

COMPROMIS ET TRANSPOSITIONS LIBRES DANS LES LÉGISLATIONS PERMETTANT LE RECOUVREMENT DU COÛT DES SOINS DE SANTÉ AUPRÈS DE L'INDUSTRIE DU TABAC

Lara Khoury

Volume 43, Number 3, 2013

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105853ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/10225>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Khoury, L. (2013). COMPROMIS ET TRANSPOSITIONS LIBRES DANS LES LÉGISLATIONS PERMETTANT LE RECOUVREMENT DU COÛT DES SOINS DE SANTÉ AUPRÈS DE L'INDUSTRIE DU TABAC. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 43(3), 611–643. <https://doi.org/10.17118/11143/10225>

Article abstract

The article examines legislation aimed at favoring the recovery by governments of health care costs due to the tobacco industry, more particularly in relation to the treatment of illnesses caused by smoking. The writer argues that the manner in which these laws treat the issue of causation demonstrate that even though they are described as facilitating claims by the various governments, they are in fact the result of a compromise that sometimes inures to the advantage of the industry. The writer also seeks to demonstrate that the adoption by the Province of Quebec, of legislation inspired by a British Columbia statute (itself modeled on Florida legislation), is characterized by lack of attention to certain particularities of Quebec law, specifically with regard to principles surrounding product liability as well as to those relating to issues of causation.

ARTICLE

COMPROMIS ET TRANSPOSITIONS LIBRES DANS LES LÉGISLATIONS PERMETTANT LE RECOUVREMENT DU COÛT DES SOINS DE SANTÉ AUPRÈS DE L'INDUSTRIE DU TABAC

par Lara KHOURY*

Le présent texte s'intéresse à la législation facilitant les recours des gouvernements provinciaux contre l'industrie du tabac pour se voir rembourser les dépenses de santé effectuées, notamment, pour le traitement des maladies reliées au tabagisme. L'auteure y argumente que le traitement de la causalité au sein de ces lois démontre que, bien qu'elles soient décrites comme facilitant les recours des gouvernements, elles sont en réalité le résultat d'un compromis qui est parfois à l'avantage de l'industrie. L'auteure tente également de démontrer que l'adoption de cette législation au Québec, dans un texte calqué sur la législation de la Colombie-Britannique — elle-même inspirée de la législation de la Floride — est caractérisée par un manque d'attention à l'égard de certaines particularités du droit québécois, plus particulièrement en ce qui concerne le fait générateur de responsabilité en matière de responsabilité du fait des produits, ainsi que la causalité.

The article examines legislation aimed at favoring the recovery by governments of health care costs due to the tobacco industry, more particularly in relation to the treatment of illnesses caused by smoking. The writer argues that the manner in which these laws treat the issue of causation demonstrate that even though they are described as facilitating claims by the various governments, they are in fact the result of a compromise that sometimes inures to the advantage of the industry. The writer also seeks to demonstrate that the adoption by the Province of Quebec, of legislation inspired by a British Columbia statute (itself modeled on Florida legislation), is characterized by lack of attention to certain particularities of Quebec law, specifically with regard to principles surrounding product liability as well as to those relating to issues of causation.

*. Professeure agrégée, Faculté de droit, Université McGill. L'auteure remercie la Fondation du Barreau du Québec pour l'appui financier offert au projet de recherche duquel est issu ce texte, ainsi que Christopher Trivisonno, Olga Redko et Katica Spillane, candidats au LL.B./B.C.L. (Université McGill), pour leur assistance dans la préparation de ce texte. Des remerciements sincères sont également dus à madame la Professeure Geneviève Saumier pour ses commentaires sur certains aspects de ce texte.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	613
A. CONTEXTE	616
B. LA CAUSALITÉ : UN DROIT D'EXCEPTION FAIT DE COMPROMIS	619
1. Avantages pour les gouvernements.....	621
2. Compromis pour l'industrie.....	627
C. TRANSPOSITIONS LIBRES	635
1. Fait générateur de responsabilité	636
2. Traitement de la causalité	641
CONCLUSION	642

INTRODUCTION

En mars 2012 commençaient, au Québec, les deux premiers recours collectifs canadiens contre l'industrie du tabac par le biais desquels deux millions de Québécois réclament une indemnisation de 27 milliards de dollars¹. En juin de la même année, le gouvernement du Québec entreprenait son propre recours contre les groupes de cigarettiers canadiens, réclamant plus de 60 milliards de dollars. Cette somme représente le coût des soins de santé liés au tabac que le gouvernement assume depuis 1970, soit depuis l'entrée en vigueur du régime d'assurance maladie universel, ainsi que les dépenses anticipées jusqu'en 2030². La poursuite québécoise, et celles ayant débuté dans plusieurs autres provinces, dont la Colombie-Britannique, l'Ontario, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve et Labrador, et l'Île-du-Prince-Édouard³, se fondent

1. Requête introductive d'instance d'un recours collectif, *Létourneau c. Imperial Tobacco Can. Ltée* (2005), no. 500-06-000070-983 (QC C.S.), par. 1, en ligne : <<http://www.smoke-free.ca/litigation/US-CDA-Litigation/Canada%20Litigation/Recours%20collectifs%20-%20Qu%C3%A9bec/RequeteIntroductive300905.pdf>> [Létourneau requête 2005]; *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-Macdonald Corp.*, 2005 CanLII 4070, par. 12-16, 20, 24-26, 70 (QC C.S.). ; Requête introductive d'instance d'un recours collectif, *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.* (2005), No. 500-06-000076-980 (QC C.S.), par. 3, en ligne : <<http://www.smoke-free.ca/litigation/US-CDA-Litigation/Canada%20Litigation/Recours%20collectifs%20-%20Qu%C3%A9bec/Requete-introductive-d-instance.pdf>> [Conseil requête 2005]. Ces deux recours collectifs furent autorisés en février 2005.
2. Requête introductive d'instance, *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée (Litée)* (2012), no. 500-17-072363-123, (QC C.S.), par. 1. *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée*, Requête introductive d'instance]; Denis LESSARD, « Québec poursuit les compagnies de tabac pour 60 milliards », (8 juin 2012) *La Presse*, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/politique-quebecoise/201206/08/01-4533066-quebec-pour-suit-les-compagnies-de-tabac-pour-60-milliards.php>>.
3. La poursuite entreprise par le gouvernement de la Colombie-Britannique a débuté en janvier 2001 et vise à récupérer une somme de dix milliards de dollars : Statement of Claim, *British Columbia v. Imperial Tobacco Ltd (Litée)*. (2001), S010421 (C.-B.), en ligne : <<http://www.smoke-free.ca/litigation/webpages/British%20Columbia.htm>>. Quant à celle entreprise par le gouvernement de l'Ontario, elle vise à réclamer 50 milliards de dollars et elle a débuté en septembre 2009 : Statement of

sur des législations spéciales permettant aux gouvernements provinciaux de récupérer le coût des prestations de soins de santé engagées par les provinces dans le traitement, notamment, des maladies associées au tabagisme⁴.

Les lois canadiennes sont toutes inspirées de la législation adoptée en 1997 en Colombie-Britannique⁵, elle-même inspirée de la législation de la Floride. Dans un communiqué de presse de 1998, la ministre de la Santé britanno-colombienne de l'époque, affirmait que le but de la législation spéciale était de faire payer à l'industrie, et non aux contribuables, le coût des programmes de prévention et

Claim, *Her Majesty the Queen in Right of Ontario v. Rothmans Inc. et al.* (2009), CV-09-38798 (Ont.), en ligne : <<http://www.smoke-free.ca/litigation/US-CDA-Litigation/Canada%20Litigation/Ontario/DOC002-statementofclaim.pdf>>. Enfin, la poursuite de l'Île-du-Prince-Édouard a débuté en septembre 2012 : Statement of Claim, *Prince Edward Island c. Rothmans et al.* (2012), SI-GS-25019 (P.E.I.), en ligne : <http://www.smoke-free.ca/litigation/US-CDA-Litigation/Canada%20Litigation/prince-edwardisland/Tobacco-staement%20of%20claim%20PEI.pdf>.

4. *Loi de 2009 sur le recouvrement du montant des dommages et du coût des soins de santé imputables au tabac*, L.O. 2009, c. 13, art. 1(1)(b) [Loi sur le recouvrement-Ontario]; *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30, art. 1(1)(a-b) [BC Tobacco Damages], *Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*, L.R.Q., c. R-2.2.0.0.1, art. 8, 10 et 11 [Loi sur le recouvrement-Québec]; *Crown's Right of Recovery Act*, S.A. 2009, c. C-35; *Tobacco Damages and Health-Care Costs Recovery Act*, R.S.P.E.I. 2007, c. T-3.02; *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.S. 2007, c. T-14.2; *Loi sur le recouvrement du montant des dommages et du coût des soins de santé imputables au tabac*, C.P.L.M. c. T70; *Loi sur le recouvrement de dommages-intérêts et du coût des soins de santé imputables au tabac*, L.N.-B. 2006, c. T-7.5; *Tobacco Health Care Costs Recovery Act*, S.N.L. 2001, c. T-4.2; *Tobacco Damages and Health-care Costs Recovery Act*, S.N.S. 2005, c. 46 (pas encore entrée en vigueur); *Loi sur le recouvrement du montant des dommages et du coût des soins de santé imputables au tabac*, L.Nun. 2010, c. 31 (pas encore entrée en vigueur); Bill 23, *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, 6th Sess., 16th Assembly, N.W.T., 2011.
5. BC Tobacco Damages, préc., note 4. La loi de la Colombie-Britannique est entrée en vigueur en janvier 2001 : LEGISLATIVE ASSEMBLY OF BRITISH COLUMBIA, *Provisions in Force*, en ligne : <http://www.leg.bc.ca/PROCS/proc2000/pr2000_t.htm>.

de cessation permettant aux futures générations d'éviter de devenir les victimes de la dépendance au tabac et des maladies liées au tabagisme⁶. L'Ontario, adopte en mai 2009, une loi presque identique à celle de la Colombie-Britannique⁷. En juin de la même année, le Québec adopte sa propre loi, également inspirée de celle de la Colombie-Britannique⁸. La période de temps écoulé entre l'adoption des lois ontarienne et québécoise, et celle de la Colombie-Britannique, s'explique notamment par le fait que la constitutionnalité de cette dernière loi fut contestée par l'industrie du tabac pendant des années, puis confirmée par un banc unanime de la Cour suprême du Canada en 2005⁹, ce qui donna, par la suite, le champ libre aux autres provinces pour adopter leur propre législation¹⁰.

Le présent texte s'intéresse à cette législation spéciale régissant les recours des gouvernements provinciaux contre l'industrie du tabac. Sans prétendre faire la revue exhaustive de cette législation, le texte s'attarde à deux caractéristiques. Après avoir établi les grandes lignes de ces lois spéciales (A), une première partie argumente que le traitement de la causalité dans la législation spéciale démontre que, bien qu'elle soit communément décrite comme facilitant les recours des gouvernements provinciaux, elle est en fait le résultat d'un compromis qui est parfois à l'avantage de l'industrie (B). Enfin, une deuxième partie

-
6. Traduction libre de l'auteure. Citée dans Jacob J. SHELLEY, « The Crown's Rights of Recovery Act », (2010) 18 *Health L. Rev.* 15, 17.
 7. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4. La loi ontarienne reçut la sanction royale le 14 mai 2009 : *Bill 155, Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, 2009*, Legislative Assembly of Ont., en ligne : <http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&BillID=2159&detailPage=bills_detail_status> (12 avril 2013).
 8. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4. La loi québécoise fût adoptée en juin 2009 et prévoit une date limite forçant le gouvernement à entreprendre son recours, soit le 19 juin 2012.
 9. *British Columbia c. Imperial Tobacco Can. Ltd.*, [2005] 2 R.C.S. 473.
 10. Voir pour les détails: L. KHOURY, M.-E. COUTURE-MÉNARD et O. REDKO, « The Role of Private Law in the Control of Risks Associated with Tobacco-Smoking : The Canadian Experience », (2013) 39 *American Journal of Law and Medicine*, 442-470 [KHOURY ET AL.]. La constitutionnalité de la loi québécoise est cependant toujours en cours de débat : voir *id.*, 465-66.

discute des heurts causés par l'importation au Québec de normes législatives développées dans un contexte de common law américaine et canadienne (C)¹¹. Afin d'alléger le texte, nous référons uniquement aux législations de l'Ontario et du Québec¹².

A. CONTEXTE

Les lois de l'Ontario et du Québec reconnaissent deux types de recours fondés sur la commission d'un « tobacco-related wrong » ou, en français, d'une « faute »¹³. La loi ontarienne énonce que la faute d'un fabricant s'entend, dans le cas des actions entreprises par le gouvernement ontarien, « d'un manquement de la part d'un fabricant à un devoir ou à une obligation que lui impose la common law, l'equity ou la loi, à l'égard de personnes de l'Ontario qui ont été exposées à un produit du tabac ou qui pourraient l'être »¹⁴. La loi québécoise utilise, comme la loi ontarienne, les termes « tobacco-related wrong » et « faute », mais ne définit pas la faute, sauf en donnant l'exemple non limitatif du manquement au devoir d'information du public quant aux risques et dangers que comportent les produits du tabac¹⁵.

Les recours fondés sur la législation spéciale permettent aux gouvernements de réclamer le remboursement des dépenses effectuées pour fournir des soins de santé aux victimes du tabagisme. Par exemple, le recours québécois réclame le paiement des dépenses passées et futures engagées par le gouvernement, incluant les dépenses relatives au coût des soins médicaux, des services hospitaliers, des autres services de santé et services

-
11. Ces questions furent explorées très succinctement une première fois dans : KHOURY *et al.*, *id.*
 12. Nous référons cependant le lecteur à la législation de la Colombie-Britannique pour chaque énoncé, puisqu'elle sert de modèle aux lois ontarienne et québécoise.
 13. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 2(1); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 1 et 9. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 2(1).
 14. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 1(1). Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 1(1).
 15. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 1, 9.

Dans le contexte des actions entreprises sur une base collective, l'identité et la cause du préjudice de chaque assuré ou bénéficiaire n'ont pas à être établies. Les coûts engendrés par l'état de santé de chacune de ces personnes n'ont pas non plus à être établis²¹. Cette approche facilite substantiellement la preuve des dommages et de la causalité. Par l'introduction d'actions entreprises sur une base collective, le législateur reconnaît donc formellement que les dommages causés par le tabagisme ne sont pas essentiellement des préjudices individuels et qu'ils constituent un poids collectif qui est partagé par un pan substantiel de la population. Ce poids concerne d'abord, bien entendu, l'atteinte à la santé de cette collectivité, mais également les coûts associés à cette atteinte, puisque ces derniers sont assumés par la collectivité dans un pays comme le Canada où le système de santé est principalement financé par les revenus de taxation. Le recours prévu à ces lois semble donc, à première vue, permettre l'indemnisation de dépenses de santé effectuées par l'État *au nom de la collectivité*²².

Il existe cependant, au sein de la législation, une tension quant à la nature du recours prévu dans celle-ci. Malgré l'aspect collectif des dommages pouvant être réclamés, l'État se positionne en victime individuelle qui tente de recouvrer des dépenses qu'il a engagées personnellement. En effet, ces lois permettent aux gouvernements de poursuivre les cigarettiers en leur propre nom et

21. Loi sur le recouvrement-Ontario, *id.*, art. 2(5); Loi sur le recouvrement-Québec, préc. note 4, art. 13. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc. note 4, art. 3(1) (b).

22. (Nos soulignés). C'est d'ailleurs ce que laisse entendre, au Québec, le ministre de la Santé et de Services sociaux de l'époque, le Dr Yves Bolduc, lorsqu'il dit que « Le projet de loi n° 43 vise à ce que les Québécois soient en mesure de recouvrer des coûts des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac... » : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente des affaires sociales, Consultations particulières sur le projet de loi n° 43 – Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*, vol. 41, n° 33, 9 juin 2009, p. 2 [CAS 9 juin 2009].

non en vertu d'une subrogation²³ et de se positionner en victimes individuelles réclamant l'indemnisation d'un préjudice personnel, soit le recouvrement de dépenses qui ont diminué l'enveloppe budgétaire dont ils disposent pour accomplir l'ensemble de leurs responsabilités²⁴.

Les législations ontarienne et québécoise régissent de façon détaillée la nature et les paramètres des recours des gouvernements, faisant fréquemment divergence avec l'état du droit commun, que ce soit en common law ou en droit civil canadien. Ces divergences ne sont toutefois pas toutes favorables aux gouvernements.

B. LA CAUSALITÉ : UN DROIT D'EXCEPTION FAIT DE COMPROMIS

Notons en préambule que toute l'argumentation de cette partie est fondée sur une prémisse, soit qu'en l'absence de la législation spéciale, un recours en responsabilité contre l'industrie du tabac existerait en faveur des gouvernements en vertu du droit commun. Cette prémisse est toutefois contestable. D'ailleurs, lors de l'étude détaillée du projet de loi devant la Commission permanente des affaires sociales, le Ministère de la Justice réfèra à la loi comme « confirmant » le droit du gouvernement de réclamer le coût des soins de santé, puis comme donnant au gouvernement l'« autorisation » d'agir, et, enfin, comme « reconnaissant formellement le droit du gouvernement de recouvrer le coût des

23. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc. note 4, art. 2(1) (2); BC Tobacco Damages, préc. note 4, art. 2(1); Loi sur le recouvrement-Québec, préc. note 4, art. 9 par. 2.

24. Ce positionnement permet sans doute de contrer une objection qui pourrait être soulevée, à savoir que, par les recours des gouvernements, la collectivité cherche à transférer la responsabilité financière des soins de santé des épaules de la société en son ensemble vers les épaules d'acteurs privés, les fabricants. Un tel transfert de responsabilité contredirait alors le principe voulant que le financement des soins de santé doive être assumé par la collectivité.

soins de santé »²⁵. Un recours du gouvernement contre l'industrie du tabac, bien que théoriquement possible en droit québécois en application des articles 1376 et 1457 du Code civil du Québec²⁶, pourrait s'avérer illusoire en raison de problèmes à démontrer la causalité. Le gouvernement est en effet une victime par ricochet dont la perte financière découle d'un engagement législatif à défrayer le coût des soins de santé²⁷. De plus, l'existence d'un tel recours en droit des *torts* canadien, ou en responsabilité du fabricant en vertu des articles 1468 et suivants du Code civil du Québec, est incertaine. Nous discutons de ce dernier fondement de la responsabilité des compagnies de tabac dans la partie C du présent texte. Quant à un possible recours en common law, vraisemblablement sous le *tort of negligence*, force est d'avouer que son admissibilité est problématique. En effet, l'on peut légitimement se questionner quant à l'existence d'un devoir de diligence (*duty of care*) de la part de l'industrie du tabac au profit des gouvernements provinciaux. Un premier obstacle résulte du fait que le préjudice souffert par le gouvernement est une perte purement économique à l'égard de laquelle un devoir de diligence risque d'être inexistant. Même si la reconnaissance d'un tel devoir était envisagée, elle se buterait à une probable absence de relation de proximité entre les parties²⁸. De plus, certaines considérations de politiques générales résiduelles pourraient également s'opposer à l'établissement d'un *duty of care*. Par exemple, est-il approprié, de façon générale, pour un tribunal de reconnaître à l'État le droit de poursuivre des

25. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente des affaires sociales, Étude détaillée du projet de loi n° 43 – Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*, vol. 41, n° 37, 15 juin 2009, p. 2 [CAS 15 juin 2009], p. 6 et 8. De plus, le ministre de la Santé affirme qu'en l'absence d'une loi, le gouvernement ne pourrait agir en justice dans un cas semblable, ce dont nous doutons, *id.*, p. 8.

26. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991 c. 64 [C.c.Q.].

27. *Québec (Procureur général) c. Imperial Tobacco Canada Ltd*, 2013 QCCS 2994, par. 72-74 citant *R. c. Sylvain*, [1965] R.C.S. 164.

28. Sur le devoir de diligence dans les cas impliquant des pertes purement économiques, voir : L.N. KLAR, *Tort Law*, 5e éd., Toronto, Carswell, 2012, p. 229-33. Sur le concept de proximité comme condition de la reconnaissance d'un devoir de diligence, voir le même auteur aux p. 183-87.

personnes ou entités privées lui ayant imposé des dépenses supplémentaires dans l'accomplissement de ses devoirs? Cela n'ouvrirait-il pas la porte à de nombreuses poursuites contre toute personne ou entité ayant entraîné par sa négligence des dépenses à l'État? Ce qui suit tient néanmoins pour acquis qu'un recours des gouvernements en vertu du droit commun est concevable.

La tendance prédominante est de présenter la législation spéciale comme *facilitant* les recours des gouvernements²⁹. Pourtant, en y regardant de plus près, il devient clair que la législation tente d'instaurer un compromis entre les intérêts de l'État et ceux de l'industrie. Cette recherche d'équilibre est particulièrement apparente dans le traitement qui est fait de la causalité, autant dans le cadre des recours individuels que dans le contexte des actions entreprises sur une base collective.

1. Avantages pour les gouvernements

Dans le cadre des actions entreprises sur une base collective, la preuve de la causalité est facilitée de deux façons. D'abord, les gouvernements n'ont qu'à faire la preuve de la « causalité générale », c'est-à-dire qu'ils n'ont qu'à prouver, selon la balance des probabilités, que l'exposition au produit du tabac *peut* causer ou contribuer à la maladie³⁰. À titre d'exemple, l'article 16 (2) de la loi

-
29. Par exemple : P. CROTEAU, «Le Québec s'arme pour réclamer en justice de gros dédommagements aux fabricants de tabac», juillet 2009, *info-tabac*, en ligne : <www.info-tabac.ca/revue79/poursuite.htm>; K. MAKIN, «Ontario wins important victory in \$50-billion lawsuit against tobacco firms», 30 Mai 2013, *The Globe and Mail*, en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/national/ontario-wins-important-victory-in-50-billion-lawsuit-against-tobacco-firms/article12270561/>>. Voir également la position du vice-président, affaires juridiques d'Imperial Tobacco Canada Ltée, lors des consultations tenues devant la Commission permanente des affaires sociales du Québec en juin 2009, reprochant à la loi de traiter les compagnies de tabac différemment des autres citoyens sans souligner que ces différences sont aussi à leur avantage : CAS 9 juin 2009, préc. note 22, pages 10, 13-14.
30. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(1)(b); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 8, 16(2) (Nos soulignés). Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 3(1)(b).

québécoise est à l'effet que le gouvernement doit faire la preuve « que l'exposition à la catégorie de produits du tabac peut causer ou contribuer à causer la maladie ou la détérioration générale de l'état de santé d'une personne »³¹. En d'autres termes, les gouvernements n'ont qu'à démontrer que, selon les données de la science, le tabagisme peut causer ou contribuer à la maladie, et non qu'il l'a fait dans le cas particulier de chaque membre de la collectivité visée. Il s'agit donc d'une preuve allégée de la causalité, confirmant ainsi la perspective collectiviste adoptée pour ces recours.

Cette règle de preuve présente un autre avantage, un peu moins apparent, en raison de développements juridiques survenus après la rédaction de ces lois. La preuve requise de la causalité générale n'exige que la démonstration que le produit puisse *causer ou contribuer* à la maladie³². La distinction établie entre les concepts de cause et de contribution est typique de la common law. Dans ce ressort, le terme « causer » tend à référer à la causalité prouvée selon le « but-for » test, ou test du facteur déterminant, le test de causalité usuel en common law. Le terme « contribuer » réfère quant à lui à l'acceptation, dans certains cas particuliers, que la causalité puisse être démontrée lorsque le défendeur a simplement contribué matériellement – c'est-à-dire de façon plus que futile — au préjudice, même si, dans les faits, le dommage aurait pu survenir en son absence. Le présent texte n'a pas pour objectif d'exposer l'ensemble des débats et confusions auxquels le test de la contribution matérielle – ou « appréciable » selon la Cour suprême du Canada — a mené au Canada³³. Il faut cependant rappeler qu'à l'origine, le test de la contribution matérielle fut développé en droit anglais pour résoudre un problème très particulier engendré par les résultats inacceptables auxquels mène l'application du test du

31. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 16(2). Voir aussi : Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(1)(b).

32. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(1)(b); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 16(2). Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 3(1)(b).

33. Cette confusion existe particulièrement depuis 1996, soit depuis la décision de la Cour suprême dans *Athey c. Leonati* [1996] 3 R.C.S. 458 [*Athey*].

facteur déterminant dans les cas dits d'*overdetermined causation*³⁴. Imaginons, par exemple, qu'un fumeur ait consommé toute sa vie des cigarettes produites par deux fabricants différents et ait développé un cancer du poumon. Le cancer du poumon dû à la cigarette se développe typiquement à la suite d'un processus cumulatif, c'est-à-dire que c'est l'accumulation d'épisodes de consommation de tabac qui mène à la maladie³⁵. Dans un tel cas, les deux fabricants ont bel et bien tous deux *contribué* au cancer. Cependant, n'eût été la consommation de cigarettes produites par le fabricant n° 1, le fumeur aurait probablement quand même contracté le cancer en raison de sa consommation des cigarettes du fabricant n° 2. En vertu du test du facteur déterminant, la causalité n'est donc pas prouvée. Cependant, l'utilisation du concept de « contribution » comme solution de rechange au test du facteur déterminant, permet dans de tels cas de trouver les deux fabricants conjointement et solidairement responsables sur le fondement de leur contribution respective au préjudice, si celle-ci est « appréciable ». L'acceptation de cette solution de remplacement au test du facteur déterminant en common law canadienne, tout comme sa signification et son champ d'application, a fait l'objet de débats et d'incertitudes alimentés par les décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Athey c. Leonati* et *Resurfice c. Hanke*³⁶.

Après avoir référé au test de la contribution appréciable en 1996 dans *Athey c. Leonati*, la Cour explique en 2007 dans *Resurfice c. Hanke* que le test de la causalité en common law canadienne est bel et bien le critère du facteur déterminant, en particulier dans les affaires impliquant des causes multiples. En *obiter*, elle ajoute cependant, s'appuyant sur *Athey c. Leonati*, que

34. *Bonnington Castings c. Wardlaw*, [1956] A.C. 613.

35. X. WU *et al.*, « Lung Cancer Susceptibility and Risk Assessment Models » dans E.J. ROX *et al.* dir., *Lung Cancer*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, p. 33; SANTÉ CANADA, *Le tabagisme et le cancer du poumon*, en ligne: <<http://www.hc-sc.gc.ca/hc-ps/tobac-tabac/legislation/label-etiquette/lung-poumon-fra.php>> (18 juillet 2013).

36. *Athey*, préc. note 33; *Hanke c. Resurfice Corp.*, [2007] 1 R.C.S. 333 [Resurfice].

le test du facteur déterminant peut être remplacé, dans certains cas exceptionnels, pour des raisons d'équité, par le test de la « contribution appréciable »³⁷. Ces cas exceptionnels sont ceux dans lesquels, d'abord, il est impossible pour le demandeur de prouver au moyen du test du facteur déterminant que la négligence du défendeur lui a causé un préjudice en raison de facteurs qui échappent au contrôle du demandeur; par exemple, les limites de la science³⁸. De plus, le défendeur doit avoir clairement manqué à une obligation de diligence envers le demandeur, l'exposant ainsi à un *risque* de préjudice déraisonnable, et le demandeur doit avoir subi le type de préjudice en question³⁹.

En 2007, la Cour suprême se positionne donc clairement en faveur de la prédominance du test du facteur déterminant dans l'évaluation de la causalité en common law canadienne, et restreint l'application du test de la contribution appréciable à des circonstances particulières. En admettant, dans la loi spéciale, la possibilité de prouver la causalité sur la base d'une simple contribution au développement du préjudice, l'approche causale est donc généreuse envers les gouvernements. Elle l'est d'autant plus que la Cour suprême du Canada, en juin 2012, a fortement limité, encore plus que dans *Resurfice c. Hanke*, l'utilisation de cette alternative au test du facteur déterminant.

En effet, dans *Clements c. Clements*, la Cour suprême du Canada interprète la condition d'impossibilité de preuve invoquée dans *Resurfice c. Hanke* comme ne s'appliquant que dans les cas où il est *véritablement* impossible de déterminer ce qui a causé le préjudice, notamment, selon la Cour, lorsqu'il est impossible de prouver ce qu'une personne particulière aurait fait en l'absence de faute⁴⁰ et dans les cas posant des problèmes de « causalité

37. *Resurfice*, préc., note 36, par. 24.

38. *Id.*, par. 25.

39. *Id.* (Nos soulignés).

40. Par exemple, selon la Cour: *Walker Estate c. York Finch General Hospital*, [2001] 1 R.C.S. 647.

alternative »⁴¹ impliquant une pluralité de défendeurs fautifs⁴². Notons, en passant, que la législation spéciale traite spécifiquement du problème particulier de la causalité alternative invoqué ici, tel que nous le verrons ci-dessous. De plus, la Cour suprême du Canada précise que le test de la contribution appréciable ne réfère pas à une causalité pouvant être prouvée par la démonstration d'une contribution au préjudice, mais plutôt par une contribution au *risque* de préjudice. Il s'agit ici d'un test beaucoup plus généreux pour la victime que celui envisagé à l'origine, ce qui explique les limites sévères imposées par la Cour à son application.

Bref, dans *Resurfice c. Hanke* et *Clements c. Clements*⁴³, la Cour insiste fortement sur le fait que le test de causalité usuel en common law doit demeurer le test du facteur déterminant. Elle restreint également la nature des exceptions à ce test et leur champ d'application à un point où l'on peut très certainement affirmer que la législation, rédigée avant ces récents développements, leur est largement plus généreuse. En effet, la législation semble envisager le test de la contribution appréciable comme étant d'application générale à titre de solution de rechange à la preuve de la causalité fondée sur le test du facteur déterminant.

Le deuxième avantage, pour les gouvernements, introduit quant à la preuve de la causalité dans le cadre des actions entreprises sur une base collective, réside dans le fait que, dès que la preuve de causalité générale est apportée, le gouvernement bénéficie de deux présomptions légales. Le tribunal doit d'abord présumer que la population de personnes assurées exposée aux produits du tabac n'aurait pas été exposée, *n'eût été* la faute du

41. Nous utilisons ce terme révélateur à l'instar de Christophe Quézel-Ambrunaz : C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de la causalité alternative, Fondement et perspectives de la jurisprudence " Distilbène" », *D.* 2010, chr. p. 1162.

42. Par exemple, selon la Cour, lorsque deux chasseurs tirent fautivement en direction de la victime, mais qu'une seule balle l'atteint sans qu'on puisse déterminer de quel défendeur elle provient, tel que dans *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830.

43. *Clements c. Clements*, [2012] 2 R.C.S. 181.

défendeur⁴⁴. Il s'agit d'une présomption que le test du facteur déterminant est atteint quant au lien entre l'exposition au produit et le comportement de l'industrie. La deuxième présomption oblige le tribunal à présumer que cette exposition au produit a causé ou contribué — le contraste terminologique réapparaît ici — à la maladie ou au risque de la maladie dans cette population⁴⁵. Ces présomptions s'imposent au juge, mais elles peuvent être contredites par le défendeur et sont donc réfragables.

Le troisième avantage dont bénéficie le gouvernement est introduit, uniquement, dans la législation québécoise. Alors que la législation de l'Ontario indique que la preuve de la causalité et des dommages peut être faite par le biais d'information statistique, de données épidémiologiques, sociologiques ou autres⁴⁶, la législation québécoise va beaucoup plus loin. Elle prévoit que la causalité peut être prouvée dans les actions entreprises sur une base collective⁴⁷ *sur la seule base de ce type d'information*⁴⁸ :

15. Dans une action prise sur une base collective, la preuve du lien de causalité existant entre des faits qui y sont allégués, notamment entre la faute ou le manquement d'un défendeur et le coût des soins de santé dont le recouvrement est demandé, ou entre l'exposition à un produit du tabac et la maladie ou la détérioration générale de l'état de santé des bénéficiaires de ces soins, *peut être établie sur le seul fondement de renseignements statistiques ou tirés d'études épidémiologiques, d'études sociologiques ou de toutes autres études pertinentes, y compris les renseignements obtenus par un échantillonnage.*

44. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(2); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 17(1). Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 3(2).

45. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(2). Le langage utilisé dans la loi québécoise est différent : Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 17(2).

46. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 5. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 5.

47. L'article 15 est également applicable aux actions individuelles : Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 24.

48. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 15 (Nos soulignés).

Cette disposition de la loi québécoise est tout à fait logique dans un contexte où l'on vise à indemniser un préjudice qui affecte une collectivité. Elle est cependant manifestement à l'avantage du gouvernement. En effet, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada veut que la preuve statistique et mathématique soit un élément de preuve parmi d'autres et que la preuve statistique, quoique utile à titre indicatif, ne soit pas déterminante dans l'évaluation du lien de causalité⁴⁹. Dans *Lafferrière c. Lawson*, la Cour suprême du Canada faisait les affirmations suivantes, maintes fois reprises par la jurisprudence canadienne et québécoise par la suite : « La causalité en droit n'est pas identique à la causalité scientifique » et « (u)ne preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante. Plus précisément, lorsqu'une preuve statistique n'établit pas la causalité selon la prépondérance des probabilités, la causalité en droit peut quand même exister lorsque l'ensemble de la preuve étaye une telle conclusion »⁵⁰. En permettant d'établir la causalité sur le seul fondement de la preuve scientifique, sans exclure la possibilité de présenter d'autres types de preuve, la loi facilite la gestion de la preuve pour le gouvernement.

Les législations spéciales ne se contentent pas d'impartir des avantages aux gouvernements par rapport à l'état du droit commun. Elles introduisent également deux compromis au profit de l'industrie.

2. Compromis pour l'industrie

Les compromis favorables à l'industrie portent tous sur l'étendue de la responsabilité à laquelle cette dernière s'expose, qui se trouve limitée par rapport à ce qui serait le cas en vertu du droit commun. D'abord, une fois les présomptions légales de causalité mises en œuvre, la responsabilité de l'industrie est limitée par un mécanisme de « *market-share liability* », ou responsabilité

49. *Lafferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541.

50. *Id.*

proportionnelle aux parts de marché⁵¹. La responsabilité est restreinte à la portion des coûts qui correspond à la part de marché du défendeur pour le produit du tabac, sauf pour les défendeurs qui réussissent à prouver que leur comportement n'a pas causé ou contribué à l'exposition au produit, ou à la maladie, ou au risque de maladie. L'article 20 crée une exception à cette règle de responsabilité proportionnelle dans les situations très particulières où la faute des défendeurs est « commune », auquel cas, la règle de la responsabilité solidaire s'applique⁵².

Dans les législations spéciales, la responsabilité proportionnelle aux parts de marché nuance les effets de la présomption selon laquelle l'exposition au produit a causé ou contribué à la maladie ou au risque de la maladie dans la population de personnes assurées en ne faisant assumer à chaque défendeur individuel qu'une part de l'indemnisation. Un tel mécanisme⁵³ n'a jamais été admis en droit canadien. En vertu du

-
51. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(3); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 18. L'art. 1(6) de la loi ontarienne prévoit une formule mathématique pour calculer ces parts de marché. L'art. 18 de la loi québécoise détaille les éléments devant entrer en compte dans le calcul des parts de marché.
 52. La faute est réputée commune en cas de conspiration ou de concertation, ou lorsque les défendeurs ont agi à titre de représentants les uns des autres relativement au manquement ou comme étant solidairement responsables du préjudice : Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 21. Devant la Commission permanente des affaires sociales le 15 juin 2009, le Ministère de la Justice indique que, entre les défendeurs solidaires, la responsabilité est partagée en proportion de leurs parts de marché respectives : CAS 15 juin 2009, préc., note 25, p. 51-52. La loi ontarienne traite de situations similaires comme donnant ouverture à une responsabilité « conjointe et individuelle » (*joint and several*) : Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 4.
 53. Sans doute inspiré de la décision américaine *Sindell v. Abbott Lab.*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980). On peut également se demander si une telle limitation de responsabilité pourrait avoir un effet pervers, sachant que dans une province comme l'Ontario, il est estimé en 2009 que près de 50 pour cent du marché était occupé par la vente de cigarettes de contrebande : ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DE L'ONTARIO, *Projet de loi 199, Loi de 2009 sur la réduction de la taxe sur le tabac*, préambule, en ligne: <http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=fr&BillID=2218&ParlSessionID=39:1&isCurrent=false> (1^{er} novembre 2013).

droit commun, la présomption de causalité donnerait en fait lieu à une responsabilité entière si les autres conditions de la responsabilité étaient prouvées. C'est ce que l'on appelle fréquemment la règle du « tout ou rien ». En d'autres termes, on ne module pas la responsabilité selon la probabilité que le défendeur ait causé le préjudice ou selon l'ampleur du risque introduit par ce dernier, un tel risque pouvant être mesuré notamment par une prise en compte des parts de marché du défendeur au moment pertinent.

Notons que dans le cas de l'exclusion de la responsabilité d'un défendeur — s'il réussit à renverser la présomption de causalité par exemple — les lois spéciales permettent au tribunal de rajuster les parts de chacun ou de diminuer le montant des dommages auxquels les défendeurs sont tenus, avantageant d'autant plus la position des défendeurs⁵⁴. La loi québécoise, qui utilise des termes très similaires à ceux de la loi ontarienne⁵⁵, accorde une grande discrétion au tribunal à cet effet :

19. Le tribunal peut réduire le montant du coût des soins de santé auquel un défendeur est tenu ou rajuster entre les défendeurs leur part de responsabilité relativement au coût des soins de santé si l'un des défendeurs prouve soit que son manquement n'a ni causé ni contribué à causer l'exposition des personnes du Québec qui ont été exposées à la catégorie de produits visée par l'action, soit que son manquement n'a ni causé ni contribué à causer la maladie ou la détérioration générale de l'état de santé, ou le risque d'une maladie ou d'une telle détérioration, pour une partie de ces personnes⁵⁶.

Le tribunal a donc vraisemblablement la liberté d'exclure des dommages-intérêts dus au gouvernement une somme correspondant à la part de marché du défendeur dont la

54. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(4); BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 3(4), Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 19. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 3(3).

55. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(4).

56. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 19.

responsabilité est exclue. Toutefois, en permettant également au tribunal de plutôt « rajuster entre les défendeurs leur part de responsabilité relativement au coût de soins de santé », le législateur offre au juge la possibilité de faire assumer aux autres défendeurs la part des dommages qui aurait autrement été attribuée au défendeur dont la responsabilité a été exclue. La loi québécoise, comme celle de l'Ontario, n'indique toutefois pas de quelle manière les parts de marché doivent être « rajustées ».

Le deuxième compromis concerne uniquement les réclamations dites individuelles. Les lois spéciales prévoient une solution applicable dans les cas de problèmes de causalité alternative, aussi appelés problèmes de défendeur indéterminé⁵⁷. Un mécanisme particulier d'évaluation de la responsabilité est prévu lorsque le gouvernement est incapable d'établir lequel de deux ou plusieurs défendeurs a causé ou contribué à l'exposition au produit dans des cas où, tous les défendeurs ont contribué au risque de maladie en exposant des personnes aux produits du tabac. La loi ontarienne et la loi québécoise exposent la solution aux difficultés engendrées par une telle situation en utilisant un langage distinct, mais énonçant la même règle. À titre d'exemple, l'article 22 de la loi québécoise énonce :

22. Lorsque, dans une action prise sur une base individuelle, il n'est pas possible de déterminer lequel des défendeurs a causé ou contribué à causer l'exposition, à une catégorie de produits du tabac, de bénéficiaires déterminés de soins de santé qui ont souffert d'une maladie ou d'une détérioration générale de leur état de santé par suite de cette exposition, mais qu'en raison d'un manquement à un devoir qui leur est imposé, l'un ou plusieurs de ces défendeurs a par ailleurs causé ou contribué à causer le risque d'une maladie ou d'une détérioration générale de l'état de santé de personnes en les exposant à la catégorie de produits du tabac visée, le tribunal peut tenir chacun de ces derniers défendeurs

57. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 7(2); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 22 et 25. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 7(2).

responsable du coût des soins de santé engagé, en proportion de sa part de responsabilité relativement à ce risque.

Par exemple, imaginons que deux fabricants ont mis sur le marché un produit du tabac similaire. Un fumeur a fumé un de ces produits qui lui a causé un préjudice, mais on ne peut déterminer de quel produit il s'agit. Il suffit alors de prouver que les deux fabricants ont participé à créer le risque de maladie en exposant généralement des personnes à un produit du tabac. Les deux défendeurs sont alors trouvés responsables, mais seulement en proportion du risque qu'ils ont créé.

Même si l'on peut croire au premier abord que cette règle est à l'avantage des gouvernements, il n'en est rien. En effet, le droit commun de la responsabilité impose, dans des cas semblables, une responsabilité solidaire et non en proportion du risque créé, que ce soit en vertu d'une jurisprudence de common law de la Cour suprême du Canada qui date des années 50, ou en vertu de l'article 1480 du Code civil du Québec. En effet, entre 1951 et 2012, la common law canadienne abordait les problèmes de causalité alternative en tenant les défendeurs négligents responsables solidairement à moins qu'ils ne prouvent l'absence de causalité entre leur négligence et le préjudice subi par le demandeur, renversant ainsi sur leurs épaules respectives le fardeau de preuve quant à la causalité⁵⁸. Cette solution, inspirée par la décision américaine *Summers v. Tice*⁵⁹, fut, par la suite, codifiée lors de la réforme du Code civil du Bas-Canada au nouvel article 1480 du Code civil du Québec⁶⁰. Dans une décision de 2012, la Cour suprême du Canada modifie son raisonnement en fondant plutôt la responsabilité solidaire des défendeurs, dans un tel cas, sur le fait que chacun a contribué au risque de préjudice pour la victime⁶¹.

58. *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, par. 39, 65-66.

59. *Summers v. Tice*, 199 P.2d 1 (Cal. 1948).

60. C.c.Q, préc. note 26, art. 1480; *Summers v. Tice*, *id.*

61. *Clements c. Clements*, préc., note 43, par. 33-39, 46.

Notons, de plus, qu'il est possible de croire que la Cour suprême du Canada est en général réfractaire au principe de la responsabilité proportionnelle au risque créé. Bien que n'ayant jamais abordé directement cette question, ses réserves peuvent être déduites de son refus d'admettre l'indemnisation de la perte de chance lorsque cette dernière vise à surmonter une difficulté dans la preuve du lien causal⁶². Elle préfère, dans ces cas, à l'indemnisation de la perte d'une chance — qu'elle considère comme une indemnisation partielle — la règle du « tout ou rien », soit l'indemnisation entière du préjudice subi si la causalité est prouvée selon la prépondérance de preuve, ou le rejet total de la réclamation dans le cas contraire. La ligne de démarcation est souvent bien mince entre la faute ayant fait perdre la chance d'obtenir un gain — par exemple la guérison d'un cancer par un traitement diligent et en temps utile⁶³ — et la faute ayant augmenté un risque de préjudice — par exemple par l'ajout d'un facteur supplémentaire de risque de développer un cancer du poumon.

La législation prévoit plusieurs facteurs pouvant guider le tribunal lors de l'évaluation de la responsabilité de chaque défendeur n'ayant pas repoussé son fardeau de preuve dans une situation de « défendeur indéterminé »⁶⁴. Le paragraphe 3 de l'article 7 de la loi ontarienne précise que le tribunal *peut* tenir compte, aux fins du partage de la responsabilité, de : « la période pendant laquelle un défendeur s'est livré aux actes ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie; la part de marché détenue par le défendeur à l'égard du type de produit du tabac ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie; du degré de toxicité de toute substance toxique contenue dans le type de produit du tabac fabriqué ou promu par un défendeur; le montant consacré par un

62. *Laferrière c. Lawson*, préc., note 49. Bien qu'on puisse avec raison argumenter qu'il existe des distinctions entre la responsabilité pour la perte d'une chance et la responsabilité proportionnelle au risque créé: L. KHOURY, « Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England, and France » (2008), 124 *Law Quarterly Review* 103, p. 114.

63. Comme dans *Laferrière c. Lawson*, préc., note 49.

64. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 7(3); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 23. Voir aussi : *BC Tobacco Damages*, préc., note 4, art. 7(3).

défendeur à la promotion du type de produit du tabac ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie; la mesure dans laquelle un défendeur a collaboré ou participé avec d'autres fabricants aux actes ayant causé, contribué à causer ou aggraver le risque de maladie; la mesure dans laquelle un défendeur a procédé à des analyses et à des études visant à déterminer le risque de maladie résultant de l'exposition au type de produit du tabac; la mesure dans laquelle un défendeur a joué un rôle prépondérant dans la fabrication du type de produit du tabac; des efforts déployés par un défendeur pour avertir le public du risque de maladie résultant de l'exposition au type de produit du tabac; la mesure dans laquelle un défendeur a continué de fabriquer ou de promouvoir le type de produit du tabac après qu'il eut connu ou aurait dû connaître le risque de maladie résultant de l'exposition à ce type de produit; des mesures concrètes prises par un défendeur en vue de réduire le risque de maladie pour le public; et d'autres considérations jugées pertinentes par le tribunal ». Bien que le langage varie un peu, la loi québécoise réfère aux mêmes facteurs.

Ces facteurs s'attardent principalement au comportement du défendeur, ce qui permet au tribunal de moduler la part de responsabilité de chaque défendeur selon la gravité de son comportement. Il s'agit là d'une technique déjà connue en droit commun, en common law comme en droit civil. En effet, lorsqu'une responsabilité solidaire est imposée, la gravité de la faute de chaque défendeur peut servir à mesurer la part de responsabilité de chacun *dans le contexte des recours qui pourraient exister entre eux*⁶⁵. Par contre, jamais elle n'a d'impact en droit commun sur la position de la victime qui peut, contrairement à la règle introduite dans la loi spéciale, réclamer l'indemnisation de son entier préjudice de chaque défendeur individuellement, sans se préoccuper de la part de responsabilité, ou de culpabilité, de chacun⁶⁶.

65. C.c.Q., préc. note 26, art. 1478 et 1536-37. Cette technique prend le nom de « *joint and several liability* » en *common law* : par ex., art. 4 du *Negligence Act* de la Colombie-Britannique : R.S.B.C. 1996, c. 333, et art. 1 du *Negligence Act* de l'Ontario : R.S.O. 1990, c. N-1.

66. C.c.Q., préc. note 26, art. 1526 et 1528; *Negligence Act* (C.-B.), préc. note 65, art. 4(2)(b), *Negligence Act* (Ont.), préc. note 65, art. 4(2)(b).

Alors que la preuve de la causalité est facilitée pour les gouvernements, l'industrie bénéficie, de son côté, d'une responsabilité plus limitée que celle qui pourrait découler de l'application du droit commun, faisant des législations permettant de réclamer le remboursement du coût des soins de santé un véritable compromis pour les parties en cause. Ces compromis ont-ils été concédés volontairement aux défendeurs potentiels ou ont-ils été incorporés par les législateurs de la Colombie-Britannique, de l'Ontario et du Québec par inadvertance, dans l'empressement de copier la législation de la Floride, du moins en ce qui concerne le mécanisme de « *market-share liability* »⁶⁷? Les lois canadiennes, quoiqu'inspirées par la législation de la Floride, lui sont très différentes dans leur rédaction et leur contenu, ce qui exclut l'hypothèse d'une transposition irréfléchie. De plus, bien que les débats parlementaires en Ontario et au Québec ne permettent pas de déceler précisément l'intention législative⁶⁸, les débats québécois prouvent que, malgré l'attention dont fut l'objet chaque article de la

67. *Medicaid Third Party Liability Act*, Fla. Stat. Ann. § 409-910 (1994 – original version), art. 9(b).

68. D'ailleurs, les débats devant l'Assemblée législative de l'Ontario ne portèrent pas sur les détails de la législation, mais s'attardèrent principalement à rappeler au gouvernement McGuinty l'urgence de s'attaquer au problème des cigarettes de contrebande, par ex. : ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DE L'ONTARIO, 4 mars 2009, p. 5241; 11 mars 2009, p. 5412, 5414; 26 mars 2009, p. 5648, 5653, 5656; 22 avril 2009, p. 6207, 6211-12; 7 mai 2009, p. JP-351; 13 mai 2009, p. JP-355; 13 mai 2009, p. 6829, en ligne : <http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&BillID=2159&detailPage=bills_detail_debat> (31 octobre 2013). Cette préoccupation fût aussi soulevée devant la Commission permanente des affaires sociales du Québec : CAS 9 juin 2009, préc. note 22, p. 25. De plus, bien que tous les partis se soient prononcés en faveur du projet de loi ontarien, ce dernier fût très critiqué par les membres de l'Assemblée. On invoqua notamment le fait qu'il n'aura aucun impact sur la diminution du tabagisme, que les litiges prendront des années avant d'arriver à leur conclusion et qu'ils serviront surtout à enrichir la profession juridique : par ex. : ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DE L'ONTARIO, 11 mars 2009, p. 5413, 5417; 25 mars 2009, p. 5640; 26 mars 2009, p. 5648-50, 5653-55; 22 avril 2009, p. 6203, 6207; 14 mai 2009, p. 6828, 6830, en ligne : <http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&BillID=2159&detailPage=bills_detail_debat> (31 octobre 2013).

loi⁶⁹, aucune des limites posées à la responsabilité des défendeurs mentionnées précédemment ne fut remise en question lors des discussions⁷⁰. La prochaine section s'attarde à une considération connexe, soit la question de la transposition au Québec des législations développées aux États-Unis et en Colombie-Britannique.

C. TRANSPOSITIONS LIBRES

L'étude de la législation permettant au gouvernement québécois de poursuivre l'industrie du tabac permet de constater les écueils pouvant survenir lorsque le législateur québécois s'inspire, pour la rédaction de ses propres lois, de législations élaborées dans des ressorts de common law. Il faut toutefois souligner de prime abord que, bien que son contenu soit presque identique à la loi de la Colombie-Britannique⁷¹, la forme de la législation québécoise démontre un réel effort d'adopter un style de rédaction propre au droit civil québécois. Les articles individuels sont plus courts, la loi décortiquant en plusieurs dispositions ce qui, dans la législation de la Colombie-Britannique, est un article formé de plusieurs paragraphes dans le pur style législatif de la common law⁷². Sans chercher à énoncer des principes qui soient tout à fait généraux, la loi québécoise les isole et les réduit à leur plus simple expression possible dans les circonstances. De plus, le vocabulaire est, dans la plupart des cas, adapté aux concepts civilistes québécois. Par exemple, la loi de la Colombie-Britannique mentionne comme faits générateurs de responsabilité, la

69. CAS 15 juin 2009, préc., note 25 2009.

70. CAS 15 juin 2009, préc., note 25, p. 48 et suiv.

71. Le fait que la législation québécoise soit calquée sur celle de la Colombie-Britannique est d'ailleurs noté lors de l'étude du projet de loi devant la Commission permanente des affaires sociales, notamment par le représentant du Ministère de la Justice : CAS 15 juin 2009, préc., note 25, p. 4-5. Le Ministère de la Justice souligne d'ailleurs que cela fut volontaire, afin de bénéficier de la confirmation de la constitutionnalité de la loi britanno-colombienne par la Cour suprême du Canada : p. 5.

72. Par exemple, comparer l'article 2 de la BC Tobacco Damages, préc., note 4, et ses 5 paragraphes, à ses équivalents dans la Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, soit les articles 9, 10, 12, 13 et 14.

contravention à un « common law, equitable or statutory duty or obligation » alors que la loi québécoise reprend les termes exacts de l'article 1457 du Code civil du Québec en référant au manquement par le défendeur « au devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposaient à lui... »⁷³.

Toutefois, on constate rapidement certains problèmes dans cette transposition qui donnent l'impression que certaines particularités du droit québécois ont été ignorées. La prochaine section en commente deux. Dans un premier temps, nous nous interrogerons quant à la possibilité que la législation québécoise offre au gouvernement un recours moins généreux quant au fait générateur de responsabilité que celui prévu par le droit commun. Ensuite, nous constaterons que le traitement de la causalité, calqué sur la législation britanno-colombienne, introduit sans raison des concepts de common law qui n'existent pas au Québec. L'inutilité de cette incorporation réside dans le fait que le droit civil québécois de la causalité, s'il n'est pas exempt de toute critique, a au moins eu l'avantage d'éviter les problèmes et la confusion qui affectent la common law canadienne dans son traitement de la causalité.

1. Fait générateur de responsabilité

Comme mentionné précédemment, la législation spéciale des provinces de common law reconnaît un droit de poursuivre en faveur des gouvernements pour « tobacco-related wrong » ou, lorsqu'une version française de la loi existe⁷⁴, pour une « faute » de la part de l'industrie. La législation québécoise est au même effet et réfère dans sa version française à la faute comme fondement du recours du gouvernement, mentionnant notamment l'exemple du défaut d'informer le public des risques et dangers des produits du tabac⁷⁵. La requête introductive d'instance de la poursuite fondée

73. BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 2(3) et 3(1)(a); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 9 et 16.

74. C'est le cas en Ontario, au Manitoba, au Nouveau-Brunswick, et au Nunavut.

75. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 9.

sur cette législation allègue plusieurs fautes de la part des compagnies défenderesses, insistant elle aussi, particulièrement sur les manquements à leur devoir d'information du public, quant aux risques et dangers que comportent les produits du tabac⁷⁶. L'allégation principale quant à la faute est présentée de la façon suivante :

(L)es défenderesses ont, en toute connaissance de cause et de manière concertée, fait de fausses représentations au sujet de la dangerosité et de l'effet addictif des produits du tabac, ont omis d'informer les consommateurs, y compris les enfants et les adolescents, sur les caractéristiques véritables de leurs produits et les ont induits en erreur à cet égard, commettant ainsi des fautes envers les personnes du Québec⁷⁷.

La question qui se pose ici est la suivante : en l'absence de cette législation, quel serait le fondement du recours du gouvernement québécois? Serait-il considéré comme un tiers pouvant bénéficier du régime de responsabilité pour le fait des produits prévu aux articles 1468 et suivants du Code civil du Québec? Si oui, il jouirait alors d'un recours plus généreux *quant au fait générateur de responsabilité* que celui prévu par la législation, sous réserve des problèmes de preuve de la causalité déjà mentionnés⁷⁸.

Dans l'éventualité où le gouvernement pourrait invoquer à son bénéfice le livre des Obligations du Code civil du Québec, et donc le régime de responsabilité du fait des produits, l'obligation pour le gouvernement de prouver la faute des défendeurs sous le régime de la loi spéciale apparaît problématique. En effet, bien que la doctrine ne s'entende pas tout à fait quant à la nature du recours en responsabilité du fait des produits prévu au Code civil du

76. Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée, Requête introductive d'instance, préc., note 2, par. 2.

77. Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée, Requête introductive d'instance, préc., note 2, par. 157.

78. Voir l'introduction de la section B ci-dessus.

Québec⁷⁹, il est clair que ce dernier ne nécessite pas la preuve d'une faute de la part du fabricant⁸⁰. La responsabilité du fabricant est plutôt fondée sur la preuve d'un défaut de sécurité⁸¹ qui peut découler du fait que le produit n'offre pas la sécurité à laquelle « on est normalement en droit de s'attendre », ce qui inclut l'absence d'indications suffisantes quant aux risques et dangers que le produit comporte⁸². Ce régime ne permet pas au fabricant de présenter une défense d'absence de faute, quoiqu'il puisse présenter une défense fondée sur le fait que le défaut de sécurité ne pouvait être connu, compte tenu de l'état des connaissances, au moment où il a fabriqué, distribué ou fourni le bien⁸³.

On peut donc légitimement se demander si le législateur a consciemment voulu s'éloigner d'un tel régime par le biais de la législation spéciale qui requiert la preuve de la faute. Trois bémols s'imposent cependant. Le premier réside dans la question de savoir si l'État peut se prévaloir des articles 1468 et suivants du Code civil du Québec. Certes, l'article 1376 du Code prévoit que le livre

-
79. Tel que le soulignent Baudouin et Deslauriers, il peut s'agir d'un régime de responsabilité objective ou, en raison de la défense d'absence de connaissance générale du défaut de sécurité du produit en l'état des connaissances prévue à l'article 1473 C.c.Q., d'une présomption de connaissance du défaut de sécurité: J.L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile. Volume II. La responsabilité professionnelle*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007, par. 2-374 [BAUDOIN ET DESLAURIERS]. Les articles 1468 et suivants du C.c.Q. sont inspirés de la Directive européenne de 1985 qui est interprétée, en Europe, comme imposant un régime de responsabilité objective : *Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, JO L 210 du 7.8.1985, p. 29-33 : Voir, notamment : M. BORGETTO, « La responsabilité du fait des produits de santé défectueux » *Rev. dr. sanit. et soc.* 2008.1005.
80. *Contra* : C. MASSE, « La responsabilité civile » dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 235, par. 81 : le régime instituerait une présomption de faute.
81. C.c.Q., préc. note 26, art. 1468.
82. *Id.*, art. 1469.
83. *Id.*, art. 1473. Pourvu qu'il n'ait pas été négligent dans son devoir d'information lorsqu'il a eu connaissance de l'existence de ce défaut.

cinquième, portant sur les obligations, s'applique à l'État tout autant qu'à la personne privée. Il faut noter qu'on réfère fréquemment à cet article dans des contextes où l'État est le débiteur de l'obligation plutôt que le créancier, comme ici. La doctrine portant sur cet article n'envisage d'ailleurs pas cette dernière situation⁸⁴. Cependant, l'article 1376 du Code civil du Québec ne fait pas cette distinction et l'on pourrait donc croire que l'État puisse se prévaloir de ces dispositions. Toutefois, il peut être argué que celles-ci ont été conçues pour gérer la responsabilité du fabricant envers le *consommateur* de ses produits. Des contorsions devraient alors être effectuées pour qualifier l'État comme « représentant » de la collectivité des consommateurs, ce qui serait sans doute difficile. En effet, dans le cadre du recouvrement des coûts des soins de santé, l'État représente, s'il y a lieu, la collectivité des contribuables, et non celle des seuls consommateurs de produits du tabac. Toutefois, les articles 1468, 1469 et 1473 du Code civil du Québec n'exigent pas que le demandeur ait la qualité de consommateur. L'article 1468 C.c.Q. réfère au « tiers »; l'article 1469 utilise le pronom « on »; enfin, l'article 1473 C.c.Q. mentionne quant à lui la « victime ».

Le deuxième bémol est que, normalement, les articles 1468 et suivants du Code civil du Québec offrent un recours pour l'indemnisation d'un préjudice individuel personnel. Comme nous l'avons vu, la nature du recours en vertu de la législation québécoise est sujette à discussion. Bien que la loi indique clairement que ce recours est personnel à l'État⁸⁵, l'action entreprise sur une base collective lui permet, dans les faits, de recouvrer un préjudice collectif subi par les contribuables en réponse à la réalisation d'un risque auquel une population a été exposée. Il s'agit ici d'un recours qui présente une complexité qui n'est pas envisagée par le droit commun, bien que cela ne signifie pas qu'il soit impossible. De plus, la nature possiblement collective de la réclamation peut être dissimulée sous une qualification purement personnelle du

84. Par ex. : BAUDOUIN et DESLAURIERS, préc., note 79, par. 1-122 et suiv.

85. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 2(1)(2); BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 2(1); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 9 par. 2 et *supra* page 5.

préjudice dont l'indemnisation est réclamée, soit la perte de sommes tirées à même son budget et qui auraient pu être dévouées à d'autres priorités⁸⁶.

Enfin, il faut admettre que, dans le présent contexte, la nécessité de prouver la faute en vertu de la législation québécoise n'est pas une embuche sérieuse pour le gouvernement québécois vu la disponibilité d'une preuve documentaire accablante quant au comportement de l'industrie⁸⁷. Bref, le nœud de la guerre ne se situe probablement pas au niveau de la preuve de la faute, mais plutôt au niveau de la causalité dont la démonstration n'est pas facilitée par le régime de responsabilité du fait des produits contenu au Code civil du Québec. De plus, la lecture des discussions ayant eu lieu devant la Commission permanente des affaires sociales préalablement à l'adoption de la loi québécoise laisse entrevoir

-
86. Au Québec, les dépenses reliées aux soins de santé proviennent de sommes allouées aux différents ministres en vertu des diverses lois sur les crédits votées par l'Assemblée nationale. En 2010-2011, la santé et les services sociaux représentèrent 44,7 % des dépenses du gouvernement (éducation : 23,7 % et autres missions : 31,6 %). Les sources de financement du système de santé proviennent en majeure partie des revenus généraux du gouvernement obtenus grâce aux impôts et taxes (49 % en 2010-2011) : FINANCES. QUÉBEC, *Budget 2010-2011. Vers un système de santé plus performant et mieux financé*, mars 2010, en ligne : <<http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/Budget/2010-2011/fr/documents/VersSystemeSante.pdf>> (18 juillet 2013), p. 5. Le coût des services rendus par les médecins sont assumés par la Régie de l'assurance maladie du Québec (RAMQ) qui tire 94 % de son financement du fonds des services de santé et du fonds de l'assurance médicaments : QUÉBEC, *Présentation de la Régie de l'assurance maladie du Québec*, décembre 2011, en ligne : <<http://www.ramq.gouv.qc.ca/SiteCollectionDocuments/citoyens/fr/autres/presentation-regie-fr.pdf>> (1^{er} juillet 2013). Enfin, depuis janvier 1997, la RAMQ gère et défraie en partie le régime général d'assurance médicaments en vertu de la *Loi sur l'assurance médicaments*. Voir notamment: *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée*, Requête introductive d'instance, préc., note 2, par. 950-75.
87. Voir notamment les allégations des paragraphes 157 et suivants: *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée*, Requête introductive d'instance, préc., note 2. Par exemple: *United States v. Philip Morris USA Inc. et al.*, 449 F. Supp. 2d 1, 940-44 (D.D.C. 2006) (j. Kessler), confirmé en partie par 566 F. 3d 1095 (D.C. Cir. 2009), permission d'appeler refusée, 130 S. Ct. 3501 (2010).

l'intérêt de plusieurs groupes à ce qu'un débat sur la faute ait lieu devant les tribunaux comme moyen d'exposer aux citoyens canadiens la vérité quant au comportement des compagnies de tabac⁸⁸.

La transposition dans la loi québécoise des dispositions régissant la preuve de la causalité dans la loi de la Colombie-Britannique soulève d'autres questionnements.

2. Traitement de la causalité

Le deuxième problème de transposition de la loi de la Colombie-Britannique en droit québécois se situe au niveau de la causalité. Rappelons que la législation québécoise réfère à de nombreuses reprises à une distinction entre les termes « causé et contribué » tant au niveau de la preuve de la causalité générale qu'à l'égard des présomptions légales de causalité instaurées par la législation⁸⁹. Comme mentionné, ces deux concepts typiques de la common law correspondent à des approches bien précises, soit le test du facteur déterminant et le test de la contribution appréciable⁹⁰. Ces deux tests ne sont pas applicables en droit québécois qui leur préfère la théorie de la causalité adéquate⁹¹ qui, selon certains, considère comme la cause du préjudice « l'événement qui, par sa simple existence, rend objectivement possible la réalisation du dommage » ou, pour d'autres, « le fait qui, dans le cours ordinaire des choses, accroît sensiblement la possibilité de réalisation du dommage »⁹².

Bien sûr, cette erreur de transposition n'entraînera pas nécessairement de problèmes en pratique dans la mesure où le résultat est, dans tous les cas, le même : la preuve de la causalité est facilitée, peu importe le test qui s'appliquerait en l'absence de la

88. CAS 9 juin 2009, préc. note 22, pages 18-19 (commentaires de la Société canadienne du cancer et de l'Association pour les droits des non-fumeurs).

89. *Supra*, page 7.

90. Au préjudice ou, depuis 2012, au risque de préjudice.

91. BAUDOIN et DESLAURIERS, préc., note 79, par. 1-611, 2-374.

92. *Id.*, par. 1-611.

législation spéciale. De plus, rien n'empêche le législateur d'adopter le test de la causalité qui lui apparaît le plus approprié même s'il est issu d'un autre ressort juridique que le Québec. Cependant, lorsque l'on connaît l'historique des problèmes que les tests du facteur déterminant et de la contribution appréciable ont engendrés en common law canadienne⁹³ — problèmes que le droit québécois a su éviter — l'on peut douter de l'attention qui fut apportée à s'assurer que la transposition de la législation de la Colombie-Britannique s'accorde avec les principes de droit commun québécois.

Soulignons enfin que la première présomption de causalité dont nous avons discuté précédemment⁹⁴ oblige les tribunaux à présumer que les personnes qui ont été exposées à la catégorie de produits du tabac fabriqués par le défendeur n'y auraient pas été exposées, *n'eût été* son manquement, ce qui équivaut à dire que le test du facteur déterminant est présumé quant au fait que l'exposition est due au manquement des défendeurs. Encore une fois, bien que les tribunaux québécois utilisent fréquemment, dans leurs jugements, un raisonnement similaire à celui qu'impose ce test du facteur déterminant⁹⁵, ce dernier ne constitue pas l'approche prédominante en matière de causalité au Québec. On présume donc une exigence qui, en principe, n'existe pas en droit québécois et qui a entraîné, en common law, des pièges que le droit civil a réussi à éviter.

CONCLUSION

Ce texte a voulu attirer l'attention sur deux aspects des législations permettant le recouvrement du coût des soins de santé auprès de l'industrie du tabac. Dans un premier temps, une comparaison entre l'état du droit commun et les règles énoncées dans la législation démontre que cette dernière constitue un

93. Ces problèmes sont analysés *supra* aux pages 7 et 8.

94. *Supra*, page 9.

95. Il s'agit en fait d'une façon instinctive de raisonner la causalité, qui exige cependant que la cause alléguée ait joué un rôle « nécessaire » dans la production du préjudice, ce qui n'est pas explicitement requis par le test de la causalité adéquate.

véritable compromis entre les intérêts des gouvernements et de l'industrie. En effet, alors que la législation est favorable au recours des gouvernements dans son traitement de la causalité et de l'évaluation des dommages, elle restreint la responsabilité de l'industrie par le biais de mécanismes de responsabilité proportionnelle au risque et aux parts de marché qui ne sont pas applicables en droit commun canadien et québécois. Bien entendu, la possibilité qu'un recours existe en faveur de l'État en vertu du droit commun est discutable et, en ce sens, la législation est en soi favorable à l'État. Cependant, il apparaît important de constater que certaines limites à la responsabilité des cigarettiers sont introduites dans la législation, un constat qui est rarement effectué dans la littérature et les représentations médiatiques.

Dans un second temps, le présent texte a voulu souligner certains problèmes découlant de la transposition en droit québécois de la législation de la Colombie-Britannique, en particulier le maintien de concepts de common law n'existant pas au Québec et qui sont problématiques en common law canadienne, soit le test du facteur déterminant et le test de la contribution appréciable. L'exigence de prouver la faute en vertu de la législation québécoise soulève également des questions puisque la responsabilité extracontractuelle du fabricant est vraisemblablement objective en droit québécois. Nous avons, toutefois, formulé des questionnements quant à l'applicabilité, au bénéfice de l'État, du régime de responsabilité du fait de produits en vertu du droit commun.

Cette brève étude permet de réaliser qu'il existe un rapport de force au sein des législations spéciales analysées et que ce rapport de force influencera les recours devant les tribunaux. De plus, elle cherche à attirer l'attention des tribunaux québécois auxquels ces recours sont soumis sur le fait que l'exigence législative de prouver la faute est peut-être une exception au droit commun à l'avantage de l'industrie et sur le besoin de vigilance quant au traitement de la causalité afin de ne pas reproduire certaines importations inutiles et problématiques provenant de la common law.