une décision rendue en procédure informelle, les frais pour le contribuable relatifs à cet appel sont payés par Sa Majesté du chef du Canada¹²⁴.

2. QU'EST-CE QUE L'ACCÈS À LA JUSTICE ?

[60] Le présent article s'intéresse à la CCI comme vecteur d'accès à la justice pour les contribuables. Une analyse qui s'arrêterait aux obstacles ou aux allègements procéduraux n'offrirait qu'une vision partielle de la situation réelle d'accès à la justice liée à l'impôt, la privant de son contexte particulier. La LIR est parmi les lois les plus complexes au Canada et elle touche un nombre important de contribuables qui sont personnellement tenus d'estimer le montant d'impôt qu'ils doivent payer annuellement¹²⁵. L'approche utilisée pour réfléchir à l'accès à la justice devra donc permettre de tenir compte de ce contexte.

[61] S'il n'existe pas une seule façon de concevoir l'accès à la justice, un courant s'est développé aux cours des dernières années cherchant à définir ce concept au-delà de

121 Art. 18.28 LCCI. Cet extrait d'un article résume assez bien l'état des choses sur la valeur des jugements de procédure informelle : « Although judgments rendered under the informal procedure are not binding on the court, they may nonetheless have persuasive value. In *Mourtzis v. The Queen*, Bowman J commented as follows : "I regard [section 18.28 of the Tax Court of Canada Act] as being of very limited application. I am prepared to accept it insofar as it means nothing more than this: If I do not choose to follow the decision of one of my brethren in an informal procedure, I am not bound by the strict rules of *stare decisis*. If that section is interpreted to mean that counsel is not entitled to refer to informal procedure cases or that I am not permitted to cite them or follow them if I choose to do so, then I regard that as a most unreasonable interpretation of the Act and, indeed, I would regard it as an unwarranted attempt by Parliament to interfere with my judicial independence and with the independence of the bar in this country to refer to such authorities if they see fit to refer to them" ». MacGregor et al., *supra* note 20, p. 97.

122 Art. 10 RCCI-PI.

123 Art. 18.24 LCCI. Il a été suggéré à l'auteur du présent texte que les par. 27(1.2) et (1.3) constituaient une limitation au droit d'appel des décisions en procédures informelles. Ce paragraphe limite les appels à l'un des motifs suivants : « **1.3** L'appel ne peut être interjeté aux termes du paragraphe (1.2) que pour l'un des motifs suivants : **a)** la Cour canadienne de l'impôt a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer; **b)** elle n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'elle était légalement tenue de respecter; **c)** elle a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier; **d)** elle a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle dispose; **e)** elle a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages; **f)** elle a agi de toute autre façon contraire à la loi.

Mis à part les décisions interlocutoires, dont l'appel est effectivement limité, les motifs d'appel énumérés au par. 27(1.3) LCF ne constituent pas, en pratique, une limitation au droit d'appel des jugements finaux en procédure informelle puisque ce paragraphe reprend les motifs d'appel « ordinaires » devant un tribunal d'appel soit l'erreur de droit, de faits, ou mixte, un défaut d'observation des règles d'équité procédurale. De plus, la jurisprudence appuie, de façon constante, l'interprétation que la norme de contrôle en procédure informelle sera identique à celle en procédure générale. Voir : *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215; *Loving Home Care Services Ltd. c. Canada (M.R.N.)*, 2015 CAF 68; *Tolhoek c. La Reine*, 2008 CAF 128; *Zsoldos c. La Reine*, 2004 CAF 338, au par. 12 « Maintenant que les décisions rendues suivant la procédure informelle peuvent faire l'objet d'un appel en vertu des paragraphes 27(1.2) à (1.4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, et ses modifications, tout motif éventuel permettant de justifier l'application de normes de contrôle différentes a disparu ».

124 Art. 18.25 LCCI.

125 Art. 151 LIR.

l'accès au système judiciaire (avocat, tribunaux)¹²⁶. L'accès à la justice a donc évolué vers une approche centrée vers les personnes :

Cette approche centrée sur l'expérience du citoyen a pour principale caractéristique qu'elle examine « la vaste gamme de problèmes juridiques rencontrés par le public » et « pas seulement ceux qui sont jugés par les tribunaux ». En d'autres termes, au lieu d'être centré sur les questions liées au système de justice formelle (tribunaux, avocats et juges), l'accès à la justice est axé sur les perspectives de l'utilisateur du système de justice et les problèmes juridiques quotidiens vécus¹²⁷.

[62] Nous préconisons donc une approche plus large que celle centrée sur les obstacles à l'accès aux tribunaux pour réfléchir à l'accès à la justice dans le contexte de la CCI. Notre étude comporte ainsi deux piliers : l'accès à la justice formelle et l'accès à la justice substantielle, en se plaçant du point de vue des personnes, que ce soit l'expérience citoyenne ou celle du juge.

[63] L'accès à la justice formelle réfère à la capacité des personnes d'accéder au système judiciaire, soit d'avoir accès à un tribunal ou d'obtenir des services légaux, d'une façon raisonnable et efficace¹²⁸. L'analyse de l'accès à la justice formelle s'intéresse aux conditions d'accès au système judiciaire, aux procédures des tribunaux, aux frais et à la disponibilité des avocats¹²⁹.

[64] La justice substantielle s'intéresse à la possibilité pour une personne d'accéder à la justice dans sa substance, dans le sens d'accès à la justice sociale¹³⁰. Cette capacité d'accéder à la justice sans nécessairement le faire par l'intermédiaire des institutions formelles était aussi l'approche défendue par le professeur Roderick MacDonald :

MacDonald, for example, has argued that focussing on access to formal legal machinery has the effect of treating justice like a commodity that can be achieved by removing 'interface obstacles'. MacDonald maintains that access to justice problems must be approached holistically with a view to achieving social justice and not merely access to law¹³¹

[65] Christine Parker réfère à ce type de justice comme « ces arrangements par lesquels les gens peuvent (avec succès) faire des réclamations contre les individus et les institutions afin de faire progresser les idéaux partagés de la vie sociale et politique »¹³². Micah B. Rankin quant à lui lie le concept de justice substantielle à la

126 Jean-François Roberge, « L'accès à la justice au 21^e siècle : vers une approche empirique et plurielle », (2020) 54 *RJTUM* 487, p. 497.

127 Jean-François Roberge, *Prévention et règlement des différends (PRD) – Conseiller et négociateur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 10; Roberge, *supra* note 115, pp. 497-498.

128 Traduction libre de Micah B. Rankin, « Access to Justice and the Institutional Limits of Independent Courts », (2012) 30:1 *Windsor YB Access Just* 101-138, p. 104.

129 Rankin, *supra* note 117, p. 104.

130 Rankin, *supra* note 117, pp. 104-105.

131 Rankin, *supra* note 117, p. 105.

132 Christine Parker, *Just Lawyers. Regulation and Access to Justice*, Oxford University Press, 1999, p. 43, telle que traduite dans Roberge, *supra* note 116, p. 11.

tendance de la recherche d'un accès à la justice centré sur les besoins des personnes, tendance qui est également reconnue par Jean-François Roberge¹³³. Pour lui, cette approche préconisera des réformes du droit, des formes alternatives de résolution des différends et la reconnaissance des barrières à l'accès à la justice qui peuvent être culturelles ou linguistiques¹³⁴.

[66] C'est en gardant en tête cette approche élargie que nous étudierons les questions d'accès à la justice en lien avec la CCI, mais plus largement au regard du régime fiscal canadien.

3. L'ACCÈS FORMEL À LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

[67] L'histoire de la CCI atteste de son engagement de longue date en faveur de l'accès à la justice. La création de la Commission de révision de l'impôt et de la CCI avait pour objectif principal de rendre le processus de contestation des cotisations fiscales plus accessible, abordable et rapide pour les contribuables. L'idée était de réduire au maximum les obstacles à l'accès à ce tribunal, compte tenu du fait que le domaine du droit fiscal concerne l'ensemble des contribuables canadiens. Dès ses débuts, la CCI a donc adopté une approche axée sur l'accès formel à la justice en mettant en place des procédures simplifiées et accessibles. Dans cette section, nous explorerons ces mesures plus en détail.

3.1 ACCÈS GÉOGRAPHIQUE

[68] Comme nous l'avons précédemment mentionné, la CCI est un tribunal itinérant. Bien que ses bureaux et juges soient basés à Ottawa, la Cour tient des audiences dans 59 endroits à travers le Canada, et sur demande, dans d'autres villes canadiennes. Ce processus implique le déplacement des juges et des greffiers-audienciers pour des semaines d'audiences qui durent généralement quatre jours.

[69] La Cour dispose de bureaux de greffe dans 13 villes à travers le pays. Par exemple, au Québec, les bureaux et les salles d'audience de la Cour se trouvent à Montréal et à Québec. En dehors de ces grandes villes, la Cour tient des audiences dans des endroits tels que Sherbrooke, Trois-Rivières, Chicoutimi, Baie-Comeau, Sept-Îles, Rimouski, Percé, New Carlisle, Wabush, Rouyn-Noranda et Val d'Or. Bien que la plupart des audiences se déroulent de nos jours dans des salles d'audience louées dans les palais de justice provinciaux, il est à noter que dans certaines régions moins densément peuplées, les audiences ont eu lieu dans des hôtels ou même dans des sous-sols d'église. Un exemple célèbre est l'allocution de feu l'honorable juge en chef Garon, qui a souvent marqué les esprits :

[O]ne of the priorities for the Tax Court of Canada is that it be accessible to all Canadians. As evidence in support of this statement, the court currently sits in 68 Canadian cities. The court sits in all kinds of places: courthouses (of course), hotels, conference rooms, rectories, etc. The court has even

133 Rankin, *supra* note 117, p. 105.

134 Rankin, *supra* note 117, p. 105.

sat in a taxpayer's kitchen when the taxpayer could not otherwise attend the hearing¹³⁵.

[70] Il convient de noter que la Cour a depuis réduit le nombre d'endroits d'audience, privilégiant les palais de justice pour des raisons d'efficacité et de sécurité pour les juges et les avocats. Cependant, cela ne signifie pas que l'accès géographique est devenu plus limité : la Cour est prête à siéger dans d'autres endroits lorsque les circonstances le justifient.

[71] Cet effort visant à se rapprocher des contribuables est louable, afin de ne pas dissuader la contestation des cotisations fiscales en raison de déplacements chronophages et coûteux. Néanmoins, la CCI reste globalement moins accessible sur le plan géographique que la Cour du Québec ou d'autres tribunaux provinciaux. Bien que des lieux d'audience plus informels puissent être rassurants pour un contribuable, ils peuvent également susciter l'impression de ne pas être devant un tribunal authentique ou un véritable juge.

3.2 ACCÈS PROCÉDURAL

[72] L'accès procédural commence bien avant qu'un appel ne soit logé à la CCI. La première étape d'une contestation administrative consiste à déposer une opposition administrative auprès de l'Agence du revenu du Canada¹³⁶. Pour ce faire, le contribuable doit soumettre un avis d'opposition aux autorités fiscales, exposant les faits pertinents et les motifs de son opposition. Par la suite, l'ARC examine la cotisation avec diligence et peut décider de l'annuler, de la modifier ou de la ratifier (maintenir). Les autorités fiscales informent ensuite le contribuable de leur décision par écrit¹³⁷.

[73] Ce n'est que lorsque la décision rendue au niveau de l'opposition administrative ne satisfait pas le contribuable que le processus judiciaire peut être engagé¹³⁸. À ce stade, les mesures mises en place par la CCI pour favoriser l'accès à la justice revêtent une importance particulière. Les règles simplifiées et flexibles de la procédure informelle réduisent les étapes du processus judiciaire à l'échange des procédures introductives et des réponses, permettant ensuite de passer directement à l'audience de l'appel. Selon la Cour : « la procédure informelle vise à réduire le nombre des étapes du processus d'appel et à les simplifier »¹³⁹. Chacune de ces étapes se déroule normalement de manière relativement rapide. L'objectif des règles de la procédure informelle est de créer une procédure flexible, efficace et rapide¹⁴⁰.

135 MacGregor et al., *supra* note 20, p. 96.

136 Art. 165 LIR. L'opposition doit être logée 90 jours suivant la date de l'avis de cotisation ou en tout temps dans l'année qui suit la date d'échéance de la production de la déclaration de revenu.

137 Par. 165(3) LIR.

138 Art. 169 LIR.

139 Site web de la CCI, en ligne : <<https://www.tcc-cci.gc.ca/fr/pages/commencer>>.

140 MacGregor et al., *supra* note 20, p. 95.

[74] Cependant, comme l'a souligné un auteur, même si les juges sont conscients et formés pour gérer des procès impliquant des contribuables non représentés, la situation n'est pas idéale, ni pour le contribuable ni pour le juge :

All is not well with the informal procedure, however, particularly in the case of self-represented litigants. While some Tax Court judges might sometimes go the « extra mile » for the taxpayer during such proceedings, at other times it seems the taxpayer is simply at a disadvantage from the moment the hearing begins. This is often attributable to the self-represented litigant's lack of knowledge about the issues, his failure to bring documentary evidence or witnesses to support his case, or his general ignorance about the informal procedure. Not infrequently, the taxpayer's lack of understanding of Tax Court procedures and his evidential burden is illustrated by requests to the judge to deviate from the strict wording of the taxing statutes in favour of arguments based on the inequity of the taxpayer's situation¹⁴¹.

[75] D'ailleurs, les juges doivent mettre des limites lorsque les contribuables non représentés ne maîtrisent pas les exigences de l'audition. C'était la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans *Wagg c. Canada*¹⁴² :

24. La décision de se représenter soi-même n'est pas irrévocable, et elle n'est pas sans importance non plus. Ceux qui entreprennent de se représenter eux-mêmes dans des affaires aussi complexes que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou la *Loi sur la taxe d'accise* doivent s'arranger pour être prêts à se faire entendre quand leur appel est sur le point d'être plaidé. S'ils se lancent eux-mêmes dans l'instruction de leur appel, ils font savoir à la Cour qu'ils comprennent la matière suffisamment pour pouvoir aller de l'avant. Il se peut que plus tard il devienne manifestement évident qu'ils ne le sont pas et, dans un tel cas, le juge du procès doit s'en remettre à des considérations d'équité, à la fois pour l'appelant et pour l'intimé. Cependant, lorsqu'un appelant est tout simplement incertain de sa position, comme c'était le cas ici, l'impératif d'équité peut être accompli par l'octroi d'un délai de réflexion.

25. En d'autres termes, les plaideurs qui choisissent de se représenter eux-mêmes doivent accepter les conséquences de leur choix :

[TRADUCTION]

(paragraphe 16) La Cour tiendra donc compte du manque d'expérience et de formation du plaideur, mais ce plaideur doit également comprendre que, dans la décision qu'il a prise de se représenter lui-même, il y a aussi la volonté d'accepter les conséquences qui peuvent découler de son manque d'expérience ou de formation.

(*Lieb v. Smith*, [1994] N.J. n° 199)

141 Andre Gallant, « The Tax Court's Informal Procedure and Self-Represented Litigants: Problems and Solutions », (2005) 53:2 *Can Tax J* 333, p. 335.

142 *Wagg c. Canada*, 2003 CAF 303.

26. Les nécessités administratives du système judiciaire ne sauraient faire obstacle à une audience équitable, mais elles ne sont pas des considérations hors de propos lorsque vient le temps de décider ce qui est raisonnable eu égard aux circonstances. Il n'est pas dans l'intérêt de la justice que les juges soient inactifs et que les salles d'audience soient vides afin que les plaideurs puissent faire ce qu'ils étaient tenus de faire avant que leur cause ne soit appelée. Il ne peut en résulter que des délais dans la liquidation des affaires dont les tribunaux sont saisis, outre que les autres plaideurs doivent attendre encore davantage l'audition de leurs causes et que les coûts de fonctionnement du système judiciaire s'accroissent¹⁴³.

[76] La procédure informelle permet également au juge de faire preuve de souplesse en renonçant à certaines règles de preuve¹⁴⁴ lorsque cela est nécessaire pour permettre au contribuable non représenté de présenter sa preuve de la manière la plus efficace possible. Cette règle n'aurait pas toujours été appliquée de manière uniforme au fil des années¹⁴⁵.

[77] Si les règles de procédure informelle sont relativement simples, les règles en procédure générale s'éloignent considérablement de celles applicables devant les tribunaux québécois. Cela nécessite que les juristes moins familiers avec le litige fiscal investissent du temps pour comprendre ces règles.

[78] Il existe deux types de pouvoirs exercés par l'administration fiscale : les pouvoirs discrétionnaires et les pouvoirs liés de cotisation et de recouvrement. Cette distinction entre les deux types de pouvoirs est clairement expliquée dans cet extrait :

En règle générale, les pouvoirs qu'exerce l'administration fiscale dans ses relations avec les contribuables sont de deux ordres : les pouvoirs discrétionnaires et les pouvoirs liés de cotisation et de recouvrement.

Le pouvoir discrétionnaire est dicté par une règle de droit, mais confère une liberté d'agir à l'autorité administrative. Il permet à celle-ci d'adopter la décision qu'elle juge la meilleure parmi diverses possibilités en se conformant à la loi. De manière générale, un pouvoir discrétionnaire sera conféré par la loi à une autorité administrative en utilisant le terme « peut » ou l'expression « peut à sa discrétion » ou « s'il estime opportun ».

En revanche, un pouvoir est dit « lié » lorsque la conduite de l'autorité administrative est dictée d'avance par la loi ou un règlement, sans possibilité d'exercer un choix entre diverses solutions¹⁴⁶.

143 *Wagg*, *supra* note 131, par. 24 à 26. Voir aussi : *Gallant*, *supra* note 130, p. 342; *Dionne c. Canada*, 2003 FCA 451; *Sincère c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 103, par. 7 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême refusée : 2005 C.S.C.R. (Quicklaw) no 241; *Kumar c. Canada*, 2005 CAF 32, par. 6.

144 Art. 18.15(3) LCCL.

145 *Gallant*, *supra* note 130, p. 345.

146 Amélie AUBUT-GERVAIS, « Quels sont les recours du contribuable à l'encontre des excès de l'administration fiscale dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires ? », (2014), 34(4) *RPF* 635-692, p. 639.

[79] Ainsi, un autre problème lié à la procédure découle du partage de la compétence entre la CCI et la Cour fédérale. Outre les questions de recouvrement, dont la plupart relèvent de la compétence de la Cour fédérale ou d'autres tribunaux provinciaux, la Cour fédérale détient la compétence pour contrôler l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du ministre¹⁴⁷. En revanche, la CCI est compétente pour statuer sur la validité et la légalité des cotisations fiscales établies par le ministre. Ce partage de compétence découlant de la LIR peut constituer un obstacle pour les contribuables, qui comprennent mal cette distinction. C'est la raison pour laquelle la Commission Carter recommandait la création d'un tribunal unique, un guichet qui permettrait de régler l'ensemble des problèmes liés à un litige fiscal¹⁴⁸. D'autres auteurs ont abondé dans le même sens au fil des ans¹⁴⁹.

3.3 LA DISPONIBILITÉ DES CONSEILS JURIDIQUES

[80] Ce ne sont pas les avocats fiscalistes qui manquent au pays, en revanche, leurs honoraires ont la réputation d'être plus élevés que dans d'autres domaines du droit. Certains auteurs ont tenté de faire une analyse économique de l'opportunité d'engager un avocat dans un litige fiscal¹⁵⁰. Il reste néanmoins que dans certains petits dossiers, le coût des services d'un avocat peut sembler prohibitif du point de vue du contribuable, alors que l'aide juridique n'est pas accessible à ce type de dossiers. Cela se reflète en procédure informelle, soit dans les dossiers avec des enjeux monétaires moins importants, dans le cadre de laquelle 83 % des contribuables ne sont pas représentés par un avocat. Cette proportion est plutôt de 13 % pour les dossiers entendus en procédure générale.

147 Art. 18.1 LCF.

148 Rapport Carter, *supra*, note 11, tome 5, p. 188; MacGregor *et al.*, *supra*, note 20, p. 90.

149 Pour l'historique, voir Michael H. Lubetsky, « The Fractured Jurisdiction of the Courts in Income Tax Disputes », dans Pooja Mihailovich et John Sorensen (dir.), *Tax Disputes in Canada – the Path Forward*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 2022, 63-115.

150 Colin Campbell, « Access to Justice in Income Tax Appeals », (2012) 63 *UNBLJ* 445.

Tableau 1 – Dossiers en inventaire à la CCI, au 1^{er} octobre 2021¹⁵¹.

Catégorie de dossiers	Contribuable qui se représente seul ou représenté par une personne qui n'est pas avocat	Contribuable représenté par un avocat
	Moyenne 5 ans	Moyenne 5 ans
Appels selon la procédure informelle (Impôt et TPS)	37 % (83% des appels en procédure informelle)	7.6 % (17% des appels en procédure informelle)
Appels selon la procédure générale (Impôt et TPS)	4.8 % (13% des appels en procédure générale)	31.2 % (87% des appels en procédure générale)
Autres (Assurance-emploi, Régime de pension du Canada et sécurité de la vieillesse)	3.4 %	1.8 %
Requêtes	10.5 %	3.9 %
Total	55.7 %	44.5 %

[81] Afin de pallier le coût des litiges fiscaux, la LIR permet la déduction des frais encourus pour contester une cotisation dans le calcul du revenu du contribuable¹⁵². Cette déduction vient conséquemment diminuer les revenus nets et imposables du contribuable et donc diminuer son impôt payable. En revanche, cette mesure est peu efficace étant donné la régressivité des déductions dans le calcul du revenu qui bénéficie davantage aux contribuables avec un revenu élevé. Cela s'explique par le fait que la réduction de l'impôt payable occasionnée par une déduction du revenu est influencée par le taux d'imposition marginal du contribuable. À titre illustratif, prenons l'exemple de deux contribuables ayant engagé la même dépense de 10 000 \$ pour contester une cotisation fiscale, la réduction de leur impôt respectif sera différente, tel que démontré dans cet exemple :

¹⁵¹ L'information nous a été fournie par la CCI le 13 mars 2023.

¹⁵² Al. 60o) LIR

Tableau 2 : exemple de régressivité des déductions fiscales

	Contri- buable 1	Contri- buable 2
Revenu	45 000 \$	300 000 \$
Déduction pour contestation de la cotisation (frais d'opposition et d'appel, al. 60o) LIR).	(10 000 \$)	(10 000 \$)
Revenu total	35 000 \$	290 000 \$
Taux marginal applicable aux derniers revenus (impôt fédéral - sans l'abattement pour les résidents du Québec)	15 %	33 %
Réduction de l'impôt attribuable à la déduction pour frais de garde (taux marginal applicable x 10 000 \$)	1 500 \$	3 300 \$

[82] La déduction des frais d'opposition offre donc une réduction d'impôt qui est plus de deux fois supérieure pour le contribuable au revenu le plus élevé, alors que celui dont les revenus sont soumis au taux d'imposition de base recevra moins pour les mêmes frais payés¹⁵³. De plus, moins le contribuable a de revenus, plus il risque de ne pas bénéficier d'une déduction fiscale, puisqu'il aura droit à des crédits d'impôt personnels qui pourraient rendre inutile la déduction.

[83] Plusieurs efforts sont faits du côté de la CCI pour rendre la procédure plus simple et informelle afin de permettre aux contribuables de se représenter seul. Malgré cela, le rapport de force entre la Couronne et le contribuable demeure inégal. Les juges de la Cour ont l'habitude des contribuables non représentés et assistent ceux-ci dans la présentation de leur preuve. Néanmoins, un contribuable qui ne comprend pas qu'il doit fournir des éléments de preuve ou qui peine à assimiler les éléments de droit important à son dossier ne peut fournir au juge un dossier aussi complet et convaincant que ne l'aurait fait un avocat. Même si le juge peut ajourner l'audition pour permettre au contribuable de compléter son dossier, si le contribuable ne réussit pas à présenter une preuve complète, faute de compréhension des enjeux, le juge doit tout de même trancher le litige en fonction de ce qui lui a été présenté, que cette preuve soit complète ou non.

[84] L'accès à la justice peut donc avoir des répercussions qui vont au-delà des contribuables ou des avocats. Les juges, par exemple, peuvent être affectés par la présence grandissante de contribuables non représentés devant les tribunaux. En effet, comme plus de la moitié des litiges concernent des contribuables non représentés, cela

153 Linda G. GAGNÉ, « Potential Income and the Equity of the Child-Care Expense Deduction », (2001) 49 *Can. Tax. J.* 636, p. 650.

affectera la tâche des juges¹⁵⁴. Certains assimilent une telle situation à un effritement de l'indépendance des tribunaux¹⁵⁵ :

The relationship between inaccessible courts and judicial independence may not at first be obvious. At base, my claim is that the court's ability to uphold the three values underlying judicial independence is sometimes compromised when litigants cannot access courts or obtain legal representation. The reason it is compromised is because of two forms of "dependency" that I maintain have been built into the rules governing adjudication in Canada. In the first place, I believe judges and courts are dependent on people to initiate legal proceedings in order for them to exercise their powers; and in the second place, they are dependent upon litigants to provide them with the evidence and legal argument they need to render decisions impartially. Although I accept there are good reasons the judiciary has been made dependent in these two ways, I also suggest that people's inability to access courts or obtain legal representation interacts with these forms of dependency in a way that undermines judicial independence¹⁵⁶.

[85] Même si les juges de la CCI ont l'expérience des situations difficiles avec des contribuables non représentés, dans les circonstances que nous venons d'exposer, la capacité du contribuable d'accéder à la justice substantielle dans le cadre d'une décision judiciaire pourrait être entravée. Cette entrave ne se trouve qu'exacerbée par des lois fiscales de plus en plus complexes, comme nous le verrons à la partie 4.3. Ainsi, la conjugaison du manque d'accès à des conseils juridiques dans le contexte d'une loi complexe peut devenir un obstacle à l'accès à la justice substantielle.

[86] Il existe bien des programmes d'étudiants *pro bono* en collaboration avec les universités canadiennes dans le cadre desquels des étudiants sous la supervision d'un avocat représentent un ou des contribuables. Ce type de projet a un impact limité puisqu'il ne peut dépasser la représentation de quelques dizaines de contribuables canadiens par année¹⁵⁷.

[87] Plusieurs solutions ont été évoquées au fil des années afin de tenter d'augmenter l'accès à la justice et au conseil juridique. L'aide juridique pourrait être accessible en matière d'impôt, les montants en jeu pour accéder à la procédure informelle pourraient être augmentés, mais le plus prometteur est certainement l'embauche de parajuristes ou d'autres professionnels du droit qui pourraient assister les contribuables dans leur litige devant la Cour :

Consideration should be given to the provision, perhaps through the Courts Administration Service, of duty counsel or appropriately trained paralegals to assist unrepresented taxpayers in IP appeals. An unrepresented

154 Rankin, *supra* note 117, p. 102.

155 Rankin, *supra* note 117, pp. 102-103.

156 Rankin, *supra* note 117, p. 122.

157 Par exemple, au Québec, le programme de l'Université Laval, voir en ligne : <<https://www.fd.ulaval.ca/etudes/cliniques-juridiques/clinique-fiscale>>.

taxpayer might be required to meet with such person prior to the hearing, who would assist the taxpayer in arranging documentary evidence, and in understanding the procedures for presenting oral evidence and argument. They might attend the hearing if requested by the presiding judge. This would help to put lower or middle income taxpayers on a more even playing field and would reduce the time spent and burden placed on judges in dealing with unrepresented litigants. The latter arguably would improve the quality of justice available to such taxpayers. Furthermore, by allowing them to acquire a basic knowledge of the process and procedure without additional cost improves their access to the justice system¹⁵⁸.

[88] L'allègement des procédures et des règles de preuve en procédure informelle permet aux contribuables de présenter, au meilleur de leur connaissance, la preuve pertinente à leur litige fiscal. La formation des juges et l'expérience que la Cour a acquise avec les contribuables non représentés facilitent également l'accès à la justice dans le contexte où les conseils juridiques ne sont pas accessibles. Bien que le rôle des avocats du ministère de la Justice Canada soit celui de représenter et de conseiller l'ARC dans ses litiges avec les contribuables, ils représentent également le procureur général du Canada. Dans ce contexte, ils sont appelés à favoriser le bon déroulement des audiences. Le représentant du ministère de la Justice ne peut évidemment pas jouer le rôle de conseiller, ni tenter de convaincre un appelant non représenté de sa position dans un litige fiscal, mais il pourra l'informer du processus et s'assurer qu'il comprend la position juridique de sa cliente. Malgré cela, le fossé entre les contribuables non représentés et les autorités fiscales, représentées par avocat même en procédure informelle, est tout de même important et nuit certainement à l'équilibre entre les parties, sur lequel se fonde notre système juridique.

3.4 LES FRAIS LIÉS À L'APPEL

[89] En procédure informelle, outre les honoraires d'avocats qui peuvent s'avérer élevés, les risques financiers associés à la poursuite d'un appel devant la CCI sont pratiquement nuls, ce qui favorise l'accès à ce tribunal. En effet, en procédure informelle, il n'y a pas de frais de dépôt pour intenter un appel à la CCI. De plus, en cas de défaite, un contribuable ne sera généralement pas condamné à payer les dépens, sauf s'il a indûment retardé le déroulement de l'affaire¹⁵⁹.

[90] En revanche, en procédure générale, les frais sont fonction des circonstances et des montants en litige¹⁶⁰. Les litiges de moins de 50 000 \$ par année d'imposition visée (ou 100 000 \$ de perte) sont régis par la catégorie A et des frais de dépôt de 250 \$ sont exigés. La catégorie B vise les litiges de 50 000 \$ à 150 000 \$ et comporte des frais de 400 \$. Finalement, la Catégorie C vise les appels dont le montant en litige est de plus de 150 000 \$ et des frais de dépôt de 550 \$ sont requis. Les dépens pourront être attribué à la Couronne ou au contribuable en procédure générale.

158 Campbell, *supra* note 138, p. 456.

159 Par. 10(2) RCCI-PI.

160 Art. 147 et Annexe II des RCCI-PG.

4. ACCÈS À LA JUSTICE SUBSTANTIELLE

[91] Depuis sa création, la CCI a consacré des efforts constants pour réduire les barrières monétaires et procédurales entravant l'accès à la justice. Cependant, il est essentiel de souligner que l'accessibilité à la justice ne se limite pas à l'élimination de ces obstacles formels. Une approche holistique de l'accès à la justice est nécessaire pour identifier les obstacles qui vont au-delà des aspects procéduraux et qui entravent sa réalisation. En effet, la complexité du droit fiscal, les défis associés au règlement des litiges, ainsi que les inégalités sociales et culturelles qui peuvent être exacerbées par le régime fiscal constituent également d'importants freins à l'accès à la justice. L'accès à la justice passe donc aussi par un régime fiscal plus accessible, juste et équitable. Ces facteurs, dans un ensemble, ont ainsi le potentiel d'entraver la capacité des contribuables à faire valoir leurs droits.

4.1 COMPLEXITÉ DU DROIT FISCAL ET ACCÈS À LA CONNAISSANCE

[92] Le droit fiscal devient de plus en plus complexe. Il se compose de nombreuses dispositions législatives hautement techniques, ainsi que d'une jurisprudence indispensable pour interpréter les concepts fondamentaux liés à l'impôt sur le revenu. Cette complexité représente incontestablement un obstacle à l'accès à la justice. Les lois fiscales sont de plus en plus utilisées à des fins de redistribution, et une méconnaissance de l'importance de déposer une déclaration de revenus, par exemple, a un impact direct sur l'équité fiscale. En outre, pour accéder à la justice dans son sens le plus strict, les contribuables doivent être en mesure d'évaluer les recours disponibles et les situations dans lesquelles ces recours peuvent être exercés avec succès. Cela nécessite une connaissance du droit fiscal administratif ainsi que des concepts fiscaux. De plus, si l'accès à la justice implique inévitablement l'accès aux tribunaux, ce concept va au-delà de cela. Il exige également une participation active au débat démocratique en vue de créer un système fiscal plus juste et équitable pour tous les citoyens.

4.1.1 BÉNÉFICIER DE LA REDISTRIBUTION DU RÉGIME FISCAL CANADIEN

[93] Les particuliers ayant des impôts à payer au Canada sont tenus de produire leur déclaration de revenus au plus tard le 30 avril de l'année suivante¹⁶¹. Cependant, il peut s'avérer avantageux, même pour un contribuable sans impôt à payer, de remplir sa déclaration de revenus. Cette étape est essentielle pour être admissible à certains crédits d'impôt remboursables tels que l'Allocation canadienne pour enfants¹⁶² et le Crédit d'impôt pour la taxe sur les produits et services¹⁶³, qui visent à soutenir les personnes à revenu modeste.

[94] Selon l'Agence du revenu du Canada, jusqu'à 12 % des Canadiens ne soumettent pas leur déclaration de revenus, et la majorité de ces non-déclarants sont des

¹⁶¹Cette date est le 15 juin si le particulier ou son conjoint gagne du revenu d'entreprise, al. 150(1)b) et 150(1.1)b) LIR.

¹⁶² Art. 122.6 et 122.61 LIR.

¹⁶³ Art. 122.5 LIR.

contribuables à revenu modeste¹⁶⁴. Cette situation préoccupe le gouvernement qui a mis en place un service téléphonique automatisé appelé « Produire ma déclaration ». Pour y être éligible, un contribuable doit avoir un revenu faible ou fixe, ainsi qu'une situation fiscale stable d'une année à l'autre¹⁶⁵. Les contribuables admissibles reçoivent une lettre d'invitation contenant une liste des documents nécessaires pour répondre aux questions du service téléphonique. Pour les résidents du Québec, ce service permet de remplir le volet fédéral de leur déclaration de revenus, mais pas la déclaration de revenu du Québec qui devra tout de même être produite¹⁶⁶.

[95] En 2022, environ 53 000 déclarations de revenus ont été soumises à l'aide de ce service¹⁶⁷. Le budget fédéral de 2023 a annoncé l'intention du gouvernement du Canada de rendre ce service accessible à 2 millions de Canadiens, soit trois fois le nombre de personnes éligibles en 2022. De plus, dans le cadre de ce budget, la ministre des Finances a annoncé un nouveau programme pour les personnes vulnérables, sans toutefois entrer dans les détails :

Le budget de 2023 annonce également que, à compter de l'année prochaine, l'ARC mettra à l'essai un nouveau service de production automatique qui aidera les personnes vulnérables qui ne produisent pas leur déclaration de revenus actuellement à recevoir les prestations auxquelles elles ont droit. À la suite de consultations avec les intervenants et les organismes communautaires, l'ARC présentera un plan en 2024 pour élargir davantage ce service¹⁶⁸.

[96] Ces mesures visent à améliorer l'accès à la justice, mais elles ne peuvent remplacer une solide éducation en matière de fiscalité.

4.1.2 POSSÉDER LES CONNAISSANCES POUR FAIRE VALOIR SES DROITS

[97] La littéracie fiscale joue un rôle essentiel en permettant aux contribuables de comprendre leurs droits et obligations, ce qui à son tour leur permet d'éviter ou de réduire les problèmes juridiques¹⁶⁹. Elle habilite également les contribuables à identifier, comprendre et défendre leurs droits¹⁷⁰. Par ailleurs, la présentation d'une preuve, sans une compréhension des éléments litigieux d'un dossier, crée un déséquilibre dans la constitution de la théorie de la cause, ce qui peut entraver l'atteinte de la justice

164 Finance Canada, Un plan canadien : une classe moyenne forte, une économie abordable, un avenir prospère, Budget 2023 (28 mars 2023), p. 43 (le « Budget fédéral 2023 »).

165 Site Web de l'ARC, « Le service téléphonique automatisé Produire ma déclaration », en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/campagnes/produire-ma-declaration.html#>>.

166 Site Web de l'ARC, « Le service téléphonique automatisé Produire ma déclaration », en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/campagnes/produire-ma-declaration.html#>>.

167 Budget fédéral 2023, *supra* note 152, p. 43.

168 Budget fédéral 2023, *supra* note 152, p. 44.

169 Brett Freudenberg, « Beyond Lawyers : Legal Literacy for the Future » (2017) 54 *ABLR* 387, p. 390.

170 S. Forell et H. McDonald, « Beyond Great Expectations : Modest, Meaningful and Measurable Community Legal Education and Information » (Justice Issues Paper 21, Law and Justice Foundation of NSW, 2015) 6, tel que cité dans Brett Freudenberg, « Beyond Lawyers : Legal Literacy for the Future », (2017) 54 *ABLR* 387, p. 390.

substantielle. Le niveau de littératie fiscale augmente généralement en fonction de l'âge, du niveau de revenu, du niveau de scolarité¹⁷¹.

[98] L'Agence du revenu du Canada joue un rôle crucial dans la vulgarisation des procédures administratives et des règles de droit fiscal. Elle informe les contribuables sur les moyens de contester les cotisations dès leur établissement, tout en donnant accès à leurs politiques administratives¹⁷² et à leurs positions juridiques sur des questions de droit¹⁷³.

[99] Les autorités fiscales publient divers types de documents de vulgarisation, notamment les Folios d'impôt sur le revenu, qui présentent leur interprétation de la loi sur des sujets spécifiques. Ces documents sont mis à jour en cas de changement de position interprétative ou de développements jurisprudentiels importants¹⁷⁴. De plus, l'Agence du revenu du Canada publie des circulaires d'information qui exposent ses politiques en matière de procédure, d'administration de la loi et d'établissement des cotisations¹⁷⁵. Tous ces documents sont gratuitement accessibles sur le site web de l'Agence du revenu du Canada, dans les deux langues officielles¹⁷⁶ mais sont des outils plutôt techniques, davantage destinés aux professionnels de la fiscalité. D'autres ressources, telles que les interprétations techniques et les décisions anticipées, ne sont plus publiées par les autorités fiscales, mais restent disponibles par l'entremise de bases de données en fiscalité qui sont peu accessibles au grand public¹⁷⁷. Il est important de noter que les positions administratives des autorités fiscales n'ont pas force de loi¹⁷⁸, mais elles peuvent être utilisées comme éléments contribuant à l'interprétation en cas d'ambiguïté dans une disposition de la loi¹⁷⁹.

171 Voir entre autres : Anthony Pham, Antoine Genest-Grégoire, Luc Godbout et Jean-Herman Guay, *Littéracie fiscale : Qui comprend la fiscalité? Première étude pancanadienne*, Cahier de recherche 2020-08, Chaire en fiscalité et finances publiques, mai 2020, p. 46

172 Par exemple : Agence du revenu du Canada, Circulaire d'information IC98-1R8, « Politique de recouvrement de l'impôt », 2 mai 2022; Agence du revenu du Canada, Circulaire d'information IC 78-10R5, « Conservation et destruction des registres comptables », juin 2010.

173 Voir par exemple : Agence du revenu du Canada, folio de l'impôt sur le revenu S1-F4-C2, « Crédits d'impôt personnels de base et pour les personnes à charge (pour 2017 et les années d'imposition suivantes) », 5 août 2020; Agence du revenu du Canada, folio de l'impôt sur le revenu S1-F2-C2, « Crédit d'impôt pour frais de scolarité », 3 mai 2021.

174 Site web de l'ARC, voir en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/impot/reenseignements-techniques/impot-revenu/introduction-folios-impot-revenu.html>> (consulté le 3 mai 2023).

175 Sas Ansari « Answering Canadian Tax Questions: An Introduction to Tax Law Research », (2015) *Osgoode Legal Studies Research Paper Series* 128, p. 38.

176 Les folios de l'impôt sur le revenu sont disponibles sur le lien suivant : <<https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/impot/reenseignements-techniques/impot-revenu/folios-impot-revenu.html>>. Les circulaires d'information peuvent être consultés en suivant le lien suivant : <<https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/formulaires-publications/publications.html>>.

177 Marie-Pierre Allard, *La recherche en fiscalité canadienne*, 5e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2018, p. 120.

178 Sauf pour les décisions anticipées dans certaines circonstances. Voir Agence du revenu du Canada, Circulaire d'information IC 70-6R12, « Décisions anticipées et interprétations techniques en impôt », 1er avril 2022.

179 *Placer Dome Canada c. Ontario (ministre des Finances)*, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 40. Voir aussi *Nowegjick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, 37; Kim Brooks, « Legal Interpretation of Tax Law: Canada », dans Robert F.W. van Brederode et Richard Krever, *Legal Interpretation of Tax Law*, 2e éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2017, p. 75, à la p. 86; Allard, *supra* note 164, p. 114.

[100] La complexité des lois fiscales nécessite une démarche proactive de la part des autorités pour les rendre plus compréhensibles¹⁸⁰. La CCI contribue également à cet effort en simplifiant ses procédures et en proposant un site web convivial axé sur les contribuables qui se représentent seuls.

[100] Malgré ces initiatives, le droit fiscal demeure complexe et peu accessible pour ceux qui choisissent de contester seuls une cotisation, étant donné le déséquilibre de connaissance fiscale entre les contribuables non représentés et les représentants de la Couronne. Même si les avocats du ministère de la Justice travaillent pour l'intérêt général et qu'ils adoptent souvent une approche collégiale avec les contribuables non représentés, ils jouent également le rôle de représentant des autorités fiscales dans les litiges à la Cour.

4.1.3 LA CAPACITÉ DE PARTICIPER AU DÉBAT PUBLIC AFIN DE CONTRIBUER À LA CRÉATION D'UN RÉGIME FISCAL PLUS JUSTE

[101] De nombreux observateurs perçoivent le système fiscal actuel, ainsi que la fiscalité internationale, comme favorisant les riches multinationales dans leurs coûteuses stratégies d'évitement fiscal agressif, au détriment des citoyens à revenus plus modestes qui ont moins de possibilités d'éviter le paiement de l'impôt. Cela crée un cercle vicieux où les États doivent compenser les pertes de recettes fiscales résultant de ces échappatoires utilisées par les multinationales. Pour ce faire, les États augmentent généralement les impôts des particuliers ou les taxes à la consommation¹⁸¹ et le manque à gagner pour l'État réduit les mécanismes de redistribution qui devraient normalement bénéficier aux personnes économiquement plus vulnérables.

[102] Pour assurer un véritable accès à la justice, les contribuables canadiens doivent pouvoir jouer un rôle actif dans la création d'un système fiscal plus équitable. Cela nécessite leur participation au débat sur la politique fiscale, ce qui, à son tour, exige une certaine compréhension des concepts fiscaux. Lisa Philipps s'est penchée sur la maîtrise du discours fiscal, souvent complexe et technique. Selon elle, les discussions sur les règles du droit fiscal et les politiques fiscales sont largement dominées par un groupe restreint d'experts¹⁸². Ce discours tend à dissimuler la dimension politique des questions fiscales en les présentant comme purement techniques ou scientifiques et pouvant être résolues à l'aide de solutions « neutres »¹⁸³. Ces discours techniques servent de légitimation à des politiques fiscales qui peuvent avoir pour tendance de renforcer les inégalités¹⁸⁴. À cet égard, elle cite Carol Smart :

180 Certains organismes publient des documents visant à vulgariser l'impôt sur le revenu dont la Chaire en fiscalité et finances publiques, voir :< <https://cffp.recherche.usherbrooke.ca/outils-ressources/guide-mesures-fiscales/>>.

181 Laurens Van Apeldoorn, « BEPS, Tax Sovereignty and Global Justice », 2016 *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 1, p. 3.

182 Lisa C. Philipps, « Discursive Deficits : A Feminist Perspective on the Power of Technical Knowledge in Fiscal Law and Policy » dans Anthony C. Infanti et Bridget Crawford (dir.), *Critical Tax Theory: An Introduction*, New York, Cambridge University Press, 2009, 46, 46.

183 Lisa C. Philipps, « Discursive Deficits : A Feminist Perspective on the Power of Technical Knowledge in Fiscal Law and Policy » (Printemps 1996) 11:1 *RCDS* 141, p. 145.

184 Philipps, *supra* note 169, p. 145.

To borrow from Carol Smart's words, they give the discourse a claim to 'scientificity,' conferring upon it a privileged status as objective, apolitical truth, and disqualifying other knowledges which might challenge the fiscal order¹⁸⁵.

[103] Pour parvenir à une sélection normative équitable, elle doit s'inscrire dans un processus démocratique représentatif de l'ensemble des citoyens, dans un cadre garantissant l'égalité. En conséquence, l'accessibilité au langage et à la compréhension technique en matière fiscale est indispensable pour permettre à des groupes aux intérêts divergents de contester l'ordre établi et de participer à l'élaboration de normes fiscales plus justes et équitables pour tous.

4.2 RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

[104] Les autorités fiscales détiennent un vaste pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la sélection des dossiers soumis à vérification, ainsi que les méthodes et l'étendue de ces vérifications¹⁸⁶. Cependant, il est important de noter que l'établissement d'une cotisation d'impôt doit se faire en stricte conformité avec la loi. Ce pouvoir n'est pas discrétionnaire pour le ministre du Revenu national et ses délégués qui sont tenus de respecter scrupuleusement les termes de la loi et ne peuvent les outrepasser¹⁸⁷. La Cour d'appel fédérale clarifie ainsi les pouvoirs de l'administration fiscale en matière de cotisations d'impôt :

À cet égard, en ce qui a trait à l'établissement des cotisations par suite de l'assujettissement du contribuable à l'impôt, « [n]i le ministre du Revenu ni ses préposés n'ont quelque discrétion que ce soit dans l'application qu'ils doivent faire de la Loi de l'impôt sur le revenu »; ils sont tenus de « la suivre de manière absolue »: *Ludmer c. Canada*, [1995] 2 C.F. 3 (C.A.), à la page 17; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.), au paragraphe 36. Notre Cour ne peut empêcher le ministre de remplir ses fonctions : *Canada Agence du revenu c. Société Télé-Mobile*, 2011 CAF 89, au paragraphe 5 (dans le contexte de la Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15); *Ludmer*, précité, à la page 9.

On s'appuie pour ceci sur le principe selon lequel le ministre n'a pas le pouvoir de se prêter à un compromis concernant les sommes réclamées, c'est-à-dire en établissant, à la suite d'une entente de règlement avec le contribuable, une cotisation qui n'est pas fondée sur les faits et le droit : *Galway*, précité; *Cohen c. Canada*, [1980] A.C.F. n° 501 (C.A.) (QL); *Harris*, précité, au paragraphe 37; *CIBC World Markets Inc. c. La Reine*, 2012 CAF 3; *Longley v. Canada (Revenue)*, 1992 CanLII 5961, 66 B.C.L.R. (2d) 238 (C.A.), au paragraphe 19¹⁸⁸.

185 Philipps, *supra* note 169, p. 145 citant Carol Smart, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, 1989, p. 9.

186 *Duval c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 480, par. 12-13.

187 *Ludmer c. Attorney General of Canada*, 2018 QCCS 3381, par. 147.

188 *JP Morgan Asset Management (Canada)*, *supra* note 51 par. 77-79. Voir aussi *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37, par. 36-40; *Sood c. Canada (M.N.R.)*, 2015 CF 857; *Galway c. MRN*, 74 D.T.C. 6355 (C.A.F.) (« Galway »); *Bolton Steel Tube Co. c. Canada*, 2014 TCC 94; *Transalta Corp. c. Canada*, 2013 CAF 285, autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada refusée le 29 mai 2014.

[105] Dans ce contexte, les tribunaux ont établi que tout règlement allant à l'encontre de l'application stricte de la loi ne pourrait pas lier l'administration fiscale. Cependant, des questions d'interprétation de la loi et des faits surgissent souvent dans de tels dossiers, et ces cas peuvent être sujets à un règlement¹⁸⁹.

[106] Ce courant jurisprudentiel peut entraver les possibilités de règlement et réduire l'impact des conférences de règlement. Certains auteurs ont suggéré que des modifications législatives pourraient contrecarrer cette tendance jurisprudentielle et que les juges pourraient alors jouer un rôle plus proactif pour encourager les règlements, dès le début du processus d'appel, afin de réduire les coûts pour les parties¹⁹⁰. Cependant, cela nécessiterait l'atteinte d'un équilibre, très délicat, entre la résolution des litiges et le respect du principe d'équité envers les contribuables, un pilier du régime fiscal canadien.

[107] Malgré ces défis, certaines mesures procédurales visent à encourager les règlements. Les règles de procédure générale permettent à la Cour d'ordonner la tenue d'une conférence de règlement à tout moment pour examiner la possibilité de régler tout ou partie des questions litigieuses¹⁹¹. La possibilité de convoquer une telle conférence est néanmoins limitée par les directives sur la procédure qui prévoient qu'« aucune conférence de règlement en sera organisée, sauf si les parties au litige confirment qu'une offre écrite de règlement a été faite et qu'une réponse écrite a été fournie »¹⁹². Cette directive s'appuie probablement sur le contexte jurisprudentiel susmentionné limitant, pour les autorités fiscales, la possibilité de régler un dossier. Il n'existe pas de règles équivalentes en procédure informelle. La présence massive, dans ce type de procédure, de contribuables non représentés (83 %) complique la tenue de telles conférences¹⁹³.

[108] D'autres mesures, comme l'attribution des dépens à une partie lorsque l'autre partie a refusé une offre de règlement raisonnable en procédure générale, visent à encourager la conclusion d'accords¹⁹⁴. Notamment, lorsqu'un appelant fait une offre de règlement et obtient un jugement au moins aussi favorable que cette offre, il peut avoir droit à des « dépens indemnitaires substantiels » pour la période après l'offre, sujet à la discrétion de la Cour, qui correspondent à 80 % des dépens établis sur la base procureur-client¹⁹⁵. Cependant, le contexte jurisprudentiel mettant l'accent sur l'absence de discrétion du ministre lie néanmoins les mains des autorités fiscales pour conclure des règlements.

189 *Rosenberg c. MRN*, 2016 CF 1376, par. 91.

190 *Campbell*, *supra* note 138, p. 457.

191 Par. 126.2(1) RCCI-PG.

192 Cour canadienne de l'impôt, directive sur la procédure n° 21, « conférences de règlement » (30 novembre 2018).

193 *Glaspy c. Glaspy*, 2011 CarswellNB 626, 344 D.L.R. (4th) 30 (Ont. C.A.).

194 Par. 147(3) à (3.6) des RCCI-PG.

195 Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire du juge. Voir entre autres : *MacDonald c. Canada*, 2018 TCC 55; *Ike Enterprises Inc. c. La Reine*, 2017 TCC 160; *Canada c. Bowker*, 2023 FCA 133.

4.3 RECONNAISSANCE DES BARRIÈRES INVISIBLES À L'ACCÈS À LA JUSTICE : LES BARRIÈRES LINGUISTIQUES, CULTURELLES ET SOCIO-ÉCONOMIQUES

[109] Il est largement reconnu que les populations vulnérables courent un risque accru de se retrouver face à des problèmes juridiques¹⁹⁶, et ces problèmes ont souvent tendance à s'accumuler, créant ainsi un effet boule de neige¹⁹⁷. Le domaine du droit fiscal ne fait pas exception, car une cotisation fiscale s'accompagne généralement du pouvoir de recouvrer les montants d'impôt, voire parfois de les recouvrer d'autres personnes liées au contribuable¹⁹⁸.

[110] Pour pallier les barrières linguistiques et socio-économiques, les cliniques fiscales offrent un soutien dans la préparation des déclarations de revenus dans les milieux moins favorisés. La CCI, quant à elle, prend en considération les barrières linguistiques en assumant les frais liés à la nécessité d'un interprète¹⁹⁹. Cela inclut aussi bien les interprètes pour la traduction entre les langues officielles que les interprètes gestuels, ainsi que les services de sous-titrage codé. Cette reconnaissance par la Cour des défis linguistiques est un pas important, mais il est à noter qu'elle intervient souvent tardivement dans le processus. Par exemple, une grande partie de la documentation fiscale reste généralement disponible uniquement en anglais et en français, ce qui peut poser un défi pour les personnes ayant d'autres langues maternelles ou préférées.

CONCLUSION

[112] La CCI joue incontestablement un rôle essentiel dans la promotion de l'accès à la justice pour les contribuables du pays. La Cour œuvre en faveur de l'accès formel en réduisant les obstacles financiers, procéduraux et géographiques dans un contexte de non-disponibilité des services juridiques. Elle a une vaste expérience des affaires impliquant des contribuables non représentés, et l'assouplissement des règles de preuve, notamment en procédure informelle, rend la Cour plus accessible au grand public. Cependant, il est suggéré qu'il y a encore des efforts à fournir pour réduire les obstacles formels à l'accès à la justice tels que l'élargissement de l'accès à la procédure informelle, la fourniture d'une assistance aux contribuables tout au long du processus d'appel devant la Cour, ou même la création d'un tribunal unique pour les questions fiscales afin d'éviter les confusions juridictionnelles. Cependant, l'accès formel à la justice ne résout que partiellement les problèmes. Les enjeux d'accès à la justice substantielle doivent également être pris en compte. La CCI opère dans un contexte où de nombreux contribuables non représentés doivent expliquer comment l'une des lois les plus complexes au Canada a été appliquée incorrectement.

[113] Dans une approche globale, l'accès à la justice devrait s'inscrire dans un régime fiscal plus équitable, juste et simple. Cela dépasse le cadre et la responsabilité de la CCI. Bien que la Cour puisse continuer à œuvrer pour réduire les obstacles procéduraux, il est important de reconnaître que les tribunaux et les fiscalistes ont

196 Trevor C.W. Farrow, « What Is Access to Justice » (2014) 51:3 *Osgoode Hall L J* 957, p. 963.

197 Farrow, *supra* note 181, pp. 963-964.

198 Voir à titre d'exemple, les cotisations de recouvrement à l'article 160 LIR.

199 Cour canadienne de l'impôt, Directive sur la procédure no 15 (modifiée), « Services d'interprétation » (3 septembre 2020).

contribué à la complexification des lois fiscales. L'interprétation des lois fiscales, bien que guidée par le principe moderne d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique s'est souvent limitée à une interprétation textuelle²⁰⁰ qui a conséquemment conduit à l'ajout de mesures anti-évitement spécifiques pour contrer l'évitement fiscal. Outre le fait de complexifier les lois fiscales, cette approche nuit à l'équité du régime²⁰¹.

[114] Les gouvernements doivent travailler à la simplification des lois fiscales, à leur vulgarisation et au maintien de l'équité fiscale du régime en mettant en place des mécanismes efficaces de lutte contre l'évitement et l'évasion fiscale et en adoptant des mesures d'accessibilité ciblées pour les contribuables à faible revenu. Seule une approche globale permettra d'accroître l'accès à la justice, en travaillant de concert avec la CCI.

[115] Les gouvernements doivent travailler à la simplification des lois fiscales, à leur vulgarisation et au maintien de l'équité fiscale du régime en mettant en place des mécanismes efficaces de lutte contre l'évitement et l'évasion fiscale et en adoptant des mesures d'accessibilité ciblées pour les contribuables à faible revenu. Seule une approche globale permettra d'accroître l'accès à la justice, en travaillant de concert avec la CCI.

200 Par exemple, *Canada c. Loblaw Financial Holdings Inc.*, 2021 CSC 51; *Placer Dome Canada*, supra note 166, par. 23; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 2 R.C.S. 601.

201 Voir Brooks, supra note 166.

TECHNOLOGIES JUDICIAIRES DU POINT DE VUE DU JUGE : UNE MISE À JOUR²⁰²

Fredric I. LEDERER²⁰³

²⁰² Ce texte est une traduction de l'article « Courtroom Technology from the Judge's Perspective a 2022-23 Update », (2023) 59 CT. REV. 52.

²⁰³ Fredric I. Lederer est professeur de droit et directeur du Center for Legal & Court Technology (CLCT) fondé sous le nom de Projet Courtroom 21 à la William & Mary Law School.

INTRODUCTION

[116] En 1998, la *Court Review* publiait l'un de mes textes intitulé « Courtroom Technology from the Judge's Perspective ». Après quelques éléments introductifs, j'y affirmais que : [traduction] « Nous vivons à l'ère technologique, et la technologie de la vie quotidienne affecte le traitement des dossiers de plus en plus rapidement ». Le temps m'a donné raison. Évidemment, ce que je n'avais pas prévu à l'époque était la pandémie de COVID-19 et comment nous avons utilisé la technologie comme principal moyen d'adaptation. Les changements technologiques et culturels, en conjoncture avec la pandémie, ont accru le recours à la technologie lors d'audiences de tous types. En 1998, j'écrivais :

[117] Dans un monde idéal, les changements juridictionnels amélioreraient l'administration de la justice en la rendant plus sûre, plus précise, plus rapide et moins coûteuse. Avant de pouvoir demander aux juges d'adopter ce qui pourrait constituer des distractions technologiques, nous devons examiner les technologies présentement utilisées dans les salles d'audience et nous questionner quant à leur capacité de fondamentalement aider le juge.

[118] Il s'agit de la question centrale : la technologie judiciaire aide-t-elle le juge ? Y répondre nécessite un examen des technologies judiciaires mises à la disposition des juges.

[119] D'emblée, il est utile de tenter de définir la notion de « technologie judiciaire ». Lorsque j'utilise cette expression, je fais référence à la technologie mise à la disposition des juges, avocats et personnes non représentés dans le cadre d'une audience ou d'un procès en première instance ou en appel, que l'on retrouve dans les salles d'audience (ou dans un autre lieu pour ce qui est des audiences à distance). Par conséquent, je distingue la « technologie judiciaire » des systèmes de gestion des dossiers judiciaires et des technologies relatives à la présentation de la preuve. Qui plus est, il est évident que la « technologie judiciaire » d'aujourd'hui est très différente de celle utilisée à l'époque pour afficher des éléments de preuve et autres informations lors d'un procès ou d'une audience.

1. DONNÉES ET ANALYSE PRÉDICTIVE DES DONNÉES

1.1 EN GÉNÉRAL

[120] La combinaison actuelle de matériel informatique de grande puissance et d'algorithmes sophistiqués (logiciels), utilisant de plus en plus la technologie de l'intelligence artificielle, permet de rechercher rapidement au sein de grandes quantités de données, de trouver des corrélations et même de prédire des événements futurs. Bien que cette technologie soit très prometteuse pour les questions préalables à l'audience, elle peut également être utilisée lors du procès. Imaginez que la sélection du jury soit éclairée par l'analyse de vastes quantités de données publiques, y compris les

données des médias sociaux²⁰⁴. Sous réserve de préoccupations majeures en matière de confidentialité, la plupart des juges pourraient penser que la capacité de trouver d'autres biais inconnus chez les jurés potentiels constitue une amélioration majeure. Mais, avec des données suffisantes, la même technologie pourrait permettre aux avocats d'adapter leurs plaidoiries d'ouverture, la présentation d'éléments de preuve et leurs plaidoiries de clôture aux jurés assignés à un dossier. Que se passe-t-il lorsque la recherche de données est dirigée par l'avocat vers le juge du procès et vise à aider l'avocat à gagner sa cause ? Cela est pourtant désormais possible grâce à certains outils de recherche numériques.

[121] Les outils de recherche numériques pouvant être employés lors d'un procès ou d'une audience constituent une forme de « technologie judiciaire », surtout si l'avocat y recourt afin d'afficher une autorité dans le cadre de sa plaidoirie ou si le juge s'en sert afin de résoudre une question juridique²⁰⁵. LexisNexis et Thompson Reuters augmentent désormais leurs outils de recherche à l'aide de l'intelligence artificielle (IA)²⁰⁶ afin de prédire les résultats d'affaires et le comportement des juges. Avant le procès, certaines sociétés affirment qu'elles peuvent prédire les affaires qui aboutiront²⁰⁷, ce qui pourrait permettre d'éliminer des rôles d'audience des tribunaux certaines affaires qu'il vaudrait mieux régler ou abandonner, ce que la plupart des juges devraient applaudir. La capacité de prédire le contenu de décisions judiciaires à l'aide de la jurisprudence antérieure a également été démontrée²⁰⁸. Les avocats ont longtemps cherché à apprendre de leurs collègues et d'autres personnes les meilleurs moyens d'approcher un juge donné – qu'il s'agisse de connaître les théories juridiques les plus attrayantes aux yeux du juge ou les facteurs humains susceptibles de rendre le juge plus compréhensif à l'égard de l'avocat, de son client ou de l'affaire. L'utilisation de la technologie dans le même but, même pour affiner les tactiques de procès, crée-t-elle une différence qualitative ? Les Français ont trouvé cette utilisation de l'« analyse juridique » si inquiétante qu'ils ont interdit l'utilisation des données judiciaires personnelles à cette fin²⁰⁹. Les juges doivent être conscients que, plus la quantité disponible de données personnelles et professionnelles les concernant augmente, plus la probabilité que certains avocats tentent d'utiliser l'analyse des données est élevée. La plupart des juges trouveront probablement une telle situation inquiétante.

204 Cela soulève d'innombrables questions allant des questions fondamentales de protection de la vie privée à une éventuelle violation des conditions d'utilisation des plateformes de médias sociaux. Voir, par exemple, Joe WARMINSKY, « Clearview AI Agrees to Block US Commercial Access to its Facial Identification Database », *The Record* (9 mai 2022), en ligne : <<https://therecord.media/clearview-ai-settlement-aclu/>>.

205 Selon les expériences menées par le CLCT, cela peut bien fonctionner, que ce soit en première instance ou en appel.

206 ARTIFICIAL INTELLIGENCE, en ligne : <<https://www.thomsonreuters.com/en/artificial-intelligence.html>>; THE POWER OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN LEGAL RESEARCH, en ligne : <<https://www.lexisnexis.com/community/insights/legal/b/thought-leadership/posts/the-power-of-artificial-intelligence-in-legal-research>>.

207 Voir généralement Kyle WIGGINS, « The Pitfalls of AI that Could Predict the Outcome of Court Cases », *Venturebeat* (Mar. 1, 2022, 6:30 AM), en ligne : <<https://venturebeat.com/business/the-pitfalls-of-ai-that-could-predict-the-outcome-of-court-cases/>>.

208 Voir, par exemple, Masha MEDVEDEVA, Michel VOLS et Martijn WIELING, « Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights », (2020) 28 *Artificial Intell. L.* 237.

209 Michael LIVERMORE et Dan ROCKMORE, « France Kicks Data Scientists Out of Its Courts », *Futuretense* (21 juin 2019, 7:30 AM), en ligne : <<https://slate.technology/2019/06/france-has-banned-judicial-analytics-to-analyze-the-courts.html>>; voir aussi Dom GALEON, « A New Kind of Judge ? AI Lawyer Correctly Predicts Outcomes of Human Rights Cases », *Futurism* (25 oct. 2016), en ligne : <<https://futurism.com/a-new-kind-of-judge-ai-lawyer-correctly-predicts-outcomes-of-human-rights-cases>>.

[122] En plus de cette utilisation de l'analyse des données, diverses entités prétendent qu'elles peuvent déterminer l'état émotionnel d'individus²¹⁰, voire déterminer l'incidence d'une information donnée à partir de l'analyse de données textuelles, audio ou audiovisuelles. Le dossier judiciaire pourrait ainsi faire l'objet d'utilisations jamais auparavant imaginées.

1.2 L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE AU SERVICE DE LA PRISE DE DÉCISION JUDICIAIRE

[123] L'utilisation la plus connue de l'IA par les tribunaux américains est relative aux instruments d'« évaluation des risques ». Ces instruments sont largement utilisés dans les affaires pénales aux États-Unis pour aider les juges à prendre des décisions concernant la mise en liberté avant procès, ainsi que la détermination de la peine. Bien qu'il ne s'agisse d'« IA » qu'au sens le plus large et le plus étendu du terme²¹¹, ces outils demeurent largement répandus au sein des tribunaux américains²¹². Leur utilisation demeure toutefois très controversée et pose d'importantes questions politiques²¹³. Si un juge utilise un tel outil dans la salle d'audience ou lors d'un procès à distance, cet outil constitue une « technologie judiciaire », indiquant la nature expansive de cette notion.

[124] À l'heure actuelle, il semble que l'IA ne puisse pas se substituer au juge compte tenu de la complexité des décisions en matière de crédibilité et d'interprétation de précédents changeants. Des articles de presse indiquent toutefois que la Chine utilise l'IA non seulement pour aider les juges, mais aussi pour prendre des décisions à leur place²¹⁴.

2. DOSSIERS JUDICIAIRES

[125] À l'ère moderne, nous sommes passés du « sténographe judiciaire », qui notait à l'origine les débats à la main, au monde de la transcription électronique en temps réel²¹⁵ et de l'enregistrement numérique audio ou audiovisuel. L'enregistrement numérique audiovisuel signifie que le comportement des juges lors d'audiences est désormais entièrement préservé, ce que certains pourraient trouver inquiétant. Le fait de « reposer ses yeux » peut, par exemple, mener à un appel²¹⁶. En outre, l'avènement des

210 Voir, par exemple, *Speech Emotion Analyzer*, en ligne : <<https://github.com/Mitesh-Puthran/Speech-Emotion-Analyzer>>; *Emotion Recognition Using Speech*, en ligne : <<https://github.com/x4nth055/emotion-recognition-using-speech>>.

211 Voir Fredric I. LEDERER, « Problematic AI, When Should We Use It ? », *Harv Advanced Leadership Initiative Social Impact Rev* (2022), en ligne : <<https://www.sir.advancedleadership.harvard.edu/articles/problematic-ai-when-should-we-use-it>> (citant le Dr Karl Branting de Mitre, lequel offre une définition large de l'IA qui inclut l'apprentissage automatique).

212 Voir, par exemple, *State v. Loomis*, 881 N.W2d 749 (Wis. 2016).

213 *Ibid.*

214 Ben WODECKI, « AI Helps Judges Decide Court Cases in China », *AI Business* (18 juillet 2022), en ligne : <<https://aibusiness.com/verticals/ai-helps-judges-decide-court-cases-in-china>>.

215 Fournir par des sténographes en temps réel ou des rédacteurs vocaux en temps réel (à l'aide d'un logiciel de reconnaissance vocale formé à la voie du sténographe, lequel répète ce qui est dit).

216 Lors d'une démonstration faite par le CLCT il y a de nombreuses années, un avocat a contesté le fait que le juge dormait pendant la procédure. La transcription du texte ne rapporte que la déclaration du juge : « Je ne faisais que reposer mes yeux ». L'enregistrement audio-vidéo le montre profondément endormi, se réveillant brusquement à l'objection, puis retombant dans son assoupissement.

audiences à distance a ouvert la voie à l'enregistrement non officiel des débats judiciaires.

[126] La plupart des juridictions aux États-Unis exigent encore des transcriptions textuelles. Il est important de noter qu'un certain nombre d'entreprises proposent désormais une transcription automatisée de la parole au texte basée sur l'IA²¹⁷. Avant la COVID-19, le Center for Legal & Court Technology (CLCT) a aidé le Corps des juges-avocats généraux de la marine américaine et FTR (For the Record) à déterminer l'efficacité d'un tel système^[15]. Le 19 septembre 2022, le CLCT a notamment aidé FTR à évaluer et améliorer son système. Un système d'enregistrement judiciaire doit non seulement être suffisamment précis, mais il doit également identifier correctement les parties et gérer les situations dans lesquelles ceux-ci parlent l'un après l'autre. Bien que l'identification des locuteurs ait été impressionnante, la question de savoir si la précision de transcription de 95 %²¹⁸ annoncée par le système automatisé est suffisante et sujette à discussion. Toutefois, comme le texte généré par l'IA est lié aux données audio ou audiovisuelles enregistrées, cela permet une précision de 100 % dès lors qu'un doute persiste puisqu'il est possible de réviser le propos controversé²¹⁹.

[127] Ce qui nous semble évident, c'est que les sténographes et les transcripteurs humains seront remplacés par la technologie de l'IA. Pour de nombreux juges, cela éliminera des salles d'audience des professionnels souvent très appréciés. Par ailleurs, cela pourrait entraîner une tendance à créer des transcriptions mot à mot (verbatim) pour certains tribunaux qui ne sont pas des cours d'archives.

[128] Compte tenu de la difficulté à recruter suffisamment de sténographes et de transcripteurs²²⁰, la transition vers la transcription des audiences à l'aide de l'IA arrive peut-être à point. Cependant, le chômage technologique de tant de personnes talentueuses, dont beaucoup ont consacré des années de service aux tribunaux, aura des conséquences humaines importantes. Pendant de nombreuses années, le CLCT a suggéré que, compte tenu de leurs connaissances technologiques et de leur dévouement, de nombreux sténographes judiciaires seraient des technologues de salle d'audience naturels (experts en technologie judiciaire pouvant faire fonctionner la technologie conformément aux instructions du juge) s'ils recevaient une formation adéquate. Le passage à la transcription automatisée pourrait profiter à de nombreux juges en augmentant le nombre de technologues de salle d'audience hautement qualifiés.

[129] L'évolution vers des informations visuelles, en particulier des pièces à conviction, liée à l'utilisation de plus en plus courante de téléphones intelligents et d'éléments de preuve audiovisuelle, a créé un problème majeur en matière d'archives judiciaires qui n'a pas encore été traité de manière adéquate. Qui doit conserver les documents

217 Voir, par exemple, « Speech Recognition », *Courtsmart*, en ligne : <<https://www.court-smart.com/technology/speech-recognition/>>.

218 Comme deux de ses concurrents, CourtCall et Court Scribes, FTR (For the Record) est à la fois une entreprise partenaire du CLCT et un commanditaire du programme « CLCT Court Affiliates ». Le CLCT a également conclu un accord avec FTR pour aider l'entreprise à améliorer ses services.

219 Il convient de noter que tout système utilisant des rapporteurs ou des transcripteurs humains est également sujet à des erreurs.

220 Voir, par exemple, Steven LERNER, « A Dire Court Reporter Shortage, Depends on Who You Ask », *LAW360PULSE*, en ligne : <<https://www.law360.com/pulse/articles/1457442/a-dire-court-reporter-shortage-depends-on-who-you-ask>>.

audiovisuels lorsque les avocats présentent ce type d'artefact lors des plaidoiries d'ouverture, de la présentation des preuves et des plaidoiries de clôture ? Ces informations font souvent partie du dossier officiel du tribunal et seront nécessaires en cas d'appel. En outre, les médias et certains membres du public pourraient vouloir accéder à ces données. Les fichiers audiovisuels numériques sont très volumineux et le stockage de ces informations pendant de longues périodes sur des serveurs judiciaires potentiellement vulnérables n'est probablement pas souhaitable aux yeux du tribunal. D'autre part, le stockage, sur un serveur commercial tiers, signifierait que les données échapperaient au contrôle du tribunal et seraient entre les mains d'une entité qui peut ne pas comprendre l'importance particulière d'un document judiciaire.

3. DIFFUSION

[130] Les procès et les appels sont normalement ouverts au public. Même avant la pandémie de COVID-19, dans un souci de transparence, un certain nombre de tribunaux, en particulier les cours d'appel, diffusaient leurs procédures sur Internet. Lorsque la pandémie de COVID-19 a frappé et que la participation aux procédures en personne a chuté, une alternative à la visualisation physique des affaires s'est avérée nécessaire. La diffusion audiovisuelle s'est avérée être la solution.

[131] Un aspect possiblement inattendu de la diffusion en continu des procédures sur Internet est lié à ce qui est diffusé. L'une des caractéristiques importantes des affaires dans lesquelles des éléments de preuve sont présentés est la possibilité pour les personnes présentes dans la salle d'audience, y compris les médias, de voir les pièces à conviction et de mieux comprendre les procédures. Lorsque la pandémie est arrivée et que les tribunaux se sont tournés vers la diffusion en continu des procédures, nombre d'entre eux ont également diffusé en continu les pièces à conviction. Dans un cas particulier que j'ai pu visionner, CourtScribes a diffusé une affaire de Floride, *Bergeron v. Waste Management*²²¹. La vidéo comprenait non seulement les interrogatoires des avocats et les témoignages qui en résultaient, mais également les pièces à conviction.

4. L'AFFICHAGE VISUEL DES INFORMATIONS RELATIVES À L'AFFAIRE

[132] L'élément déterminant de la technologie judiciaire a été l'utilisation d'outils permettant de présenter au juge et, le cas échéant, aux jurés, des informations qui normalement seraient orales ou existeraient sous la forme de pièces à conviction tangibles. Dans une salle d'audience correctement équipée, un avocat ou une personne non représentée par avocat peut présenter des éléments de preuve matériels, des documents physiques et des données numériques. Pour ce faire, l'avocat connecte généralement un ordinateur portable, une tablette ou même un téléphone intelligent au système de distribution audiovisuel de la salle d'audience, qui transmet ensuite l'image

221 Voir, par exemple, Dan CHRISTENSEN, « Blockbuster Civil Trial of Bergeron vs Waste Management Finally Gets Underway - Six Years After Case Was Filed », *Florida Bulldog*, en ligne : <<https://www.floridabulldog.org/2022/04/blockbuster-civil-trial-bergeron-vs-waste-management-finally-gets-underway-six-years-after-case-was-filed/>>.

aux écrans muraux. À l'origine, l'équipement clé était une caméra documentaire qui pouvait être utilisée pour afficher tout ce qui était placé sous son objectif. Ce type de dispositif reste la norme dans les salles d'audience dotées d'une technologie de pointe²²².



Illustration de la preuve par téléphone intelligent de l'essai expérimental 2019 du CLCT pour le Navy JAGC

[133] La présentation électronique d'éléments de preuve est devenue de plus en plus importante avec l'introduction des enregistrements audiovisuels issus de téléphones intelligents, des courriels et des messages textuels. Qui plus est, bien qu'il soit d'usage de parler de présentation visuelle de la preuve, le recours à ces outils s'étend également à la présentation d'informations sous la forme de diaporamas PowerPoint, lors des plaidoiries d'ouverture et de clôture. Cela a parfois conduit à une utilisation préjudiciable de la technologie, en particulier lors de plaidoiries finales²²³, ce qui constitue un autre élément de préoccupation pour les juges.

[134] Bien qu'il existe pour l'instant peu de données spécifiques aux tribunaux permettant de le confirmer, nous soumettons l'hypothèse que l'affichage visuel des informations améliore la compréhension et la mémoire tout en permettant de gagner du temps. D'après l'expérience du CLCT, il semble y avoir un consensus sur le fait que l'utilisation d'une présentation visuelle électronique permet d'économiser 1/4 à 1/3 du temps nécessaire pour une affaire traditionnelle ayant recours au support papier. Il y a bon nombre d'années, après plusieurs simulations d'un procès civil avec jury d'une durée d'une heure et comportant six éléments de preuve, le CLCT a pu constater une économie de temps de 10 % grâce au recours aux outils de présentation visuelle de la preuve.

²²² Le CLCT utilise des caméras documentaires provenant de plusieurs fabricants, mais surtout de WolfVision.

²²³ Voir, par exemple, *In re Glasmann*, 286.P3d 673 (Wash. 2012).

[135] Du point de vue du juge, la présentation visuelle des éléments de preuve présente peu d'inconvénients, voire aucun, si l'avocat possède les connaissances et les compétences requises²²⁴. Dans le cadre du procès simulé mentionné ci-dessus dans lequel le CLCT a déterminé un gain de temps de 10 % dans un cas type, nous avons toutefois découvert un problème important et imprévu. Les avocats, en particulier ceux qui utilisent des logiciels de présentation de la preuve puissants tels que Trial Director 360 (le logiciel de présentation par défaut du CLCT), ont souvent recours à des « call-outs », des agrandissements de sections de textes clés ou autres parties d'un document. Nos jurés croyaient que les avocats agissaient ainsi afin de les empêcher de lire le reste du document. Nous avons par la suite constaté que ce problème se posait également pour au moins un tribunal fédéral de district et avons depuis recommandé que, au début d'un procès utilisant des informations visuelles présentées électroniquement, le juge, dans le cadre de ses instructions préliminaires, informe les jurés qu'ils pourront voir la page ou le document dans son intégralité lors des délibérations.

[136] L'affichage électronique offre également aux juges la possibilité d'afficher visiblement les instructions au jury sous forme de texte. Le CLCT utilise cette procédure lors de ses simulations de procès périodiques en laboratoire et a constaté qu'elle fonctionne plutôt bien.

5. COMPARUTIONS À DISTANCE

[137] Avant la pandémie de la COVID-19, les « comparutions à distance » désignaient généralement l'utilisation d'un équipement de vidéoconférence de qualité commerciale spécialement conçu pour la déposition à distance d'un témoin, en particulier à partir d'un autre pays²²⁵. Tout cela a changé, bien sûr, lorsque la pandémie de la COVID-19 a empêché les tribunaux de tenir des procès et des audiences en toute sécurité. De nombreux tribunaux et organismes juridictionnels se sont rapidement tournés vers des « applications » audiovisuelles telles que Zoom, Teams et Webex pour déplacer les affaires entièrement sur Internet. Les procès d'assise et même certains procès devant jury se sont déroulés dans le cyberspace. J'ai abordé cette question de manière plus détaillée ailleurs²²⁶, mais tout compte fait, il semble que cette mesure d'urgence ait été couronnée de succès et qu'elle ait probablement eu des conséquences massives à long terme. Il y a bien sûr des limites à ce passage au cyberspace. Il convient de noter que la constitutionnalité du témoignage à distance des témoins de l'État dans les affaires pénales, à la lumière de la clause de confrontation, n'est pas claire²²⁷. De même, les procès devant jury à distance, qu'ils soient civils ou pénaux, pourraient être jugés inconstitutionnels en l'absence du consentement de toutes les parties, étant donné qu'un groupe disparate de jurés comparaisant à partir de leurs domiciles respectifs

224 Malheureusement, cela ne peut être présumé. Lors d'un procès, l'avocat ne savait pas qu'il devait appuyer sur une combinaison de touches pour que son ordinateur portable s'affiche sur le système de diffusion vidéo de la salle d'audience. Il s'est plaint au juge que l'équipement du tribunal était défaillant jusqu'à ce que l'huissier corrige le problème sur l'ordinateur portable de l'avocat

225 Voir, par exemple *State v. Harell*, 709 So. 2d 1364 (Fl. 1998).

226 Fredric I. LEDERER, « The Evolving Technology Augmented Courtroom Before, During, and After the Pandemic », (2021) 23 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 301.

227 *Ibid.*, aux p. 320-21.

peut difficilement être considéré équivalent à un jury classique où les jurés sont contraints de traiter en personne les uns avec les autres durant de longues périodes.

[138] À la demande de la Conférence administrative des États-Unis, le CLCT a étudié l'utilisation des audiences à distance par douze grandes agences juridictionnelles fédérales²²⁸. En 2020 et 2021, les conférences annuelles des tribunaux affiliés au CLCT²²⁹ ont mis l'accent sur les audiences à distance, et le CLCT a mené, en 2022 une grande étude sur les réactions des avocats, des parties non représentées et des témoins à leur participation à des procédures à distance²³⁰. Ce que nous avons appris est étonnamment uniforme :

- en dépit de problèmes récurrents tels que les « pépins » de la bande passante et les erreurs occasionnelles des utilisateurs²³¹, les audiences à distance, y compris des procès entiers, ont été couronnés de succès ;
- malgré le fait que, durant des années, les visiteurs de la salle d'audience McGlothlin du CLCT à la Faculté de droit du College of William & Mary ont exprimé leur inquiétude quant à la détermination de la vérité de témoignages à distance, de telles inquiétudes quant à l'établissement de la vérité sur la base de l'analyse du comportement n'ont pas été partagées ;
- plus souvent qu'autrement, les pièces à conviction et autres informations numériques à visionner lors de la présentation ont été soumises avant l'audience ;
- dans certains cas, il est possible de prétendre que les parties et/ou les témoins semblent plus à l'aise de comparaître à distance que de se rendre dans une salle d'audience.

[139] Bien que les procédures aient généralement été couronnées de succès, cela était souvent dû à la préparation de l'audience et aux tests technologiques et de protocole, lesquels ont imposé une charge de travail importante au personnel du tribunal ou de l'agence.

[140] D'autres problèmes ont évidemment été soulevés, dont la « Zoom fatigue » (difficulté à maintenir l'attention). Les juges ont par ailleurs exprimé une préoccupation constante : comment faire comprendre aux participants à distance l'importance de la procédure en l'absence d'une salle d'audience réelle. Pour certains, la présence d'une toile de fond photographique adéquate dans la salle d'audience a suffi. D'autres ont exprimé des doutes.

228 Fredric I. LEDERER et THE CENTER FOR LEGAL & COURT TECHNOLOGY, « Analysis of Administrative Agency Adjudicatory Hearing Use of Remote Appearances and Virtual Hearings » (JUNE 3, 2021), en ligne : <<https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/virtual-hearings-final-report.pdf>>.

229 Les tribunaux fédéraux, étatiques, amérindiens et canadiens soutenus par le CLCT. Voir Court Affiliates, en ligne : <<https://legaltech.center.net/court-affiliates/>>.

230 Avec l'aide du programme « CLCT Court Affiliates ». Cette étude est en cours et cet article ne reflète pas les données que nous obtiendrons.

231 Comme le fameux « Je ne suis pas un chat, votre honneur », résultat de l'utilisation accidentelle d'un filtre Zoom. Voir, par exemple, Bloomberg QUICKTAKE, « I'm Not a Cat : Filter Turns Texas Attorney into a Cat During Zoom Hearing », YOUTUBE (10 février 2021), en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=s-frHneo95k>>.



Témoignage holographique à distance apparaissant dans un Proto Epic en 2023.

[141] Bien que les tribunaux (c'est-à-dire, dans la plupart des cas, les juges) se demandent aujourd'hui s'ils doivent continuer à mener des audiences à distance²³² et, le cas échéant, à quel moment il importe de rappeler que ces derniers, ainsi que les administrateurs judiciaires, se posent ces questions malgré une utilisation d'urgence réussie des outils technologiques depuis de nombreuses années. Les juges qui avant la pandémie exprimaient de vives inquiétudes quant à l'utilité de la technologie et à sa facilité d'utilisation, savent aujourd'hui que, en dépit de problèmes occasionnels, cette technologie est normalement fiable et simple à utiliser.

[142] Alors que nous laissons de côté les préoccupations concernant la COVID-19 en tant que risque majeur pour la santé, la question de la technologie des salles d'audience qui est centrale pour de nombreux tribunaux et agences est de savoir quand et comment mener au mieux des audiences « hybrides », c'est-à-dire des audiences qui peuvent se dérouler dans une salle d'audience, mais pour lesquelles au moins une personne se trouve à distance. Le National Center for State Courts mène une étude importante sur les différentes approches²³³ et le CLCT a mené en 2022-2023 différentes approches expérimentales au sein de la salle d'audience McGlothlin.

6. TECHNOLOGIE D'ASSISTANCE

[143] La « technologie d'assistance » s'étend à la technologie utilisée dans la salle d'audience pour les personnes ayant des besoins particuliers, généralement les juges, les avocats, les témoins, les parties ou les jurés. En plus de répondre aux besoins des personnes ayant des problèmes de mobilité, comme les utilisateurs de fauteuils roulants ou de poussettes, la technologie d'assistance peut aider les personnes dont l'audition, la vision et la parole sont limitées ou inexistantes. La salle d'audience

²³² Pour les considérations, voir CALIFORNIA COMMISSION ON ACCESS TO JUSTICE, « Remote Hearings and Access to Justice », COSCA (juillet 2021).

²³³ NCSC Launches Hybrid Hearings Initiative to Help Identify Best Practices, NAT'L CTR. FOR STATE COURTS (30 juin 2022), en ligne : <<https://www.ncsc.org/newsroom/at-the-center/2022/ncsc-launches-hybrid-hearings-initiative>>. [<https://web.archive.org/web/20220706134933/https://www.ncsc.org/newsroom/at-the-center/2022/ncsc-launches-hybrid-hearings-initiative>].

McGlothlin, par exemple, contient des équipements pour les personnes ayant des problèmes de vision, en particulier la dégénérescence maculaire, ainsi que des problèmes auditifs. Lors d'une simulation de procès, le CLCT a fourni au juge qui souffrait de dégénérescence maculaire un « explicateur » dédié au tribunal, qui lui offrait un commentaire verbal en continu pour compenser sa vision limitée²³⁴

7. PROBLÈMES LIÉS À LA TECHNOLOGIE DES SALLES D'AUDIENCE

[144] De manière générale, à l'exception sans doute des problèmes inhérents aux technologies basées sur l'IA, la technologie judiciaire est très fonctionnelle, fiable et facile à utiliser. La question devient donc celle de savoir, en particulier du point de vue du juge, quels sont les problèmes liés à la technologie judiciaire. Inévitablement, la première préoccupation est le coût, qui n'est pas une préoccupation judiciaire directe, sauf lors de la planification de la construction d'une salle d'audience ou d'une rénovation. Une salle d'audience dotée d'une technologie de pointe et techniquement sophistiquée doit utiliser un câblage à large bande passante (même à l'ère du Wifi), ce qui est dispendieux. Heureusement, les coûts continuent de baisser tandis que les capacités technologiques s'améliorent. Selon Martin Gruen, directeur adjoint du CLCT, en 1990 une salle d'audience dotée d'une technologie avancée pouvait coûter 250 000 \$; la même salle d'audience coûterait 100 000 \$ aujourd'hui et serait plus performante. Grâce au Wifi, il est possible de créer une salle d'audience plus basique à moindre coût et même de la transporter.

[145] Un certain nombre d'entreprises, dont CourtCall, Court Scribes et FTR, ont indiqué à l'auteur du présent texte qu'elles sont non seulement capables de créer des salles d'audience technologiques (et de moderniser les salles existantes), mais qu'elles sont également en mesure de le faire, ne serait-ce que pour un seul procès ou une seule procédure. Du point de vue du juge, le principal problème lié à la technologie des salles d'audience sera probablement la fiabilité de la technologie. Cela implique deux préoccupations différentes : un soutien technique adéquat pour que la technologie soit capable de fonctionner correctement et un fonctionnement adéquat durant l'audience.

[146] Comme nous le savons tous, il arrive que la technologie fonctionne mal ou tombe en panne. Le moins que l'on puisse dire, c'est que cela n'est pas souhaitable dans le cadre d'une procédure judiciaire. Comme toutes les technologies finissent par tomber en panne, il est essentiel que les tribunaux assurent une maintenance adéquate de leurs systèmes et le remplacement du matériel si nécessaire. Bien entendu, cela représente une charge pour leur personnel. Pour les tribunaux qui doivent compter sur le soutien hors site du comté ou d'un autre organisme, cela peut constituer un problème majeur. Les salles d'audience équipées de technologie devraient être conçues et installées avec des options de secours d'urgence, mais même lorsque fait correctement, cela peut nécessiter l'aide d'un technologue averti.

[147] Le déploiement réussi de solutions de technologie judiciaire dans les salles d'audience nécessite généralement que ces outils puissent être utilisés par les avocats,

²³⁴ Toutes les données sont conservées électroniquement en cas d'appel.

ainsi que par un ou plusieurs membres du personnel de la cour. Dans ce dernier cas, il peut s'agir du juge ou, notamment lors d'affaires importantes ou complexes, d'un greffier ou autre employé du tribunal. Le CLCT désigne la personne habituellement chargée de ces tâches sous le nom de « technologue de la salle d'audience ». Les erreurs technologiques commises par les avocats peuvent être gênantes et faire perdre du temps. Les défaillances apparentes de la technologie judiciaire elle-même peuvent être des « obstacles » et nécessitent généralement l'intervention d'un technicien de salle d'audience compétent pour diagnostiquer et, si possible, réparer l'erreur. En tout état de cause, il est évident que ces problèmes peuvent retarder une procédure, voire la perturber. Cependant, tout en admettant ce point, il est important de se rappeler que nous pourrions avoir les mêmes problèmes, voire pire, si un juge, un avocat, un témoin ou un juré était retardé à son arrivée au palais de justice en raison d'un problème automobile ou, dans le monde actuel, s'il était soudainement atteint de la COVID-19 ou d'une autre condition médicale.

[148] De plus, compte tenu du fait que les technologies judiciaires modernes dépendent des ordinateurs et d'Internet, il est impératif de souligner l'importance de prendre des précautions adéquates en matière de cybersécurité.

CONCLUSION

[149] À la lumière, notamment, de la pandémie de la COVID-19, la technologie judiciaire est devenue une composante essentielle de nombreuses salles d'audience. L'intelligence artificielle et les formes connexes de technologie sont très prometteuses afin d'aider les juges tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la salle d'audience. La panique liée à la COVID-19 a mis l'accent sur la nécessité de disposer d'une technologie utile, fiable et facile à utiliser; les technologues et les entreprises commerciales ont largement reconnu ces besoins. En conséquence, du point de vue du juge, les technologies qu'il choisit d'utiliser devraient normalement lui être utiles et le soutenir.

RÉFÉRENCES

CHRISTENSEN, Dan (2022) « Blockbuster Civil Trial of Bergeron vs Waste Management Finally Gets Underway - Six Years After Case Was Filed », Florida Bulldog, en ligne : <<https://www.floridabull-dog.org/2022/04/blockbuster-civil-trial-bergeron-vs-waste-management-finally-gets-underway-six-years-after-case-was-filed/>>.

GALEON, Dom (2016) « A New Kind of Judge ? AI Lawyer Correctly Predicts Outcomes of Human Rights Cases », Futurism, en ligne : <<https://futurism.com/a-new-kind-of-judge-ai-lawyer-correctly-predicts-outcomes-of-human-rights-cases>>.

LEDERER Fredric I. (2022) « Problematic AI, When Should We Use It ? », Harv Advanced Leadership Initiative Social Impact Rev, en ligne : <<https://www.sir.advancedleadership.harvard.edu/articles/problem-atic-ai-when-should-we-use-it>> (citant le Dr Karl Branting de Mitre pour une définition large de l'AT qui inclut l'apprentissage automatique).

LEDERER Fredric I. (2021a), « The Evolving Technology Augmented Courtroom Before, During, and After the Pandemic », (2021) 23 Vand. J. Ent. & Tech. L. 301.

LEDERER Fredric I. (2021b), « Analysis of Administrative Agency Adjudicatory Hearing Use of Remote Appearances and Virtual Hearings » (JUNE 3, 2021), en ligne : <<https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/virtual-hearings-final-report.pdf>>.

LERNER, Steven (2022), « A Dire Court Reporter Shortage, Depends on Who You Ask », LAW360PULSE, en ligne : <<https://www.law360.com/pulse/articles/1457442/a-dire-court-reporter-shortage-depends-on-who-you-ask>>.

LIVERMORE, Michael & ROCKMORE, Dan (2019), « France Kicks Data Scientists Out of Its Courts », Futuretense, en ligne : <<https://slate.contechnology/2019/06/france-has-banned-judicial-analytics-to-analyze-the-courts.html>>;

MEDVEDEVA, Masha, VOLS, Michel & WIELING, Martijn (2020), « Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights », 28 Artificial Intell. L. 237.

WARMINSKY, Joe (2022) « Clearview AI Agrees to Block US Commercial Access to its Facial Identification Database », The Record, en ligne : <<https://therecord.media/clearview-ai-settlement-aclu/>>.

WIGGINS, Kyle (2022), « The Pitfalls of AI that Could Predict the Outcome of Court Cases », Venturebeat, en ligne : <<https://venturebeat.com/business/the-pitfalls-of-ai-that-could-predict-the-outcome-of-court-cases/>>.

WODECKI, Ben (2022), « AI Helps Judges Decide Court Cases in China », AI Business, en ligne : <<https://aibusiness.com/verticals/ai-helps-judges-decide-court-cases-in-china>>.

Ressources pour les juges

KNOWLTON, Natalie Anne & Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys., (2014), The Modern Family Court Judge : Knowledge, Qualities & Skills for Success, en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/modern-family-court-judge-knowledge-qualities-skills-success>>.

DAVIDSON, Janice & Inst., for the Advancement of the Am. Legal Sys., (2015), Unbundling Legal Services : A Toolkit for Court Leadership en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/unbundling-legal-services-toolkit-court-leadership>>.

KAUFFMAN, Brittany K.T., Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys., Change the Culture, Change the System : Top 10 Cultural.

Shifts Needed to Create the Courts of Tomorrow (2015), en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/change-culture-change-system>>.

Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys., Judges Aren't Sexy : Engaging and Educating Voters in a Crowded World (2016), en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/judges-arent-sexy-engaging-and-educating-voters-crowded-world>>.

Nat'l Ctr. for State Cts. & Inst. for the Advancement of the Am. (2016), Legal Sys., Call to Action : Achieving Civil Justice for All, Recommendations to the Conference of Chief Justices by the Civil Justice Improvements Committee en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/call-action-achieving-civil-justice-all>>.

Nat'l Ctr. for State Cts. & Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys., (2017), Transforming Our Civil Justice System for the 21 st Century : A Roadmap for Implementation, en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/transforming-our-civil-justice-system-21-st-century-roadmap>>.

WHEELER Russell & REDDICK, Malia, & Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys., (2017), Judicial Recusal Procedures : A Report on the IAALS Convening en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/judicial-recusal-procedures>>.

KAUFFMAN, Brittany K.T. & KNOWLTON, Natalie Anne & Inst. for the Advancement of the Am. (2018), Legal Sys., Redefining Case Management en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/redefining-case-management>>.

KOURLIS, Rebecca Love, SWISHER Keith & WHEELER, Russell & Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys., (2018), Recommendations for Judicial Discipline Systems, en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/recommendations-judicial-discipline-systems>>.

GREACEN, John M., & Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys., (2018) ,Eighteen Ways Courts Should Use Technology to Better Serve Their Customers, en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/eighteen-ways-courts-should-use-technology-better-serve-their-customers>>.

KAUFFMAN, Brittany K.T. & Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys., (2019), Efficiency in Motion: Recommendations for Improving Dispositive Motions Practice in State and Federal Courts, en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/efficiency-motion-dispositive-motions>>.

Nat'l Ctr. for State Cts., & Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys. & Nat'l Council of Juvenile and Family Court Judges, (2019), Family Justice Initiative : Principles for Family Justice Reform, en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/principles-family-justice-reform>>.

GREACEN John M. & HOULBERG, Michael (2019), Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys., Ensuring the Right to Be Heard : Guidance for Trial Judges in Cases Involving Self-Represented Litigants, en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/ensuring-right-be-heard>>.

KAUFFMAN, Brittany K.T. & MEYER, Brooke & Inst. for the Advancement of the Am. Legal Sys., (2020), Transforming Our Civil Justice System for the 21st Century: The Road to Civil Justice Reform, en ligne : <<https://iaals.du.edu/publications/transforming-our-civil-justice-system-21-st-century-road-civil-justice-reform>>.

L'ARBITRAGE : UNE JUSTICE SANS PALAIS

Charles JARROSSON²³⁵

²³⁵ Professeur émérite de l'Université de Paris II et directeur de la Revue de l'arbitrage

Résumé

L'arbitrage est une forme originale de justice. Rendue hors de l'institution judiciaire, hors des palais de Justice, elle n'entre pas a priori dans ce qui pourrait être considéré comme un des « espaces de la Justice ». Pourtant, l'arbitrage entretient avec la question de l'espace – ou, si l'on préfère, avec la question des lieux – des rapports très divers et disparates qui mettent en lumière nombre de ses caractéristiques et de ses spécificités. Espace et lieux constituent des vecteurs particulièrement fructueux pour la compréhension de l'arbitrage, et particulièrement de l'arbitrage international.

INTRODUCTION

[150] La présente intervention constitue le premier volet d'une série de conférences qui aborderont selon des angles très différents la question des espaces de la justice.

[151] Cet intitulé, les espaces de la Justice, est particulièrement large, ne serait-ce que parce que les deux termes qui le composent le sont également.

[152] Le premier terme, l'espace, parle de lui-même. Alors, lorsque l'on parle « des » espaces, on imagine facilement que le terme est à comprendre de manière extensive et que parler au pluriel des espaces de justice, revient à s'attacher à tous les lieux où la justice peut être rendue, mais aussi à s'ouvrir à d'autres notions comme celles de place, de territoire ou d'ordre juridique.

[153] Le deuxième terme, la Justice (avec une majuscule), ce peut être non seulement ce qui est idéalement juste, mais aussi tout ce qui relève du service public de la Justice et qui comprend au premier chef l'ensemble des tribunaux et, plus généralement, l'organisation judiciaire : c'est à mon avis ce deuxième sens qui sera privilégié dans les conférences qui se succéderont, mais pas uniquement, car la Justice n'est pas rendue seulement dans le cadre de la justice étatique, ni dans les espaces que l'État lui dédie. C'est alors qu'apparaît l'arbitrage.

[154] L'arbitrage est une forme de justice originale. Elle est une justice privée en ce sens qu'elle est rendue par une personne privée qui n'agit pas dans le cadre d'une profession, mais qui intervient parce que les parties en litige l'ont voulu. Elle s'oppose à la justice dite publique ou officielle, qui est celle mise en place par l'État.

[155] De l'arbitrage, on peut proposer la définition suivante : « L'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci » (JARROSSON, 1987).

[156] C'est une question de philosophie du droit que de savoir si l'arbitrage existe parce que le droit naturel autoriserait les sujets de droit à se tourner vers un tiers pour qu'il résolve le litige qui les oppose, ou bien, dans une vision non plus jusnaturaliste, mais positiviste, parce que les États ont consacré dans leur législation une place à l'arbitrage. On pourrait même risquer une troisième explication (dont je ne suis pas certain qu'elle corresponde à la réalité), qui regrouperait les deux premières, et consisterait à dire que c'est parce qu'ils avaient l'intuition que l'arbitrage relevait du droit naturel que les États l'ont intégré dans leur législation... La question est en réalité sans grande portée pratique, car même si l'on opte pour une vision positiviste de l'arbitrage, on ne peut que constater que presque tous les États de la planète connaissent et reconnaissent l'arbitrage comme mode de règlement des litiges. Il suffit pour le vérifier de noter qu'au 26 septembre 2022, 170 États étaient parties à la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ou qu'au 14 juillet 2022, 165 États avaient signé la Convention de Washington du 18 mars 1965 (157 l'avaient ratifiée à cette date), Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, c'est cette Convention qui a porté création du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI/ICSID).

[157] Un survol historique permet de constater que l'arbitrage est extrêmement ancien et, si son origine se perd dans les sables de l'Histoire, on en décèle des traces non seulement dans l'Antiquité romaine, mais avant elle dans la Grèce archaïque et même peut-être en Mésopotamie et dans la Chine ancienne²³⁶.

[158] Il est donc impossible de nier que l'arbitrage est une forme de justice qui s'est affranchie des limites du temps comme de celles de l'espace.

[159] Laissons là le temps et concentrons-nous sur l'espace, sur les espaces, dans leurs relations avec l'arbitrage.

[160] Nous sommes désormais habitués à considérer que l'espace n'est pas seulement une réalité tangible, mais qu'il peut également être virtuel. Il semble bien que la distinction entre le réel et le virtuel puisse ici encore trouver un terrain d'application, même si l'on va voir que ces termes, appliqués à l'arbitrage, risquent fort de nous entraîner assez loin de ce qu'ils pourraient recouvrir s'ils étaient appliqués à la justice étatique ; assez loin, et dans des contrées que celle-ci ignore.

I. LES ESPACES RÉELS

[161] Si l'on s'attache aux espaces réels, c'est-à-dire à la géographie, aux lieux physiques, l'arbitrage apparaît d'abord comme l'antithèse de la justice étatique (A), mais dans la réalité, le lieu physique conserve un rôle non négligeable en matière d'arbitrage (B).

A) L'ARBITRAGE, ANTITHÈSE DE LA JUSTICE ÉTATIQUE

[162] Cet intitulé peut être illustré à partir de quelques mots qui évoquent l'idée d'espaces : les lieux, les places, le territoire, le monde. Reprenons-les un à un.

LIEUX DÉDIÉS

La justice étatique est rendue dans des lieux dédiés, des lieux spécifiques : les Palais de Justice. Le Palais de Justice n'est pas qu'un espace où l'administration de la justice suit son cours. Il est le lieu où la Justice est rendue et il est donc aussi un lieu de pouvoir, un lieu où l'État exerce sa souveraineté. C'est ce qui explique son architecture solennelle, souvent empruntée au style gréco-romain. Je n'en veux pour preuve que par exemple les bâtiments qui abritent la Cour suprême des États-Unis, la Cour d'appel du Québec ou, à Paris, le Palais de Justice sur l'Île de la Cité, où sont restées la Cour d'appel et la Cour de cassation. Le nouveau Palais de Justice qui abrite le Tribunal judiciaire de Paris est très moderne, il a abandonné les colonnes néo-hellénistiques, mais il a conservé une architecture magistrale qui se voit de loin. Aujourd'hui, pour les petites affaires du quotidien, celles qui relèvent de ce que l'on appelle la justice de proximité – en ce comprise la conciliation de justice – on trouve (en France) aux côtés des Palais de Justice des « Maisons de Justice » ; c'est un peu comme si, pour la

236 Voir J. Velissaropoulos-Karakostas : « L'arbitrage dans la Grèce antique. Époques archaïque et classique », *Rev. arb.*, 2000.9-26; Michel Humbert et Bruno de Loynes de Fumichon, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.*, 2003.285-348; S. Lafont, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000.557-590; Dominique Gaurier, « Le règlement privé des conflits dans la Chine impériale : arbitrage ou médiation ? », *Rev. arb.*, 2004.189-223; F. Constant, « L'arbitrage en Chine des Ming (1368-1644) jusqu'à nos jours », *Rev. arb.*, 2011.3-55

justice du quotidien, l'on avait voulu faire disparaître le terme de « Palais », trop impressionnant, pour celui plus rassurant de « Maison », mais il reste qu'il s'agit toujours d'un bâtiment officiel.

[163] Pour l'anecdote, on rappellera que la Justice étatique elle-même a pu parfois s'affranchir des limites du Palais : Saint Louis rendait la justice sous un chêne et l'on a admis les audiences foraines, celles qui justement se tenaient ailleurs que dans les Palais de Justice, mais cela reste très marginal.

[164] En matière d'arbitrage, il n'y a pas de lieu de pouvoir dédié, il n'y a pas de lieu de Justice. L'arbitre n'a pas besoin de prononcer la sentence dans un lieu officiel ou public ou même dans un lieu particulier. L'arbitrage est une justice, non pas opaque ou secrète, mais discrète : n'étant pas publique, il n'y a pas de lieu où le public pourrait venir assister aux audiences ou prendre connaissance de la sentence²³⁷. Certes, lors de l'audience ou des réunions d'arbitrage, arbitres et parties se réunissent, mais la salle n'est pas une salle dédiée, c'est une simple salle de réunion, parfois chez l'un des conseils. Pas de robe ni de toge, tous les participants sont en civil.

[165] L'arbitre est un juge éphémère : il est arbitre le temps de l'arbitrage; il travaille chez lui ou à son bureau.

[166] Il existe aux côtés des arbitrages organisés par les seules parties (arbitrages dits ad hoc) des arbitrages dits institutionnels en ce sens qu'ils sont organisés sous l'égide et en application du règlement d'un centre d'arbitrage. Ces centres d'arbitrage ont une implantation géographique (ex. la Chambre de commerce internationale (CCI) à Paris, la Camera arbitrale di Milano (CAM) à Milan, la London Court of International Arbitration (LCIA) à Londres, l'Association française d'arbitrage (AFA) à Paris, etc.). Mais, ce n'est pas parce qu'un arbitrage est administrativement géré au siège de la CCI à Paris par exemple que la sentence y sera rendue. L'arbitrage n'y est pas localisé pour autant. Le siège d'une institution d'arbitrage est un lieu où le secrétariat de l'institution travaille, suit la procédure arbitrale, vérifie le projet de sentence, mais le centre d'arbitrage n'arbitre pas lui-même. Le centre d'arbitrage est un lieu d'activité « para-arbitrale ». Le siège mondial de la CCI à Paris n'empêche pas la gestion d'arbitrages aux quatre coins de la planète. Certes, la CCI a créé des antennes à Hong Kong, New York, Singapour, Sao Paolo et Abu Dhabi, où des équipes gèrent les arbitrages, mais la Cour d'arbitrage reste à Paris.

[167] Le centre d'arbitrage n'est donc pas véritablement un espace de justice. Toutefois, certains centres (le CIRDI, la CCI, la Chambre arbitrale de Milan, par ex.) peuvent mettre à la disposition des parties des salles d'audience, des salles réservées pour chacune des parties, pour les arbitres, pour les témoins ou experts. À cet égard et dans cette mesure, ces centres peuvent être temporairement considérés comme des espaces de justice arbitrale.

237 Néanmoins, dans certaines matières, le droit international des investissements et le droit international du sport, une certaine transparence existe, qui permet de suivre sur un site les étapes de la procédure arbitrale et d'avoir accès aux écritures des parties comme aux décisions des arbitres.

PLACES

[168] Les États ont tous une législation sur l'arbitrage. Une législation complète sur l'arbitrage est plus attrayante, particulièrement si elle prévoit une coopération du juge étatique avec l'arbitrage²³⁸ et si les modalités du contrôle sont prévisibles. Certains États (France, Suisse, Angleterre, puis Singapour, par ex.) ont rapidement développé une législation et une jurisprudence favorables à l'arbitrage. Ils sont devenus des « places » d'arbitrage, c'est-à-dire des lieux fréquemment choisis par les parties pour leurs arbitrages. À elles seules, des villes comme Paris, Londres, Genève, Zurich et New York centralisent une majorité des arbitrages organisés par la CCI par exemple.

TERRITOIRE

[169] La justice étatique ne se rend pas seulement en des lieux dédiés; ces lieux ne se situent pas n'importe où, ils sont répartis sur le territoire de l'État ou de la Province, selon des règles de compétence territoriale : le juge étatique a une compétence juridictionnelle qui est limitée à un territoire, à un ressort précis : il est soumis à des règles de compétence territoriale.

[170] L'État n'a pas le monopole de la justice sur son territoire, puisque l'arbitrage y a sa place, mais la notion de territoire reste étrangère à l'arbitrage. En effet, le pouvoir de juger de l'arbitre n'est pas territorialement limité. La sentence sera rendue – j'y reviendrai – au lieu que les parties auront choisi.

[171] La notion de compétence territoriale n'a pas de sens en matière d'arbitrage : il n'y a pas de zone géographique en-deçà de laquelle il serait compétent et au-delà de laquelle il deviendrait incompétent.

[172] L'arbitre partage avec le juge étatique la juridiction, c'est-à-dire le pouvoir juridictionnel (i.e. le pouvoir de dire le droit, de juger), mais il ne rend la justice ni au nom de l'État ni au nom du peuple, mais au profit des parties qui l'ont nommé. L'arbitre n'a donc pas de for contrairement au juge étatique; il n'a donc pas l'obligation d'appliquer les règles de conflit de lois du lieu où il siège et il n'est pas intégré dans un ordre juridique (c'est là la vision française, mais pas la conception suisse)²³⁹. En revanche, il doit conserver un œil sur les règles d'ordre public procédural du lieu de l'arbitrage afin d'éviter le risque d'annulation de la sentence.

[173] Le fait qu'un arbitre rende sa sentence sur le territoire d'un État n'en fait évidemment pas une juridiction de cet État, comme l'a confirmé la Cour de justice de l'Union européenne, et la violation des droits de l'Homme par une sentence ne met pas en jeu la responsabilité de l'État sur le territoire duquel cette violation a eu lieu²⁴⁰.

238 Voir Ph. Fouchard, « La coopération du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985.5, reproduit dans Philippe Fouchard, *Écrits*, CFA éd., 2007, p. 5. Voir également, la très belle recherche de F. Bachand, dirigée par Ph. Fouchard et intitulée : *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, LGDJ, 2005, Paris, préf. Ch. Jarrosson.

239 Voir sur l'effet de la *lex arbitri*, les analyses de F. A. Mann et sa critique, notamment dans S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica éd., Paris, 2004, préf. P. Mayer, p. 17-64.

240 CJCE, 23 mars 1982, Nordsee, affaire n° 102/81; Rec. CJCE 1982, p. 1095; *Rev. arb.* 1982, p. 473, concl. av. gén. G. Reischl, et l'article de X. de Mello, p. 349; D. 1983, jur., p. 633, note J. Robert; Cah. dr. eur., 1983, p. 207, obs. F. Dumon.

[174] La justice étatique a le monopole de la contrainte pour faire exécuter par la force ses décisions sur le territoire de l'État : on parle alors d'imperium. C'est une des raisons du lien qui existe entre justice et territoire, le territoire devant ici être entendu comme un espace particulier et déterminé. Or l'arbitre est justement privé de cet imperium qui l'empêche de pouvoir directement mettre en œuvre le recours à la force publique (JARROSSON, 1991). Il convient pour la partie qui se prévaut d'une sentence qui n'est pas exécutée spontanément, de demander au juge étatique d'y ajouter son exequatur. Mais c'est alors la justice étatique qui prend le relais pour l'exécution forcée.

MONDE

[175] Y a-t-il un « monde de l'arbitrage » ? La question, on le devine, ne se pose que si l'on s'intéresse à la sociologie. On sait que le fonctionnement local, territorial, de la justice étatique, en ce compris les rapports entre magistrats et avocats, fait naître des usages que l'on désigne souvent par le terme d'Usages du Palais et qui s'appliquent au « monde du Palais ». Ces usages peuvent changer quelque peu d'un ressort juridictionnel à l'autre et bien entendu d'un pays à l'autre. Il y a donc une dose de localisme dans ces usages. Assiste-t-on désormais au même phénomène dans l'arbitrage et surtout dans l'arbitrage international ? La réponse est contrastée. En effet, on peut dans un premier temps répondre par la négative, car à la lumière de ce qui a déjà été dit, l'arbitrage ne se voit pas assigner un lieu précis, il ne se déroule pas dans un espace contraint. Il n'y a donc pas, dans un État donné, de corps d'arbitres comme il existe un corps judiciaire. Mais dans un deuxième temps et à l'inverse, on assiste dans l'arbitrage international à un phénomène notable (et à mon sens très regrettable) qui est celui de la standardisation : malgré la différence des lieux d'arbitrage, la pratique s'uniformise et s'alourdit, ce qui va en sens contraire de la vocation naturelle et originelle de l'arbitrage. C'est là à mon sens un vrai risque, car c'est dans une certaine mesure aussi une négation de la diversité culturelle et de l'imagination créatrice.

[176] Ainsi, sociologiquement, on peut dire que le monde de l'arbitrage existe, mais ses limites sont floues, car c'est un monde sans territoire, dont on ne peut dénombrer la population, même si elle a tendance à travailler de manière uniforme...

[177] Il ne faudrait cependant pas se laisser entraîner à penser, à la suite des considérations qui viennent d'être évoquées, que l'arbitrage est étranger à la notion d'espace ou de lieu, bien au contraire.

B) LE LIEU – OU LES LIEUX – DE L'ARBITRAGE

[178] La notion de lieu est si peu étrangère à l'arbitrage que celui-ci fait mieux que la justice étatique : il ne faut pas parler de lieu au singulier, mais plutôt au pluriel.

PLURALITÉ DE LIEUX

[179] Qui détermine le lieu de l'arbitrage ? En principe, ce sont les parties, à défaut ce seront les arbitres (cf. art. 20.1 loi-type de la CNUDCI), sauf à ce que l'arbitrage soit soumis à un règlement auquel les parties se sont référées et qui réserve le droit pour l'institution qui l'a édicté de le faire. Ainsi, le choix du lieu de l'arbitrage pourra intervenir postérieurement au choix par les parties de recourir à l'arbitrage et il se peut donc que

la procédure arbitrale ait commencé alors même que le lieu de l'arbitrage n'est pas encore fixé.

[180] Le lieu de l'arbitrage n'est pas unique : il y a le lieu choisi par les parties pour que la sentence y soit rendue et il y a le ou les lieux où les audiences se dérouleront, le lieu où l'une des parties demandera peut-être à un juge étatique d'ordonner des mesures d'urgence, le lieu où les arbitres travailleront leur dossier, le lieu où l'arbitrage sera administré si la procédure arbitrale est soumise au règlement d'un centre d'arbitrage. L'article 20.2 de la loi-type de la CNUDCI (loi à laquelle renvoie l'article 649 du *Code de procédure civile* du Québec à titre interprétatif) prévoit expressément ce possible émiettement de la procédure arbitrale entre divers lieux.

[181] En pratique, en matière internationale, le lieu choisi par les parties est toujours un pays et, plus précisément, une ville. En matière interne, la question est moins importante (sauf dans les États fédérés, auquel cas la Province ou l'État est précisé).

[182] On voit ainsi qu'en matière d'arbitrage, le lieu concret, réel, ne cesse de ressurgir et de se multiplier. Qu'en est-il dans un espace qui ne serait plus physique, réel, mais virtuel ?

II. L'ESPACE VIRTUEL

[183] Recourir à l'arbitrage, ce n'est pas fuir les espaces de justice étatique, c'est choisir – dès lors que l'on en a le droit – un autre mode de justice, qui reste juridictionnel mais n'est plus judiciaire. On vient de voir que si l'arbitrage n'est pas attaché à un lieu déterminé, dédié, il reste physiquement localisé. Mais si l'on décale l'analyse pour la mener sous l'angle d'un espace qui serait désormais virtuel, on va s'apercevoir qu'elle nous fait passer dans un premier temps du lieu au siège (A), mais aussi, dans un deuxième temps et de manière plus mystérieuse, du siège à l'absence de lieu (B).

A) DU LIEU AU SIÈGE

[184] La liberté de choix du lieu de l'arbitrage ne signifie pas pour autant que ce choix est sans importance. Mais lorsque le choix est opéré par les parties, soit dans la convention d'arbitrage, soit après ou, à défaut de choix par les parties, lorsqu'il est fait par les arbitres eux-mêmes ou par le centre d'arbitrage dont le règlement a été choisi par les parties, ce choix emporte des conséquences très importantes.

[185] Le lieu choisi pour l'arbitrage est désigné par un autre terme : celui de « siège ». Or le siège d'un arbitrage est unique, alors même qu'une procédure arbitrale peut se dérouler en des lieux divers. Le choix du siège de l'arbitrage peut avoir une incidence sur le caractère interne ou international de l'arbitrage (v. par ex. art. 650 CPC du Québec). Comme l'a bien défini un arrêt de la Cour d'appel de Paris, « le siège de l'arbitrage est une notion purement juridique emportant d'importantes conséquences et notamment la compétence des juridictions étatiques pour connaître des recours en annulation, sous la dépendance de la volonté des parties et non une notion matérielle dépendant du lieu où l'audience a été tenue ou du lieu effectif de signature de la

sentence, susceptibles de varier au gré de la fantaisie ou de la maladresse des arbitres »²⁴¹. Cette vision du siège comme lien de rattachement juridique, détachée des contingences matérielles qui peuvent affecter l'instance arbitrale, est désormais très largement admise. Ainsi, en droit anglais, l'*Arbitration Act* 1996, art. 3 précise que : « [...] l'expression siège de l'arbitrage désigne le "siège juridique" de l'arbitrage ».

[186] Selon un auteur : « Le siège n'est plus un for. Le for s'est dématérialisé. Il s'est, en quelque sorte, déplacé d'un espace matériel, à savoir un territoire, vers un espace symbolique, celui du consentement des parties »²⁴².

[187] Comme l'ont bien résumé d'éminents auteurs, « même si son rôle tend à s'amoinrir, la détermination du siège de l'arbitrage emporte encore d'importantes conséquences juridiques : en dépendent notamment l'accès aux tribunaux étatiques pour la mise en place du tribunal arbitral, parfois l'application de règles de procédure impératives de cet État, la compétence des juridictions étatiques pour connaître des recours en annulation, la satisfaction de la condition de réciprocité, lorsqu'elle est requise pour l'application des conventions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences » (Fouchard, Gaillard & Goldman, 1996, p. 690) .

[188] Dès lors, le fait qu'un des trois arbitres signe la sentence à Miami n'a aucune incidence sur le fait que Montréal est le siège de l'arbitrage qui a été désigné par les parties et donc que les juridictions québécoises seront compétentes pour connaître un recours contre la sentence ou, en cours d'instance, pour ordonner une mesure provisoire ou statuer sur la récusation d'un arbitre.

[189] Il convient, malgré ce qui vient d'être dit, d'être très attentif à la fixation du siège : la qualité théorique d'une législation sur l'arbitrage n'est rien sans la coopération concrète du juge étatique de ce siège. Certains États (Moyen-Orient) n'admettent pas que les opérations de l'arbitrage se déroulent ailleurs qu'au siège et refusent la distinction entre lieu et siège. Les audiences doivent se dérouler sur place et la sentence doit y être signée : une sentence CCI a été annulée parce qu'une partie a pu démontrer que, alors que la sentence indiquait qu'elle était rendue à tel endroit à telle date, l'un des arbitres était en réalité ce jour-là à des milliers de kilomètres, en train d'intervenir à une conférence. Depuis, la CCI exige que les arbitres n'écrivent plus en fin de sentence « fait à... », mais qu'ils indiquent sobrement : « Siège de l'arbitrage », suivi du nom de la ville et du pays. Cependant, les choses évoluent.

AUDIENCES VIRTUELLES

[190] Le siège, comme lien de rattachement juridique, détaché des contingences matérielles de la présence en un lieu donné, ne justifiait pas seulement la dispersion des réunions d'arbitres ou les audiences dans des lieux divers. Cette possibilité entrebâillait la porte vers l'admission des audiences virtuelles. Le récent virus baptisé Covid 19 a désormais largement ouvert cette porte. C'est en effet une révolution pratique qui vient d'être opérée : les réunions pour la signature d'un acte de mission,

²⁴¹ Paris, 1^{re} Ch. C., 28 octobre 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 399, note B. Leurent.

²⁴² Voir M. de Boissésou, « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international », dans *Études offertes à P. Bellet*, Litec éd., 1991, p. 33-48, spéc. p. 36.

pour la préparation des règles de procédure, pour la mise au point du déroulement de l'audience, se font de plus en plus par des moyens techniques à distance et les centres d'arbitrage en ont pris la mesure, en amendant leur règlement ou en émettant des circulaires pour organiser ces arbitrages virtuels. La jurisprudence se met au diapason : ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 novembre 2021²⁴³ est venu confirmer que la sentence signée par chacun des arbitres à distance et sur trois dernières pages différentes réunies par le Secrétariat de la CCI était parfaitement valable.

CHANGEMENT DE SIÈGE

[191] Il faut aborder une question délicate, celle du changement de siège. La question a-t-elle un intérêt, dès lors que le siège n'est qu'un rattachement juridique ? On pourrait penser qu'une réponse négative doit être apportée à cette question, puisque le lieu des audiences pouvant être ailleurs qu'au siège, il ne devrait jamais être impossible de se réunir en un endroit quelconque, même en cas de guerre. Pourtant, la question s'est posée à l'occasion du conflit en ex-Yougoslavie qui avait vu l'armée américaine bombarder la Serbie. Un arbitrage dont une partie était américaine avait son siège en Serbie. Elle craignit que, pour des raisons politiques, la sentence à venir soit traitée en sa défaveur. Elle demanda donc un changement de siège au profit de Genève. Le tribunal arbitral rendit une sentence partielle au terme de laquelle il décidait que, malgré l'apparition de circonstances imprévisibles, les parties étaient toujours liées par les termes de la convention d'arbitrage²⁴⁴. La question se posait notamment de savoir qui, de l'institution d'arbitrage ou du tribunal arbitral, était compétent pour statuer sur la question. S'agissant de l'interprétation de la convention d'arbitrage, c'est au tribunal arbitral de le faire ; si, en revanche, le siège avait été fixé par l'institution d'arbitrage, c'est à elle qu'il reviendrait de décider d'un éventuel changement.

[192] Nous venons de faire le chemin qui conduit du lieu au siège de l'arbitrage. En partant cette fois du siège, nous allons voir qu'il est possible de s'éloigner davantage encore du lieu.

B) DU SIÈGE À L'ABSENCE DE LIEU

ORDRE JURIDIQUE

[193] Ce rattachement juridique que constitue le choix du siège de l'arbitrage signifie-t-il pour autant que la sentence est insérée dans l'ordre juridique du pays du siège ? C'est une question très difficile, car les États lui apportent des réponses différentes et même opposées, et il n'est pas interdit de se demander si, au sein du même ordre juridique, les solutions retenues sont vraiment cohérentes.

[194] En droit suisse, on considère que la sentence est intégrée dans l'ordre juridique suisse. L'arbitre est considéré à l'égal d'une juridiction de première instance. C'est ce qui explique que la sentence soit par elle-même dotée de la force exécutoire (BESSON, 2022).

²⁴³ Paris, Pôle 5, Ch. 16, 30 novembre 2021, Société Boralex, (RG n° 20/10166) en somm. in *Rev. arb.*, 2022.1187.

²⁴⁴ Sentence partielle rendue dans l'affaire CCI n° 10439 le 11 octobre 2000, *Rev. arb.*, 2004.413, note F. Knoepfler. Voir aussi M. Scherer, Bull. ASA, 2003.16.

[195] En droit français, pour l'arbitrage interne, la sentence est intégrée dans l'ordre juridique, ce qui explique que, si les parties le stipulent, l'appel de la sentence est possible. En revanche, en matière internationale, la sentence rendue en France n'est pas intégrée dans l'ordre juridique français. On verra dans un instant que la jurisprudence française va même plus loin : on parle alors de délocalisation.

DÉLOCALISATION

[196] La possibilité, offerte aux parties par certains droits (suisse, français) de renoncer au recours en annulation, est le signe que l'arbitrage peut être en quelque sorte délocalisé (SERAGLINI & ORTSCHIEDT, 2019). Son siège est partiellement neutralisé, puisque si les parties peuvent encore recourir au juge d'appui pour obtenir son aide en cours de procédure, elles ne pourront pas utiliser le recours en annulation au lieu de ce siège. L'arbitrage « flotte » en quelque sorte, car la question de la validité de la sentence ne se pose plus. En effet, la validité de la sentence est normalement appréciée au lieu du siège de l'arbitrage. Du fait de la renonciation au recours, elle ne se posera pas au siège de l'arbitrage : seule subsistera la question de son exécution dans les différents pays que choisira la partie qui aura eu gain de cause.

[197] Toutefois, avec la Convention de New York, on retrouve l'intérêt du siège et de la localisation, car la Convention s'applique aux sentences « étrangères », c'est-à-dire celles rendues en dehors du territoire de l'État où l'on se prévaut de la sentence. Or, son article V expose à quelles conditions un État peut refuser de conférer l'exequatur à une sentence. Parmi elles, il y a le cas dans lequel la sentence a été annulée au pays du siège (art. V.1-e). C'est cette disposition qui a été reprise dans le *Code de procédure civile* du Québec, à l'article 653, al. 2-6°.

[198] À ce stade, le juge qui doit statuer sur l'exécution de la sentence va vérifier si la sentence peut s'implanter dans son espace juridique : il vérifiera la conformité de la sentence à sa conception de l'ordre public international.

[199] Il y a cependant moyen de compliquer davantage la situation... Le droit français en fournit deux exemples.

ABSENCE DE RATTACHEMENT À L'ORDRE JURIDIQUE

[200] La Cour de cassation française, dans un arrêt *Putrabali* de 2007 a jugé que « la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale »²⁴⁵. Elle considère donc expressément que la sentence rendue en matière internationale (en l'espèce à l'étranger) est déconnectée de l'ordre juridique du pays où elle est rendue. Cela permet donc à la jurisprudence française de considérer que la sentence annulée dans l'État du siège n'est pas nécessairement dépourvue d'effet en France. L'arrêt *Putrabali* s'explique par l'application de l'article VII de la Convention de New York qui autorise un État contractant à déroger à cette Convention si son droit national contient des dispositions plus favorables pour l'exécution de la sentence. Tel est le cas de la France notamment.

245 Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Bull. civ.* I, n° 250 et 252; J.-P. Ancel, « L'arbitrage : une juridiction internationale autonome », *RJDA* 10/07, p. 883 et s.; *Rev. arb.* 2007, p. 507 et s., note E. Gaillard; *Bull. ASA* 2007, n° 4, p. 826 et s., note P.-Y. Gunter.

MULTI-LOCALISATION

[201] Certaines législations, comme la législation française, ajoutent à la délocalisation ou plus exactement – puisqu’il s’agit d’une opération de re-localisation – ajoutent un élément à la multi-localisation. C’est ce qui ressort, tout d’abord des dispositions de l’article 1505-2° et 3° CPC qui donnent la possibilité pour les parties de soumettre l’arbitrage à la loi de procédure française ou de choisir de donner compétence au juge d’appui français, alors même que le siège de l’arbitrage n’est pas en France, et ensuite de l’article 1505-4° CPC qui donne une sorte de compétence universelle au juge d’appui français en cas de risque de déni de justice²⁴⁶.

[202] Comme on le comprend aisément, la sentence n’intéresse pas seulement l’État dans lequel elle a été rendue. Elle intéresse aussi chacun des États dans lesquels une partie peut vouloir la faire reconnaître et la faire exécuter. Or, chacun de ces États a son propre ordre public procédural et de fond, ce qui conduit les arbitres à devoir être attentifs, lorsqu’ils rendent leur sentence, non seulement à respecter l’ordre public du pays du siège, mais aussi celui des pays où, selon toute probabilité, la sentence pourra recevoir l’exequatur. Dès lors, certains auteurs se demandent si, plutôt que de délocalisation, on ne devrait pas plutôt parler de multilocalisation (SERAGLINI & ORTSCHIEDT, *op. cit.*).

CONCLUSION

[203] Nous voilà arrivés au terme de cette excursion à travers les espaces, réels ou virtuels, de l’arbitrage.

[204] Que ces espaces soient réels ou virtuels n’empêche pas qu’il y a une forte concurrence entre les pays pour attirer les arbitrages internationaux. Depuis des années, ils cherchent à attirer sur leur sol les arbitrages internationaux, notamment en raison des retombées financières qu’ils génèrent, car qu’on le veuille ou non, l’arbitrage est une justice de luxe. Les États rivalisent afin de rendre leur législation attractive en s’attachant à ce que le choix du siège sur leur territoire emporte le moins d’inconvénients possible : un auteur a ainsi pu parler de « marketing législatif » (Lalive). Autrement dit, et c’est un premier paradoxe, moins les contraintes qui pèsent sur le siège sont fortes. et plus il est valorisé aux yeux des parties...

[205] J’ajouterai pour terminer – et c’est un second paradoxe en forme de clin d’œil qui nous renverra à l’intitulé de cette conférence – que si l’arbitrage est bien une justice et une justice de luxe, il reste une justice sans Palais...

²⁴⁶ Art. 1505 (*décret 20 décembre 2019*) du Code de procédure civile français. – « En matière d’arbitrage international, le juge d’appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal judiciaire de Paris lorsque :1° L’arbitrage se déroule en France ou 2° Les parties sont convenues de soumettre l’arbitrage à la loi de procédure française ou 3° Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ou 4° L’une des parties est exposée à un risque de déni de justice ».

BIBLIOGRAPHIE

Ancel, J.- P. « L'arbitrage : une juridiction internationale autonome », *RJDA* 10/07

Bachand, F. L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international, LGDJ, 2005, Paris, préf. Ch. Jarrosson.

Besson, S. « Le contrôle des sentences arbitrales par le juge suisse : aperçu des quelques traits caractéristiques et confrontation avec le droit français », *Rev. arb.*, 2022. 867-897.

Bollée, S. Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, Economica éd., Paris, 2004, préf. P. Mayer, p. 17-64

Constant, F. « L'arbitrage en Chine des Ming (1368-1644) jusqu'à nos jours », *Rev. arb.*, 2011.3-55.

de Boissésou, M. « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international », dans *Études offertes à P. Bellet*, Litec éd., 1991, p. 33-48, spéc. p. 36.

Fouchard, Ph. « La coopération du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985.5, reproduit dans Philippe Fouchard, *Écrits*, CFA éd., 2007.

Fouchard, P., Gaillard, E. & Goldman, B. Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, n° 1239, p. 690.

Gaurier, D. « Le règlement privé des conflits dans la Chine impériale : arbitrage ou médiation ? », *Rev. arb.*, 2004.189-223;

Humbert M. & de Loynes de Fumichon, B. « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.*, 2003.285-348;

Jarrosson, C. *La notion d'arbitrage*, LGDJ éd., 1987, préf. B. Oppetit, spéc. n° 785.

Jarrosson, C. « Réflexions sur l'imperium », dans *Études offertes à P. Bellet*, Litec éd., 1991, p. 245-279.

Lafont, S. « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000.557-590

Seraglini Ch. & Ortscheidt, J. Droit de l'arbitrage interne et international, LGDJ éd., Paris, 2^e éd. 2019, n° 577

Velissaropoulos-Karakostas, J. « L'arbitrage dans la Grèce antique. Époques archaïque et classique », *Rev. arb.*, 2000.9-26

UNE CONCEPTION ORTHODOXE DE LA SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE QUI MET EN PÉRIL LE LEGS DE JACQUES-YVAN MORIN²⁴⁷

Marie CARPENTIER²⁴⁸

²⁴⁷ Cet article est le résultat des interrogations suscitées lors de la conférence intitulée « La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : un espace de traitement des plaintes et de recherche juridique » qui eu lieu le 20 octobre 2022. Il est à noter que cet article fut soumis à la révision des pairs eu égard à la politique éditoriale de la revue Lex Electronica.

²⁴⁸ Avocate, LL. D. L'auteure a été conseillère juridique à direction de la recherche à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse pendant plus d'une douzaine d'années. Les propos exprimés dans ce texte n'engagent personne d'autre.

RÉSUMÉ

La disparition récente de Jacques-Yvan Morin prête à revisiter son œuvre. Le présent texte propose quelques réflexions fort modestes à propos d'un des éléments sur lesquels il s'était brillamment penché, soit le principe de souveraineté parlementaire et la façon dont il se conjugue avec la protection des droits et libertés de la personne. On observe une modification dans la façon dont ce principe est mis en œuvre récemment, ce qui compromet la possibilité du dialogue entre les pouvoirs et, par conséquent, le débat public qui, en l'absence d'une décision judiciaire, risquerait de ne pas avoir lieu. Le legs intellectuel et démocratique du professeur Morin, qui s'incarne notamment dans la *Charte des droits et libertés de la personne* dont le Québec s'est doté, se trouve de ce fait en péril.

INTRODUCTION

[206] Le 26 juillet dernier, le professeur Jacques-Yvan Morin, « un des intellectuels qui a le plus participé à l'édification du Québec moderne »²⁴⁹, nous a quitté. Comme le notait le regretté juge Louis Lebel, il aura joué un rôle d'une importance critique dans le développement des droits et libertés de la personne au Québec (LEBEL, 2015, p. 26).

[207] Des années après avoir brillamment plaidé pour l'adoption d'une charte pour le Québec (MORIN, 1963), le professeur Morin a défendu la nécessité du contrôle juridictionnel des lois comme élément essentiel de la protection des droits et libertés de la personne (MORIN, 1994).

[208] Or, l'activité législative récente fait redouter que cette protection soit en recul.

[209] Cette tendance pourrait s'expliquer par la résurgence récente au Québec de l'adhésion à la notion de souveraineté parlementaire. On note en effet une propension à lui accorder la préséance sur les autres considérations, y compris les droits et libertés de la personne.

[210] Le principe de souveraineté parlementaire est à l'effet que le parlement dispose du pouvoir de faire toute loi (section 1). Dans sa version la plus orthodoxe, ce principe s'oppose à l'existence d'une contrainte à l'exercice du pouvoir législatif. Or en 1975, quelques années avant le Canada, le Québec s'est doté d'une *Charte des droits et libertés de la personne*²⁵⁰. Ce texte a pour objectif d'implanter les droits et libertés reconnus à l'échelle internationale dans le quotidien des Québécoises et des Québécois, et interfère avec le pouvoir législatif (section 2). Dans la foulée d'une adhésion à une conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire, les garanties dont s'est doté le Québec semblent sérieusement compromises (section 3), s'éloignant ainsi du projet proposé par le professeur Morin.

1. LE PRINCIPE DE SOUVERAINÉTÉ PARLEMENTAIRE

[211] La notion de souveraineté parlementaire s'intéresse aux limites du pouvoir du Parlement de faire des lois. La question est importante « pour comprendre le rôle constitutionnel des tribunaux et les modalités du contrôle judiciaire des lois » (D'ASTOUS, 2021, para. 2).

[212] La mise en œuvre du principe est plus ou moins stricte selon les juridictions. Ainsi, en droit britannique, une conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire selon laquelle « le Parlement de Westminster a un pouvoir de légiférer illimité » (D'ASTOUS, 2021, para. 8) prévaut. Le corollaire en est que « les tribunaux ne peuvent vérifier que rudimentairement la validité des lois » (D'ASTOUS, 2021, para. 8).

[213] Cette notion de souveraineté parlementaire n'a pas été reçue intégralement en droit canadien (D'ASTOUS, 2021, para. 45). Ainsi, la Cour suprême reconnaît que

249 « M. Jacques-Yvan Morin », en ligne: *Société québécoise de droit international* <<https://www.sqdi.org/fr/m-jacques-yvan-morin/>>.

250 *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12 [ci-après « Charte québécoise »].

l'ordre juridique canadien est régi par la suprématie de la constitution plutôt que par la suprématie parlementaire. Elle affirme :

Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l'adoption de la Charte avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle. La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l'exécutif. Ils ne sauraient en transgresser les dispositions: en effet, leur seul droit à l'autorité qu'ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d'autre source²⁵¹.

[214] En fait, le partage des compétences législatives dessiné dans la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁵² constituait déjà une atteinte à la suprématie parlementaire²⁵³.

[215] Bien que la souveraineté demeure un « élément fondamental de la structure de l'État canadien »²⁵⁴, les tribunaux disposent du pouvoir d'examiner la validité des lois et d'en sanctionner la non-conformité à une norme constitutionnelle enchâssée. La souveraineté parlementaire ainsi limitée permet un dialogue entre les différents organes de l'État : exécutif, législatif et judiciaire²⁵⁵.

[216] La théorie du dialogue prend place quand il est possible pour les pouvoirs politiques, par un simple processus législatif, de renverser, modifier ou d'éluder une décision judiciaire invalidant une disposition législative (HOGG & BUSHELL, 1997, p. 80). Elle implique cependant que le pouvoir judiciaire puisse procéder à son analyse avant que les pouvoirs élus y répondent.

[217] Cette théorie a fait couler beaucoup d'encre au Canada (BROUILLET & MICHAUD, 2011; HOGG & BUSHELL, 1997; ROACH, 2014). Elle légitime le contrôle judiciaire de la législation en mettant l'accent sur la capacité des pouvoirs politiques d'avoir le dernier mot. Ainsi, le pouvoir judiciaire a le potentiel de provoquer le débat public qui, en l'absence d'une décision judiciaire, risquerait de ne pas avoir lieu et ce, sans pour autant contrecarrer l'atteinte de l'objectif législatif.

[218] Cette théorie du dialogue revêt une importance particulière dans le contexte de la mise en œuvre des droits et libertés garantis par les chartes. Comme l'indiquent les auteurs à l'origine de la métaphore du dialogue :

251 *Operation Dismantle c La Reine*, [1985] 1 RCS 441 à la p 445.

252 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3, art 91 et s.

253 Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, 2018 CSC 48 au para 56.

254 *Mikisew Cree First Nation c Canada* (Gouverneur général en conseil), 2018 CSC 40 au para 58.

255 *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493.

The Charter can act as a catalyst for a two-way exchange between the judiciary and legislature on the topic of human rights and freedoms, but it rarely raises an absolute barrier to the wishes of the democratic institutions» (HOGG & BUSHELL, 1997, p. 81).

[219] La souveraineté parlementaire est donc limitée au Canada par des mesures permettant la tenue du dialogue entre les différents pouvoirs.

[220] La Charte québécoise a évolué autour de cet objectif.

2. LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE : DU DROIT INTERNATIONAL AU QUOTIDIEN

[221] La Charte québécoise, adoptée en 1975, entrée en vigueur en 1976, a été ancrée par ses rédacteurs dans les principes du droit international (MOREL, 1987, p. 6). Ce faisant, ils ont cédé à l'invitation, formulée une décennie plus tôt par le professeur Jacques-Yvan Morin, à ne pas se tenir à l'écart du mouvement général des États en faveur de la reconnaissance et de la protection des droits de l'homme (MORIN, 1963).

[222] Encore aujourd'hui, la Charte québécoise se distingue des lois équivalentes adoptées dans les autres provinces par la diversité des droits et libertés pour lesquels elle offre des garanties : les droits et libertés fondamentaux, le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés, les droits politiques, les droits judiciaires ainsi que les droits économiques et sociaux.

[223] Contrairement à la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui ne régit que l'action de l'État²⁵⁶, la Charte québécoise fait partie du quotidien des justiciables québécois qui, tout comme l'État²⁵⁷, doivent respecter les principes qui y sont énoncés dans la majorité de leurs activités : à l'école, au travail, dans les commerces et dans leurs relations avec leurs voisins, par exemple.

[224] En outre, la Charte québécoise diffère de la Charte canadienne en ce qu'elle n'a pas le statut de loi constitutionnelle. Cependant, puisqu'elle porte « l'expression des valeurs les plus fondamentales de la société québécoise »²⁵⁸, on lui attribue une qualité quasi-constitutionnelle²⁵⁹. La Cour suprême reconnaît ce statut aux lois qui visent à contrer la discrimination :

Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens

²⁵⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11, art 32 [ci-après "Charte canadienne"]; *SDGMR c Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 RCS 573.

²⁵⁷ Charte québécoise, supra note 4, art 54.

²⁵⁸ *De Montigny c Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51 au par 53.

²⁵⁹ Voir, notamment Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville), 2000 CSC 27 au para 27.

qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions. Adopter et appliquer une théorie quelconque d'abrogation implicite d'une loi de ce genre au moyen d'un texte législatif ultérieur équivaldrait à la dépouiller de sa nature spéciale et à protéger fort inadéquatement les droits qu'elle proclame²⁶⁰.

[225] La valeur quasi-constitutionnelle de la Charte québécoise commande une interprétation large et libérale des droits et libertés et restrictive des exceptions qui y sont énoncées. Cela étant, la Charte tire également son statut du fait que ses dispositions 1 à 38 ont préséance sur celles des autres lois du Québec²⁶¹.

[226] Ayant pour vocation de limiter l'action de l'État, le libellé de la Charte apparaît donc contrevenir directement à l'acception orthodoxe du principe de souveraineté parlementaire.

[227] L'enjeu est de taille du point de vue de la science politique et le dilemme se pose dans la plupart des démocraties : ou alors on concède aux tribunaux, pouvoir non-élu, la capacité de renverser les décisions adoptées par des représentants élus au suffrage universel, ou bien, en conformité avec la vision orthodoxe de la souveraineté parlementaire, on ne pose aucune limite à l'exercice du pouvoir législatif.

[228] La seconde alternative, qui pourrait sembler logique de prime abord parce que respectueuse du principe majoritaire, pose tout de même certains problèmes. D'une part, du point de vue éthique, il apparaît hasardeux de permettre à la majorité d'exercer le pouvoir sans aucune contrainte, même au détriment des droits et libertés des minorités non représentées. Ainsi, Tocqueville formulait le constat suivant : « le vœu majoritaire est à respecter dans le jeu démocratique mais il a des effets pervers redoutables qui se retournent contre la démocratie elle-même » (COUTEL, 2010, pp. 62-63). La Cour suprême reconnaît en effet la possibilité de la « tyrannie de la majorité », tyrannie contre laquelle protégerait les chartes²⁶² Dans cette perspective, Woerhling attribue une fonction anti-majoritaire aux droits et libertés (WOERHLING, 2005, p. 253).

[229] Une autre limite à la conception orthodoxe de la suprématie parlementaire tient au fait que le mode de scrutin actuellement en vigueur ne permet pas de s'assurer que l'exercice législatif traduise la volonté d'une véritable majorité au sens mathématique du terme.

[230] Si on ne peut, en aucun cas, remettre en cause la faculté de l'Assemblée nationale d'adopter des lois parce qu'elle ne représente pas parfaitement la majorité

260 Winnipeg School Division n° 1 c Craton, [1985] 2 RCS 150, 156. Voir également Insurance Corporation of British Columbia c Heerspink, [1982] 2 RCS 145

261 Charte québécoise, supra note 4, art 52.

262 R c Big M Drug Mart, [1985] 1RCS 295, 337.

mathématique de la population, on peut espérer que ce pouvoir ne s'exerce pas sans balise aucune.

[230] Cela étant, le caractère quasi-constitutionnel des dispositions de la Charte n'entraîne pas nécessairement une atteinte à la souveraineté parlementaire. En effet, pour D'Astous, l'exercice du pouvoir législatif ne serait pas, *de facto*, limité par ce statut :

Le statut particulier des lois quasi-constitutionnelles – et l'effet juridique qui en découle – n'est donc pas le résultat des règles procédurales dont elles sont disposées, mais plutôt des principes d'interprétation des lois ou, en l'occurrence, de leur inapplicabilité (D'ASTOUS, 2021, para 74).

[231] Ainsi, une règle inapplicable parce qu'incompatible avec une législation quasi-constitutionnelle se distingue d'une règle invalide parce qu'incompatible avec une norme constitutionnelle en ce que la seconde est réputée ne jamais avoir existé. La Cour suprême indique :

Mais lorsqu'une disposition est déclarée inapplicable en vertu [d'une disposition d'une loi quasi-constitutionnelle], il n'est pas question de sa validité. Le législateur avait le pouvoir d'adopter la disposition incompatible; il se trouve seulement qu'il a également édicté une autre règle de droit qui prévaut²⁶³.

[232] Par conséquent, le pouvoir législatif n'est pas limité par les dispositions ayant caractère quasi-constitutionnel même si elles ont préséances sur les dispositions des autres lois en vertu des règles d'interprétation.

[233] Cela étant, en adoptant la Charte québécoise, le législateur québécois a tout de même voulu tempérer l'apparente faculté du pouvoir judiciaire de contraindre les pouvoirs élus.

[234] Outre les limites intrinsèques à certains droits et libertés inscrits à la Charte, comme celle prévue à l'égard du droit à libre dispositions des biens²⁶⁴, par exemple, le législateur est ainsi autorisé à s'exempter explicitement de l'application de la Charte²⁶⁵. La Charte permet par ailleurs aux pouvoirs législatif et exécutif de justifier, *a posteriori*, une atteinte aux droits et libertés²⁶⁶.

[235] Combinées, ces deux dispositions (justificative et de dérogation) permettent aux tribunaux de se prononcer sur la conformité d'une mesure avec les droits et libertés de la personne et au pouvoir législatif de maintenir sa position malgré un avis contraire. La souveraineté parlementaire est préservée mais doit permettre le dialogue.

²⁶³ Tranchemontagne c Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées), 2006 CSC 14 au para 35.

²⁶⁴ Charte québécoise, supra note 4, art 6.

²⁶⁵ *ibid*, art 52.

²⁶⁶ *Ibid*, art 9.1.

[236] Des mesures semblables ont été prévues dans la Charte canadienne, sous réserve de certaines distinctions. Ainsi, la disposition de dérogation, notoirement surnommée « clause nonobstant », n'est applicable qu'à l'égard de certains droits et libertés²⁶⁷ et doit être renouvelée tous les 5 ans²⁶⁸. La disposition justificative, pour sa part, diffère dans son libellé²⁶⁹. Nous y reviendrons.

[237] Après avoir fait l'objet d'une constitutionnalisation progressive (MORIN, 1987), il semble bien que la vulnérabilité intrinsèque (BOSSET & COUTU, 2015) de la Charte québécoise compromette les acquis en matière de droits et libertés de la personne.

3. DES ACQUIS COMPROMIS

[238] La vulnérabilité intrinsèque de la Charte québécoise découle du fait que, malgré l'importance et la valeur fondamentale des droits et libertés qu'elle garantit, il s'agit d'une loi ordinaire. De ce fait, elle est susceptible de modification par un vote d'une majorité simple des députés de l'Assemblée nationale. Elle demeure ainsi soumise aux « possibles fluctuations et vicissitudes du jeu politique » (BOSSET & COUTU, 2015, p. 51).

[239] Cette vulnérabilité est cependant conforme à l'orthodoxie en matière de souveraineté parlementaire qui implique que « [l]e législateur ne peut, au moyen d'une disposition législative, rendre plus onéreuse l'abrogation ou la modification d'une loi ou encore prétendre assujettir l'abrogation future des lois à une procédure spéciale » (D'ASTOUS, 2021, para 9).

[240] Comme nous l'avons vu plus haut, la Charte québécoise est le fruit d'une réflexion sur le nécessaire équilibre de l'exercice des pouvoirs élus et judiciaires. En effet, sous réserve de ses exceptions intrinsèques, la présence des dispositions 1 à 38 de la Charte québécoise permet au pouvoir judiciaire de déclarer inopérantes les dispositions des autres lois qui leur seraient contraires²⁷⁰.

[241] Face à une telle éventualité, le législateur peut tenter de justifier, *a posteriori*, l'atteinte constatée par un tribunal en invoquant la clause justificative²⁷¹. Il revient alors au tribunal de décider si la justification invoquée est valable.

[242] Le législateur peut également choisir d'exempter les dispositions contraires de l'application de la Charte québécoise en recourant à la clause dérogatoire²⁷². Ce

267 *Charte canadienne*, supra note 10, art 33(1); il s'agit des libertés fondamentales (art. 2) et des garanties judiciaires (art. 7 à 15).

268 *Ibid*, art 33 (3)

269 *Ibid*, art 1.

270 Charte québécoise, supra note 4, art 52.

271 *Ibid*, art 9.1.

272 *Ibid*, art 52.

pouvoir qui, à ce jour, s'exerce sans limite légale aucune²⁷³, ne peut être sanctionné que politiquement, au moment des élections.

[243] Les pouvoirs élus et non-élus sont donc contraints à une forme de dialogue, bien que les pouvoirs élus conservent le dernier mot.

[244] Or l'équilibre démocratique offert par la Charte québécoise apparaît menacé par le recours préventif à la clause d'exemption (section 3.1), par l'expansion de la clause justificative (section 3.2) et par la façon dont les modifications récentes ont été apportées à la Charte québécoise (section 3.3).

3.1. LE RECOURS PRÉVENTIF À LA DISPOSITION DE DÉROGATION

[245] À deux reprises au cours des dernières années, le législateur a eu recours à la clause justificative pour exempter l'ensemble des dispositions d'une loi de l'ensemble des dispositions de la Charte québécoise et ce, avant même que les tribunaux aient eu l'occasion de se prononcer sur la validité desdites lois.

[246] Ainsi, le législateur a choisi d'exempter l'ensemble des dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État*²⁷⁴ et de la *Charte de la langue française*²⁷⁵ de l'application des garanties offertes par l'ensemble des dispositions de la Charte québécoise. Il a également choisi de soustraire ces lois à l'examen fondé sur la Charte canadienne²⁷⁶. Rappelons cependant qu'il n'est loisible au législateur de s'exempter que de certaines dispositions de cette charte et que cette exemption doit être renouvelée aux cinq ans²⁷⁷.

[247] Le bien-fondé du fait d'en appeler préventivement à la disposition de dérogation a été questionné dans un recours dans lequel les demandeurs contestaient la validité constitutionnelle et quasi constitutionnelle de certaines dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État*²⁷⁸. Sans remettre en cause la légitimité des dispositions de la loi aménageant l'exemption, le juge de la Cour supérieure s'étonne quant à « une certaine banalisation et indifférence quant à la portée réelle de l'exercice de dérogation »²⁷⁹ Le Tribunal indique :

À ce sujet, le Tribunal tient à faire preuve de clarté. À charge de redite, le législateur peut, à sa guise et ce pour des motifs purement politiques, utiliser les clauses de dérogation. Le Tribunal en convient et il ne remet pas en question la légitimité de cette façon de faire. Mais, en contrepartie, puisqu'il s'agit de neutraliser des droits et libertés fondamentaux, le simple respect de ceux-ci devrait militer

²⁷³ *Hak c Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466.

²⁷⁴ RLRQ, c. L-0.3, art. 33.

²⁷⁵ RLRQ, c. C-11, art. 213.1.

²⁷⁶ *Loi sur la laïcité de l'État*, supra, note 28, art. 34; *Charte de la langue française*, idem, art. 214.

²⁷⁷ *Charte canadienne*, supra note 10, art. 32.

²⁷⁸ *Supra*, note 28.

²⁷⁹ *Hak c Procureur général du Québec*, supra note 27 au para 768.

en faveur d'une utilisation plus ciblée de ce pouvoir qui, après tout, doit demeurer exceptionnel.

[...]

En tant que gardien de la primauté du droit, le Tribunal se doit de s'interroger sérieusement sur un recours aussi large aux clauses de dérogation. Il doit également le mettre en lumière²⁸⁰.

Cette décision fait actuellement l'objet d'un appel et de plusieurs appels incidents en Cour d'appel du Québec²⁸¹.

[248] Rappelons que les préoccupations du juge Blanchard quant à l'ampleur de la dérogation reposent sur le fait que l'ensemble de la loi est soustrait à l'ensemble des protections offertes par la Charte québécoise. Il en est de même de la *Charte de la langue française*, telle que récemment modifiée.

[249] Sans surprise, de façon concomitante, une référence au principe de la souveraineté parlementaire a été ajoutée au préambule de chacune des deux lois. Le préambule de la *Charte de la langue française* précise donc maintenant :

En vertu de la souveraineté parlementaire, il revient au Parlement du Québec de confirmer le statut du français comme langue officielle et langue commune sur le territoire du Québec ainsi que de consacrer la prépondérance de ce statut dans l'ordre juridique québécois, tout en assurant un équilibre entre les droits collectifs de la nation québécoise et les droits et libertés de la personne.

[250] Ces modifications législatives semblent marquer une adhésion à une conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire, dans laquelle les pouvoirs judiciaires sont limités. Or, cette conception n'a jamais prévalu au Canada. En effet, « dès les origines du fédéralisme canadien, les tribunaux ont pu contrôler les sphères de compétence de chaque ordre de gouvernement » (D'ASTOUS, 2021, para 42).

[251] La volonté du législateur de soustraire les dispositions législatives à l'examen de leur conformité avec les chartes entrave l'exercice du dialogue entre les pouvoirs dont bénéficierait l'ensemble de la population. Ainsi, elle prive les tribunaux de la possibilité de donner leur avis et, du même coup, les électrices et les électeurs, entre autres, de le connaître. Or ceux-ci ont le droit de choisir leur prochaine législature avec le meilleur éclairage possible, notamment en ce qui concerne la volonté des candidats de respecter les droits et libertés.

[252] Outre une application prolifique des dispositions de dérogation, on observe une expansion des possibilités de justifier les atteintes aux droits et libertés.

280 *Ibid* aux para 757 et 769.

281 Dossiers n°s 500-09-029539-210, 500-09-029545-217, 500-09-029549-219 et 500-09-029550-217

3.2 L'ÉLARGISSEMENT DE LA JUSTIFICATION DES ATTEINTES AUX DROITS ET LIBERTÉS

[253] Au moment de l'adoption de la Charte québécoise, seuls les articles 9 à 38 bénéficiaient d'une préséance et uniquement sur les dispositions des lois à venir²⁸².

[254] La mise à jour de la Charte québécoise concomitante avec l'adoption de la Charte canadienne a donné l'occasion au législateur d'étendre la préséance aux articles 1 à 9 et sur l'ensemble des dispositions législatives, que leur adoption précède ou non celle de la Charte²⁸³. Pour atténuer les effets limitant sur l'exercice du pouvoir législatif, le législateur y a également inclus une disposition lui permettant de justifier, *a posteriori*, une atteinte aux droits consacrés par les articles 1 à 9.

[255] Au moment de son adoption en 1981, L'article 9.1 se lisait à l'époque comme suit :

Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

[256] La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. » Ainsi, si une disposition législative est contestée, le gouvernement doit avoir l'occasion de soutenir que celle-ci se justifie validité.

[257] L'article 9.1 de la Charte québécoise s'interprète de la même façon que l'article 1^{er} de la Charte canadienne, en tenant compte des adaptations nécessaires²⁸⁴. Il ne nous apparaît pas nécessaire de détailler ici les critères développés par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes*²⁸⁵ et précisés à plusieurs reprises par la suite²⁸⁶ en vue de déterminer si une atteinte aux droits et libertés peut effectivement se justifier au sens de l'article 1^{er} de la Charte canadienne ou au sens de l'article 9.1 de la Charte québécoise.

[258] Mentionnons cependant que, commentant l'avis qui doit être transmis au Procureur général chaque fois que la validité constitutionnelle de tout ou partie d'une loi ou d'un règlement est en cause²⁸⁷, la Cour suprême a confirmé l'importance d'un tel exercice pour le maintien de la démocratie :

Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la Charte et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative

²⁸² LQ 1975, c. 6, art. 52.

²⁸³ Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, LQ, 1982, c. 61.

²⁸⁴ *Ford c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 712.

²⁸⁵ *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

²⁸⁶ *Dagenais c Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835.

²⁸⁷ Code de procédure civile, art. 76.

adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel²⁸⁸.

[259] La disposition justificative a été modifiée en 2019²⁸⁹ et puis en 2022²⁹⁰. Elle se lit maintenant comme suit :

Les **droits et libertés de la personne** s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de la laïcité de l'État, de l'importance accordée à la protection du français, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice²⁹¹. [Notre emphase.]

[260] Ainsi, l'expression « libertés et droits fondamentaux », qui renvoyait aux droits et libertés énoncés au chapitre 1^{er} de la Charte, a été remplacée par l'expression « droits et libertés de la personne ». Ce nouveau libellé élargit la portée de la disposition justificative limitée jusqu'alors aux articles 1 à 9²⁹² à l'ensemble des droits et libertés garantis par les articles 1 à 48 de la Charte. Comme l'indiquait la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans son mémoire commentant lesdites modifications, cette expansion modifie « en profondeur les mécanismes de restriction des droits protégés »²⁹³ par la Charte québécoise.

[261] Principal inspirateur intellectuel de la Charte québécoise (BOSSET & COUTU, 2015, p. 38), Jacques-Yvan Morin avait estimé qu'un élargissement de la possibilité de justifier les atteintes à l'ensemble des droits et libertés pouvait être légitime dans la mesure où il se substituerait à la possibilité de déroger aux dispositions de la Charte sans devoir s'en expliquer (MORIN, 1963, p. 52). En d'autres termes, il aurait été adéquat d'élargir la clause de justification, si la clause de dérogation était abolie. Le législateur a plutôt choisi de cumuler la faculté de justifier et de déroger à l'ensemble des droits et libertés garantis.

288 Eaton c Conseil scolaire du comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241 au par. 48

289 Loi sur la laïcité de l'État, supra, note 28, a. 19.

290 Loi sur la langue officielle et commune, le français, LQ 2022, c. 14, art. 139.

291 Charte québécoise, supra note 4 art 9.1.

292 Ford c Québec (PG), supra note 38.

293 Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Mémoire sur le projet de loi n°96, Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, (Cat. 2.412.2.4), 2021, p. 34, [en ligne :] https://www.cdpcj.qc.ca/storage/app/media/publications/memoire_PL96_langue-officielle.pdf.

[262] Il est trop tôt pour évaluer l'ampleur des conséquences que cette modification aura sur l'exercice des droits et libertés mais, à coup sûr, il s'agit d'une régression de la protection.

3.3 LA FAÇON DONT LES MODIFICATIONS RÉCENTES ONT ÉTÉ APPORTÉES À LA CHARTE QUÉBÉCOISE

[263] L'article 9.1 de la Charte québécoise a été discrètement modifié par la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*²⁹⁴. « Discrètement », parce que les notes explicatives qui introduisent le projet de loi ne font aucune mention de cette importante modification à la Charte québécoise. En outre la CDPDJ notait :

Or, l'absence même de référence à la Charte québécoise dans l'intitulé du projet de loi ne permet pas de s'assurer que l'ensemble des personnes susceptibles d'être intéressées par les modifications proposées à la CDLP puisse participer à la présente consultation²⁹⁵.

[264] Ainsi, une rapide recherche par mots-clés parmi la quelque centaine de mémoires déposés à l'occasion de l'étude du projet de loi révèle que seulement quatre ont commenté les modifications à l'article 9.1 de la Charte parmi lesquels seulement deux ont relevé la modification concernant spécifiquement l'élargissement du champ d'applications de la disposition²⁹⁶. Elle est donc passée sous le radar. La CDPDJ indique d'ailleurs :

La Commission tient à faire part ici de sa surprise de découvrir, dans le projet de loi n° 96, une proposition de cet ordre. En effet, il est ici prévu de modifier considérablement la portée de la disposition de limitation des droits qu'on retrouve à l'article 9.1 de la CDLP. De fait, une telle modification semble dépasser largement le champ d'un projet de loi portant sur la langue officielle du Québec, le français²⁹⁷.

[265] Notons en outre que les consultations tenues pour étudier le projet de loi étaient sur invitation seulement.

[266] La CDPDJ note depuis longtemps qu'une modification de la Charte québécoise qui ne ferait pas l'objet d'un débat suffisant risquerait de souffrir d'un déficit de légitimité démocratique :

La Commission croit par ailleurs que les modifications au contenu normatif de la Charte québécoise devraient toujours faire l'objet

294 *Supra*, note 44, art. 139.

295 Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *supra*, note 47, p.16.

296 *Idem* ; Quebec Community Groups Network, Mémoire présenté à la Commission de la culture et de l'éducation, Consultations particulières et auditions publiques, Projet de loi n° 96, Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français, 2021.

297 Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *idem*, p. 31.

d'une large discussion publique, impliquant non seulement les acteurs politiques mais aussi les membres de la société civile. Dans une perspective démocratique, il en va ici de la légitimité de la Charte elle-même : des discussions plus restreintes, alors qu'il s'agit d'un texte aussi fondamental pour la collectivité, pourraient se traduire par un déficit de légitimité, susceptible de porter atteinte dans l'avenir à la mise en œuvre et à l'effectivité des modifications adoptées²⁹⁸.

[267] En outre, la tradition voulant que les modifications à la Charte québécoise fassent l'objet d'un vaste consensus des partis représentés à l'Assemblée nationale et de la société civile (BOSSET & COUTU, 2015, p. 51) n'a pas été respectée. Encore une fois, le dialogue nécessaire entre les pouvoirs élus et non-élu n'a pas eu lieu.

[268] Morin avait cependant prévenu de la nécessité d' « assurer cette loi fondamentale contre les changements intempestifs ou peu réfléchis, au gré des majorités changeantes de l'Assemblée » (MORIN, 1963, p. 32).

CONCLUSION

[269] En 1994, le regretté et visionnaire professeur Morin appelait de ses vœux la retenue et la modération dans l'exercice des différents pouvoirs, y voyant un vecteur de stabilité de notre démocratie :

C'est dans un tel système, essentiellement « mixte » et tempéré, que s'inscrit tout naturellement le contrôle des lois par rapport aux libertés et droits fondamentaux. Il implique cependant que les règles constitutionnelles s'imposent à tous et, idéalement, qu'aucun des acteurs n'abuse sciemment de la part de pouvoir qui lui est dévolue: ni le législateur, ni la majorité du moment, ni les groupes de pression, ni même le juge qui doit, le cas échéant, les ramener à l'ordre constitutionnel. La retenue et la modération de tous sont des conditions de la stabilité de l'État démocratique libéral. Une majorité parlementaire qui crierait au gouvernement des juges dès que ses desseins seraient contrecarrés par la constitution ne ferait qu'affaiblir le système qui légitime son propre pouvoir; quant à ceux qui voudraient amener les juges à refaire la constitution, par manque de confiance dans la démocratie, ils saperait les fondements mêmes de ce régime (MORIN, 1994, p. 874).

[270] Or, l'équilibre des forces en présence apparaît actuellement compromis. En effet, des modifications importantes à la protection offerte aux droits et libertés de la personne s'opèrent au nom de l'importation de la conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire et au détriment d'un éventuel dialogue entre les différents pouvoirs quant à la place à accorder aux droits et libertés de la personne au sein de notre démocratie.

[271] Comme le souligne le professeur Maclure à l'égard de la prééminence nouvellement accordée à la souveraineté parlementaire « [l]es transformations esquissées touchent à la définition même des pouvoirs de l'État, ainsi qu'aux rapports entre les trois branches du pouvoir »²⁹⁹. Par conséquent, elles devraient faire l'objet d'un débat public. De fait, poursuit-il, la philosophie politique sous-jacente aux changements opérés aurait pour effet d'affaiblir le système de poids et de contrepoids inscrit dans nos institutions démocratiques. Ce faisant, ces changements menacent le précieux legs intellectuel et démocratique du professeur Morin à la société québécoise.

BIBLIOGRAPHIE

BOSSET, P. et COUTU, M., « Acte fondateur ou loi ordinaire? Le statut de la Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre juridique québécois », 2015, *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, p. 37-60.

BROUILLET, E. et MICHAUD, F.-A., « Les rapports entre les pouvoirs politique et judiciaire en droit constitutionnel canadien : dialogue ou monologue ? » dans Association des juristes d'État, (dir.), *XIXe conférence des juristes de l'État: Le juriste de l'État, au cœur d'un droit public en mouvement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 3-35.

COUTEL, C., « "Tyrannie de la majorité" selon Tocqueville et "droit des minorités", 2010, *L'Enseignement philosophique*, V60a, N6, p. 61-65

D'ASTOUS, D., « À la recherche des limites procédurales à la souveraineté parlementaire en droit canadien », 2021, *Supreme Court Law Journal* (2nd), V101, p.207-253.

HOGG, P. W & BUSHELL, A.A., « The Charter Dialogue Between Courts and Legislature (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All) », 1997, *Osgoode Hall Law Journal*, V35, N1, p. 75-124.

LEBEL, L., « Reconnaissance et effectivité des droits fondamentaux: La fonction démocratique des tribunaux constitutionnels », 2015, *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, p. 25-35.

MOREL, A., « La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne », 1987, *Revue juridique Thémis*, V21, N1, p. 1-21.

MORIN, J.-Y., « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », 1987, *Revue juridique Thémis*, V21, N1, P. 25-70.

MORIN, J.-Y., « Le pouvoir des juges et la démocratie: Sed Quis Custodiet Ipsos Custodes », 1994, *Revue Juridique Themis*, V28, N2, p. 799-874

299 Jocelyn Maclure, « La fierté n'est pas une philosophie politique », *La Presse* (25 juin 2022), en ligne: <<https://www.lapresse.ca/debats/opinions/2022-06-25/la-fierté-n-est-pas-une-philosophie-politique.php>>.

MORIN, J.-Y., « Une charte des droits de l'homme pour le Québec », 1963, *McGill Law Journal*, V9, N4, P. 273-316.

ROACH, K., « Dialogic Judicial Review and its Critics », 2004, *Supreme Court Law Journal* (2nd), V23, p.49-104.

WOERHRLING, J., « L'évolution du cadre juridique et conceptuel de la législation linguistique du Québec », dans Alexandre Stefanescu et Pierre Georgeault, (dir.), *Le français au Québec : les nouveaux défis*, Québec, Conseil supérieur de la langue française et Fides, 2005, p. 253-356.