

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE PORTANT SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Marie-Eve Dumont, Maude Pagé-Arpin and Pierre-Étienne Morand

Volume 17, Number 2, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069256ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069256ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Dumont, M.-E., Pagé-Arpin, M. & Morand, P.-É. (2004). CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE PORTANT SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 17(2), 149–182. <https://doi.org/10.7202/1069256ar>

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE PORTANT SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Par Marie-Eve Dumont*
Maude Pagé-Arpin** et
Pierre-Étienne Morand***

La présente chronique a pour objectif la présentation de la jurisprudence des tribunaux québécois et fédéraux canadiens ayant traité des règles du droit international en l'an 2004. Nous avons attentivement sélectionné la jurisprudence d'intérêt, que nous avons regroupée sous différentes rubriques thématiques. Néanmoins, soulignons que l'année 2004 ne regorge pas de jugements intéressants et traitant de questions nouvelles qui conjuguent droit interne et droit international.

Nous ne saurions passer sous silence l'arrêt *Charkaoui (Re)*, [2004] A.C.F. n° 2060 (QL) qui a fait l'objet d'une médiatisation importante au Québec, mais dans lequel le tribunal a tout de même rejeté les arguments fondés sur le droit international public.

Au demeurant, force nous est de constater que les instruments de droit international sont généralement utilisés par les tribunaux à des fins interprétatives, et rarement font-ils, malheureusement, l'objet d'une discussion étayée et ce, surtout lorsqu'une convention ou un traité international complète une analyse reposant sur la *Charte canadienne des droits et libertés*¹. Ainsi, on remarque également une certaine timidité, voire une réticence, des juges québécois et canadiens à interpréter les instruments internationaux de façon à « moduler » certaines dispositions législatives internes.

I. Exécution d'un jugement contre un État étranger

A. *Foresight Shipping Co. c. Inde (République de l')*²

Il s'agit d'un appel devant la Cour fédérale du Canada d'une décision du protonotaire Tabib ayant accueilli une requête présentée par l'intimée pour faire opposition à une saisie.

En 1993, l'appelante *Foresight Shipping Co.* a obtenu gain de cause dans le cadre d'un arbitrage qui l'opposait à l'Inde et à la Food Corporation of India (FCI)

* Étudiante au Baccalauréat en relations internationales et droit international à l'Université du Québec à Montréal. Rédactrice en chef adjointe à la production de la *Revue québécoise de droit international*.

** LL.B., LL.M. en obtention (Université de Montréal). Étudiante à l'École du Barreau.

*** B.C.L., LL.B. (Université McGill). Stagiaire en droit chez Ogilvy Renault, S.E.N.C.R.L., s.r.l., à Québec.

¹ *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 [*Charte canadienne*].

² *Foresight Shipping Co. c. Inde (République de l')*, [2004] 4 C.F. 231, juge Kelen.

relativement à un litige portant sur une charte-partie. En l'espèce, la validité et le bien-fondé de la sentence arbitrale et des ordonnances ne sont pas remis en cause, tout comme la créance de 1 000 000\$ due à l'appelante par l'intimée.

L'appelante tente ici de faire exécuter la sentence arbitrale contre les biens de l'Inde. À ce titre, l'appelante a obtenu un bref de saisie et de vente à l'encontre d'un navire stationné à Sorel, au Québec. Ce navire n'appartient pas directement à l'Inde, mais plutôt à la Shipping Company of India Ltd. (SCI), dont l'État indien est actionnaire majoritaire. En l'espèce, le protonotaire a déterminé qu'en vertu du droit indien, la personnalité juridique de l'Inde est en soi distincte de celle du propriétaire du navire. Aussi, le protonotaire avait-il refusé de percer le voile de la personnalité juridique du propriétaire du navire afin de permettre une telle saisie.

Dans l'arrêt *Tolofson c. Jensen*³, la Cour suprême du Canada a rappelé que la courtoisie commande que les tribunaux appliquent la *lex loci*, soit la loi du lieu où l'événement est survenu, lorsqu'ils analysent une question de fond. Quant à la procédure, la *lex fori*, soit la loi du lieu où le tribunal connaît de l'affaire, sera applicable.

En l'espèce, une question de fond se pose avant de considérer la question procédurale, à savoir s'il y a lieu d'ordonner l'exécution de la sentence arbitrale. L'appelante doit démontrer que le navire, propriété de la SCI, constitue également un bien détenu par l'Inde. Pour ce faire, elle doit prouver que i) la SCI est l'alter ego de l'Inde ou ii) que le voile de la personnalité juridique de la SCI devrait être percé. Le tribunal interprète ces questions au regard du droit indien.

1. LA SHIPPING COMPANY OF INDIA LTD. EST-ELLE L'ALTER EGO DE L'INDE?

L'appelante tente de convaincre le tribunal que la SCI est un organe de l'État indien et qu'il s'agit de son *alter ego*. Par conséquent, les biens de cette société pourraient, de l'avis de l'appelante, être saisis en exécution de la sentence arbitrale rendue à l'encontre de l'Inde et de la FCI.

Selon le droit indien, une société pourrait être considérée comme l'intermédiaire ou l'*alter ego* de l'État. Or, en l'espèce, la Cour est d'avis que tel n'est pas le cas. Le droit indien, conformément à la célèbre décision britannique *Salomon v. Salomon*⁴, reconnaît l'une des caractéristiques fondamentales du droit corporatif, soit la personnalité juridique de la société distincte de celle de ses actionnaires.

Après avoir rappelé le témoignage par affidavit d'experts en droit indien, la Cour insiste sur la jurisprudence indienne – notamment les arrêts *Steel Authority of India Ltd. c. Shri Ambica Mills Ltd.*⁵ et *Food Corporation of India c. Municipal Committee, Jalabad*⁶ – à l'effet qu'une société, même faisant l'objet d'un contrôle par

³ *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022.

⁴ *Salomon c. Salomon*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

⁵ *Steel Authority of India Ltd. c. Shri Ambica Mills Ltd.*, A.I.R. 1998 S.C. 418.

⁶ *Food Corporation of India c. Municipal Committee, Jalabad*, A.I.R. 1999 S.C. 2573.

l'État indien, demeure une entité juridique distincte dont l'existence est indépendante de l'État.

Le tribunal, au regard de la preuve produite, est convaincu que ces décisions n'ont pas été infirmées par des tribunaux supérieurs et demeurent conformes au droit corporatif indien. Qui plus est, l'appelante n'a pas démontré clairement que la SCI est l'intermédiaire de l'État indien.

On ne saurait nier la personnalité juridique distincte de la SCI du seul fait que l'État indien soit l'actionnaire majoritaire de cette société. Par ailleurs, la preuve ne démontre pas que les activités, les obligations, les revenus et les biens de l'intimée font l'objet d'un contrôle ou sont possédés directement par l'État indien. Au surplus, les biens de l'intimée ne sont aucunement liés à la dette de l'Inde envers l'appelante. La SCI n'est donc ni le mandataire, ni l'intermédiaire ou l'alter ego de l'État indien. À cet égard, le tribunal rappelle qu'il doit interpréter le droit étranger et non pas le modifier, tels qu'en font foi les propos suivants :

En l'absence de preuve établissant que l'Inde a exercé un contrôle sur la SCI et les biens de celle-ci afin de se soustraire à ses obligations, je ne peux conclure que la SCI est un mandataire, un intermédiaire ou l'alter ego de l'Inde. Comme l'a indiqué le protonotaire, et je souscris entièrement à cette opinion, *lorsqu'elle doit appliquer un droit étranger pour trancher une question de conflit de lois, la Cour doit appliquer le droit étranger tel qu'il est, et non tel que les réformateurs pensent qu'il devrait être*⁷. [Nos italiques.]

2. LE VOILE CORPORATIF DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE DISTINCTE DE LA SHIPPING COMPANY OF INDIA LTD. DEVRAIT-IL ETRE SOULEVE?

L'appelante invoque qu'il y aurait lieu de soulever le voile corporatif de l'entreprise SCI. D'emblée, et selon elle, le protonotaire a erronément appliqué le droit canadien pour disposer de cette question, alors qu'il devait s'appuyer sur le droit indien. Ce faisant, l'appelante a soumis plusieurs autorités à l'effet que le droit indien permet de soulever le voile corporatif.

En l'espèce, le tribunal refuse de se soumettre à cette demande pour exécuter la sentence arbitrale. D'abord, la preuve étayée ne permet en rien de déduire que l'État indien cherche à masquer une fraude en utilisant la SCI : il n'y a aucune preuve à l'effet que l'utilisation de la SCI par l'Inde a pour objectif d'éviter de payer sa dette à l'appelante. Il faut agir avec prudence lorsqu'il s'agit de soulever le voile corporatif d'une société. La preuve n'ayant mis de l'avant aucune intention de frauder ou de ne pas payer de la part de l'État indien, on ne saurait passer outre les principes de la responsabilité limitée reconnue en droit corporatif indien. Par ailleurs, il serait injuste qu'une société non entièrement détenue par l'État indien fasse les frais des omissions ou inactions de ce dernier.

⁷ *Foresight Shipping Co. c. Inde*, supra note 2 au para. 31.

Enfin, il serait inapproprié et injuste de faire droit à la saisie et ainsi pénaliser les actionnaires, notamment minoritaires, d'une société dont aucune preuve n'établit qu'elle ait agi illégalement au bénéfice de l'État indien :

La Cour ne dispose d'aucune preuve établissant que l'Inde s'est jamais immiscée dans les activités de l'intimée afin de se protéger ou de protéger ses organismes, pas plus qu'il n'existe de preuve indiquant que l'intimée a été impliquée dans une fraude ou opération illégale.⁸

L'appel est rejeté en faveur de l'Inde.

II. Droits et libertés de la personne

A. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P.G.)*⁹

L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait que la plus haute cour du Canada a utilisé des instruments internationaux dans son analyse de la constitutionnalité d'une disposition canadienne.

L'appelante conteste la constitutionnalité de l'article 43 du *Code criminel*¹⁰, qui prévoit un moyen de défense aux parents et aux instituteurs employant une force raisonnable dans le but de corriger un enfant, à l'encontre d'accusations de voies de faits. L'appelante soutient que cet article devrait être invalidé parce qu'il viole les articles 7 et 12 et le paragraphe 15 (1) de la *Charte canadienne*¹¹. Après avoir été déboutée en première instance et devant la Cour d'appel de l'Ontario, l'appelante se pourvoit maintenant en Cour suprême du Canada.

1. L'ARTICLE 43 DU CODE CRIMINEL VIOLE-T-IL L'ARTICLE 7 DE LA CHARTE CANADIENNE?

L'appelante invoque trois principes de justice fondamentale auxquels l'article 43 contreviendrait. Premièrement, l'enfant doit jouir de droits procéduraux indépendants. Deuxièmement, la législation concernant les enfants doit servir leur intérêt supérieur. Troisièmement, les règles de droit en matière criminelle ne doivent pas être imprécises, ni avoir une portée excessive.

En ce qui concerne le premier principe, les garanties procédurales prévues à l'article 43 seraient suffisantes pour assurer la sécurité des enfants, car le ministère public représente leurs intérêts. Il n'existe aucun principe de justice fondamentale à l'effet que toutes les règles de droit concernant les enfants favorisent leur intérêt

⁸ *Ibid.* au para. 38.

⁹ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P.G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76, juge en chef McLachlin, juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps [*Canadian Foundation for Children*].

¹⁰ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

¹¹ *Charte canadienne*, *supra* note 1.

supérieur. Finalement, la disposition n'est pas libellée de manière imprécise puisque l'expression « raisonnable dans les circonstances » contient des limites implicites.

a) *L'intérêt supérieur de l'enfant est-il un principe de justice fondamentale?*

L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas un principe de justice fondamentale, malgré l'importance qu'on lui accorde. Pour recevoir la qualification de principe de justice fondamentale, un principe juridique doit i) générer un consensus au sein de la communauté au sujet de son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société »¹², ii) être facilement identifiable, et iii) produire des résultats prévisibles.

L'intérêt supérieur de l'enfant constitue un principe de justice avéré tant en droit canadien qu'en droit international. À cet égard, le Canada a adhéré à deux conventions internationales dans lesquelles l'intérêt supérieur de l'enfant est traité comme un principe juridique : la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹³, au paragraphe 3 (1), et la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹⁴, aux alinéas 5 b) et 16 (1)d). En contrepartie, l'intérêt supérieur de l'enfant ne constitue pas une « condition essentielle à l'exercice de la justice ». À titre d'illustration, au paragraphe 3 (1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, ce principe est considéré comme « une considération primordiale » et non pas comme « la considération primordiale ». Dans l'arrêt *Baker*¹⁵, la juge L'Heureux-Dubé précisait que, bien que l'intérêt supérieur de l'enfant soit un élément important dont on doit tenir compte, il ne prédominera pas toujours sur les autres facteurs. Par conséquent, le principe ne satisfait pas au troisième critère, car il ne fournit pas une norme applicable claire aux tribunaux. En effet, l'application de ce principe peut susciter la controverse et est tributaire du contexte.

b) *La disposition est-elle imprécise et a-t-elle une portée excessive?*

L'appelante fait valoir que l'expression « raisonnable dans les circonstances » ne remplit pas les critères de précision d'une disposition en matière criminelle. Dans le but de préserver la constitutionnalité de la disposition, les juges de la majorité l'interprètent de façon restrictive. Ainsi, ils considèrent que tout emploi de la force de nature à causer préjudice à un enfant est exclu de ce moyen de défense. La Cour détermine certaines balises en déclarant qu'il est implicite que la disposition ne vise pas l'emploi de la force à l'encontre d'un enfant âgé de moins de deux ans ou de plus de douze ans. Les études démontrent que cela ne saurait être bénéfique aux premiers, qui sont trop jeunes pour comprendre l'objectif de la correction, ni aux

¹² *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519 à la p. 590.

¹³ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1992 n° 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

¹⁴ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 12 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981).

¹⁵ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

seconds, chez qui cela peut causer des préjudices psychologiques. Les corrections de nature à causer des lésions corporelles sont également exclues et prohibées, de même que celles visant certaines parties du corps, dont la tête, et celles effectuées à l'aide d'un objet. Le contexte doit aussi être tel qu'une correction semble appropriée.

La Cour conclut que même si la disposition viole le droit à la sécurité des enfants, elle ne contrevient à aucun principe de justice fondamentale. Elle est donc conforme à l'article 7 de la *Charte canadienne*.

2. L'ARTICLE 43 DU *CODE CRIMINEL* CONTREVIENT-IL A L'ARTICLE 12 DE LA *CHARTÉ CANADIENNE*?

La disposition n'est pas contraire à l'article 12 de la *Charte canadienne* puisque les actes qu'elle autorise ne sont ni cruels et inusités, ni incompatibles avec la dignité humaine.

3. L'ARTICLE 43 DU *CODE CRIMINEL* VIOLE-T-IL L'ARTICLE 15 DE LA *CHARTÉ CANADIENNE*?

Tel que libellé à l'article 43 du *Code criminel*, les personnes en autorité envers les mineurs peuvent poser des actes qui les soumettraient à des risques de poursuites criminelles s'ils les avaient posés à l'encontre d'adultes. Cette disposition donne lieu à un traitement différent envers les enfants, un groupe reconnu comme vulnérable. De surcroît, le droit en question, soit la préservation de l'intégrité physique d'une personne, est si intimement lié à la personne que sa violation entraîne certainement une violation du droit à la dignité.

En contrepartie, bien qu'au premier abord l'article 43 ne valorise pas les besoins des enfants, il préserve leur développement au niveau global, car il fournit aux personnes en autorité la possibilité de les éduquer raisonnablement, et ce, sans subir le risque de poursuites criminelles. Ce faisant, il maintient la stabilité de la famille en empêchant que les parents soient poursuivis pour des gestes mineurs.

En conséquence, cette disposition ne contrevient pas au droit à l'égalité des enfants.

Pour ces motifs, ce pourvoi est rejeté par les juges de la majorité. Soulignons toutefois que la Cour est très divisée. Le juge Binnie, dissident, aurait déclaré l'article 43 inopérant en ce qui concerne les instituteurs. Il considère que la violation du droit à l'égalité des enfants mise en œuvre dans cette disposition ne peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte canadienne* dans ces circonstances, car le milieu éducatif génère un moins grand besoin de stabilité. Le juge Arbour aurait invalidé la disposition en raison du non-respect du droit à la sécurité des enfants. Dans son analyse, elle souligne que le Comité des droits de l'enfant, constitué en vertu de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, a exprimé une préoccupation profonde de ce qu'aucune mesure n'ait été mise en branle afin d'abroger l'article 43 du *Code criminel*. Selon ce Comité, l'intérêt supérieur de l'enfant commande que tout

châtiment corporel à son égard soit interdit. Quant à la juge Deschamps, elle soutient que l'article 43 entre en contradiction avec le droit à l'égalité des enfants.

B. *Syndicat de la fonction publique du Québec et al. c. Québec (P.G.)*¹⁶

Dans le cadre de ce litige, la Cour supérieure du Québec a réuni les recours distincts d'une multitude d'associations de salariés et d'autres demandeurs qui remettaient en question la validité constitutionnelle du Chapitre IX de la *Loi sur l'équité salariale*¹⁷. Les recours entrepris se résumaient à des requêtes en révision judiciaire des décisions rendues par la Commission de l'équité salariale en vertu des articles 846 et suivants du *Code de procédure civile*¹⁸ du Québec, d'actions directes en nullité en vertu de l'article 33 *Cpc* et de requêtes en jugement déclaratoire en vertu de l'article 453 *Cpc*. Les demandeurs prétendent que les dispositions en cause n'assurent pas aux salariés une équité salariale équivalente à celle prévue par le régime général de la *LÉS*.

Le résumé détaillé de l'analyse des enjeux de droit constitutionnel et administratif interne dépasserait largement l'objectif de la présente chronique, qui se doit d'insister sur la discussion du droit international par les tribunaux québécois et canadiens. Or, dans ce jugement de plus de 400 pages, le tribunal accorde une place importante à l'historique des instruments internationaux ratifiés par le Canada et le Québec puisqu'ils constituent des outils d'interprétation incontournables pour apprécier le contexte et les concepts qui se dégagent de la *LÉS*.

D'entrée de jeu, le tribunal reconnaît que la discrimination salariale basée sur le sexe est toujours existante au Québec et au Canada. La *LÉS* se veut réparatrice et cherche à corriger cette discrimination salariale, tel qu'il appert du libellé de son article premier :

La présente loi a pour objet de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l'égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d'emplois à prédominance féminine.

Cette législation d'ordre public est applicable à tout contrat de travail et lie tous les salariés et employeurs, y compris l'État québécois. Son principe directeur veut qu'à travail équivalent, un salaire égal soit versé au salarié. Afin d'évaluer la présence d'une discrimination salariale, une comparaison de la rémunération de plusieurs emplois considérés comme équivalents doit être effectuée au sein d'une même entreprise, à moins qu'on n'y retrouve aucune catégorie d'emplois à prédominance féminine.

La *LÉS* impose à l'employeur de corriger les écarts salariaux entre les catégories d'emplois à prédominance masculine et celles à prédominance féminine.

¹⁶ *Syndicat de la fonction publique du Québec et al. c. Québec (P.G.)*, 2004 IIJCan 656 (C.S.), juge Julien [P.G. Québec].

¹⁷ *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q. c. E-12.001 [LÉS].

¹⁸ *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25 [Cpc].

Ce faisant, diverses modalités s'appliquent en fonction de la taille de l'entreprise. Ces mesures correctives sont plus exigeantes dans le cas d'une entreprise comptant plus de cent salariés. D'autre part, la *LÉS* fait une distinction entre les employeurs ayant procédé à une démarche d'équité ou de relativité salariale avant le 21 novembre 1996, puisqu'ils ont le choix de s'assujettir au régime général ou aux règles prévues par le Chapitre IX de la *LÉS*.

Les employeurs soumis au régime général de la *LÉS* doivent mettre sur pied des mesures précises pour corriger les écarts salariaux entre les catégories d'emplois à prédominance masculine et ceux à prédominance féminine. Par ailleurs, les salariés visés par le régime général peuvent saisir la Commission de l'équité salariale en cas de défauts ou de mésententes avec l'employeur dans le cadre de la mise en œuvre de tels programmes d'équité salariale. Advenant l'impossibilité de réaliser un programme, la Commission de l'équité salariale peut déterminer les mesures destinées à atteindre l'équité salariale ainsi qu'un délai imparti pour la réalisation du programme.

Quant au Chapitre IX visant les entreprises ayant entrepris des démarches d'équité salariale avant le 21 novembre 1996, il met en œuvre un processus beaucoup moins rigoureux et encadré que celui du régime général. En fait, le législateur reconnaît, à certaines conditions, la validité de ces programmes mis sur pied avant cette date-butoir, même s'ils ne sont pas entièrement conformes aux conditions prescrites par la *LÉS*.

Ainsi, les demandeurs contestent la présomption de l'article 119 de la *LÉS*, dont le libellé se lit comme suit :

Exigences du programme

Un programme d'équité salariale ou de relativité salariale complété avant le 21 novembre 1996 est réputé être établi conformément à la présente loi, s'il comprend :

1. une identification des catégories d'emplois et une indication de la proportion de femmes dans chacune de ces catégories ;
2. une description de la méthode et des outils d'évaluation des catégories d'emplois retenus et l'élaboration d'une démarche d'évaluation qui a tenu compte, à titre de facteurs, des qualifications, des responsabilités, des efforts ainsi que des conditions dans lesquelles le travail est effectué ;
3. un mode d'estimation des écarts salariaux.

Comparaison des catégories d'emplois

Le programme doit, en outre, avoir permis la comparaison de chacune des catégories d'emplois à prédominance féminine à des catégories d'emplois à prédominance masculine.

Discrimination interdite

L'employeur doit s'être assuré que chacun des éléments du programme d'équité salariale ou de relativité salariale, ainsi que l'application de ces éléments, sont exempts de discrimination fondée sur le sexe.

Conditions requises

Il en est de même pour un programme d'équité salariale ou de relativité salariale en cours le 21 novembre 1996, s'il remplit en outre à cette date l'une ou l'autre des conditions suivantes :

1. le programme est complété pour au moins 50 % des catégories d'emplois à prédominance féminine en cause ;
2. l'évaluation des catégories d'emplois est débutée.

Les demandeurs contestent également la modification de l'article 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁹ du Québec. Cette modification a retiré le recours que permettait l'article aux salariés. En cas de contravention par l'employeur, seuls les recours prévus à la *LÉS* peuvent donc être intentés.

Enfin, les demandeurs contestent l'obligation du maintien de cette équité salariale réputée atteinte en vertu de l'article 119 de la *LÉS* à la suite de l'approbation de ces programmes, tel que le stipule l'article 124 de la *LÉS*. Vu ces caractéristiques du régime législatif découlant du Chapitre IX, les demandeurs estiment être dans l'impossibilité de faire corriger toute lacune qui affecterait les programmes d'équité ou de relativité salariale mis de l'avant avant le 21 novembre 1996.

Les demandeurs soumettent que le Chapitre IX, par son contenu et les obligations qu'il impose, viole notamment le droit à l'égalité reconnu à l'article 15 de la *Charte canadienne*²⁰ et à l'article 10 de la *Charte québécoise*.

1. LE CHAPITRE IX DE LA *LOI SUR L'ÉQUITÉ SALARIALE* EST-IL CONSTITUTIONNEL?

Dans le cadre de son analyse, le tribunal passe en revue l'historique des traités internationaux visant la protection des droits de la personne et l'équité salariale depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Selon le tribunal, l'équité salariale constitue un objectif universel qui ne saurait être analysé isolément. À ce titre, l'analyse des instruments internationaux s'avère pertinente pour deux raisons. D'abord, ces instruments apportent un éclairage important dans l'analyse et l'appréciation du droit à l'égalité prévu aux chartes canadienne et québécoise. Ensuite, ils revêtent un intérêt particulier et utile pour déterminer les intentions du législateur lors de l'adoption de sa législation relative à l'équité salariale ainsi que les attentes qu'elle a suscitées chez les justiciables.

En l'espèce, l'article 15 de la *Charte canadienne* implique qu'il faille analyser s'il existe ou non une différence de traitement qui porte atteinte à la dignité humaine des personnes visées. Dans la présente analyse, le tribunal doit précisément se pencher sur la question de la dignité des femmes salariées assujetties au régime du

¹⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*].

²⁰ *Charte canadienne*, supra note 1.

Chapitre IX de la *LÉS*. Le tribunal devra comparer leur situation à celle des salariés visés par le régime général de la *LÉS*.

D'emblée, le tribunal reconnaît que les instruments internationaux accordent une importance primordiale au droit à l'égalité, fortement lié à la dignité humaine et à la valeur de la personne. Assurément, le Canada partage une conviction commune avec les autres États parties à ces instruments internationaux, ce qui renforce la signification de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

L'égalité entre les hommes et les femmes constitue un « idéal commun à atteindre par tous les peuples », lequel est clairement réaffirmé par le préambule et l'article 2 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²¹. En 1972, le Canada a ratifié la *Convention n° 100 concernant l'égalité de la rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail à valeur égale*²². En vertu de cette convention, le travail à valeur égale devient important et doit être considéré dans le cadre d'une structure de rémunération.

En 1966, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²³. Par ce pacte, la liberté, la justice et la paix mondiale doivent reposer sur le principe des droits égaux et inaliénables de la personne et sur sa dignité. Le *PIDESC* renvoie fortement à l'idéal consacré dans la *Déclaration universelle*, dont la réalisation dépend du respect des droits économiques, sociaux, culturels, civils et politiques. Plus précisément, les États ont pris l'engagement de légiférer afin de concrétiser cet objectif d'égalité et de non-discrimination basée sur le sexe, entraînant le droit à une rémunération égale pour un travail de même valeur. Dans ce contexte, c'est en 1976 que le Canada a ratifié le *PIDESC* et qu'il a adopté la *Loi canadienne sur les droits de la personne*²⁴, dont l'article 11 prohibe la disparité salariale entre hommes et femmes ayant des fonctions équivalentes.

La communauté internationale a réaffirmé son souhait d'éradiquer la discrimination fondée sur le sexe en 1979, par l'adoption de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²⁵. Les États adhérents, dont le Canada et, suivant, la province de Québec, s'engagent notamment à prendre des mesures visant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi et à assurer une égalité de rémunération pour un travail de même valeur.

²¹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217(III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948), 71 [*Déclaration universelle*].

²² *Convention n° 100 concernant l'égalité de la rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail à valeur égale*, 29 juin 1951, 165 R.T.N.U. 303, R.T. Can. 1973 n° 37 (entrée en vigueur : 23 mai 1953).

²³ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 216, R.T. Can. 1976 n° 47 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) [*PIDESC*].

²⁴ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6.

²⁵ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, supra note 14.

En 1985, les États ont formé un consensus pour redéfinir la notion d'« égalité », d'où l'adoption des *Stratégies prospectives d'action de Nairobi pour la promotion de la femme*²⁶. Ce consensus est à l'effet que la notion d'égalité ne saurait être limitée au concept de non-discrimination. Au contraire, le concept d'égalité vise les droits, les responsabilités et les possibilités.

Enfin, les *Déclaration et Plate-forme d'action de Pékin*²⁷ constatent clairement la continuation et la persistance d'une inégalité entre hommes et femmes particulièrement dans le domaine de l'emploi, malgré les efforts déployés par les États. En conséquence, les États se sont engagés alors à promouvoir les droits et l'indépendance économiques des femmes et à éliminer la ségrégation professionnelle et toutes les formes de discrimination dans l'emploi.

L'Assemblée nationale du Québec était préoccupée, voire influencée, par le contexte international lors des débats ayant entraîné l'adoption de la *LÉS*. En effet, il ressort de l'historique législatif de la *LÉS* que des ministres de l'époque, notamment madame Louise Harel, ministre de l'Emploi et responsable de la Condition féminine, et monsieur Bernard Landry, ministre des Finances et de l'Industrie, ont fait référence aux instruments internationaux auxquels le Québec a adhéré dont la *Convention n° 100 concernant l'égalité de la rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail à valeur égale* et le *PIDESC*. Le gouvernement du Québec de l'époque a également considéré les législations étrangères relatives à l'équité salariale. En fait, ces législations se veulent proactives dans la mesure où elles imposent aux employeurs le fardeau de démontrer qu'ils versent une même rémunération pour un travail de même valeur. Le critère est désormais l'évaluation de l'équivalence entre les emplois.

Le tribunal remarque qu'il s'agit de l'environnement juridique international dans lequel l'Assemblée nationale a adopté sa loi relative à l'équité salariale en 1996. Le Québec connaissait alors clairement ces objectifs internationaux ratifiés par le Canada et ne pouvait les ignorer. Sans contredit, le Québec adhère à ces principes et à cette volonté de protection des droits fondamentaux souscrits par les États membres de l'ONU. Le tribunal conclut donc que le droit à l'égalité consacré dans les chartes canadienne et québécoise devrait être interprété à la lumière du droit international.

De l'avis du tribunal, il faut retenir des enseignements internationaux que la lutte contre la discrimination sexuelle dont sont victimes les femmes a commencé, au plan juridique, il y a près de cinquante ans. Cette lutte vise à améliorer la condition et le statut des femmes et ce, en toute égalité avec ceux des hommes. Cet objectif implique plus largement la résolution de plusieurs problèmes, l'équité salariale n'en étant qu'un.

En outre, il ressort de ce contexte international que l'équité salariale est bénéfique à la société en ce qu'elle favorise des conditions économiques similaires

²⁶ *Stratégies prospectives d'action de Nairobi pour la promotion de la femme*, Rés. AG 40/108, Doc. off. AG NU, 40^e sess., supp. n° 53, Doc. NU A/40/53 (1985).

²⁷ *Déclaration et Plate-forme d'action de Pékin*, Doc. NU A/CONF.177/20 (1995) et Doc. NU A/CONF.177/20/Add.1, chap. I, résolution I, annexes I et II (1995).

entre hommes et femmes. Elle permet aux femmes d'assumer leurs obligations et de répondre à leurs besoins plus adéquatement dans un contexte égalitaire. L'équité salariale revêt une importance considérable dans un contexte où les femmes sont généralement responsables de la garde et de l'éducation de leurs enfants dans un contexte de séparation conjugale.

Pour terminer, les instruments internationaux font de l'équité salariale une composante du droit à la dignité humaine. Ces instruments insistent sur la nécessité de créer des recours efficaces visant l'éradication d'une telle discrimination ainsi que le renforcement des organismes garants ou fiduciaires de la promotion de l'égalité des sexes. Depuis 1948, tous les instruments internationaux font état d'une préoccupation face à la mise en œuvre de l'équité salariale. De l'avis de la Cour, « [c]e constat éclaire le sens et la portée du droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Il est chargé d'enseignement quant aux recours qui devraient être disponibles pour sanctionner ce droit »²⁸.

Au regard du droit interne, le tribunal examine l'équité, les droits procéduraux et le droit à l'égalité. L'examen de ce dernier est fortement teinté par les enseignements du droit international et le tribunal conclut que le Chapitre IX de la *LÉS* contrevient à l'article 15 de la *Charte canadienne*. En effet, les dispositions du Chapitre IX sont clairement incompatibles avec les enjeux et objectifs qu'on retrouve dans le texte même de la *LÉS*. La distinction qu'on y retrouve empêche les travailleurs de procéder à la vérification de la légalité et de la conformité des programmes d'équité salariale créés avant le 21 novembre 1996 au regard de la *LÉS* et des objectifs qu'elle renferme. Il découle donc d'une telle distinction que le Chapitre IX de la *LÉS* accorde aux salariés des droits moindres et inférieurs à ceux prévus au régime général.

Aucune partie n'a tenté de justifier la constitutionnalité des dispositions du Chapitre IX en invoquant l'article premier de la *Charte canadienne*. La Cour déclare les dispositions du Chapitre IX de la *LÉS* invalides, nulles, inopérantes et sans effet en ce qu'elles violent l'article 15 de la *Charte canadienne* et diverses dispositions de la *Charte québécoise*. Ce faisant, la Cour se trouve à annuler certaines décisions rendues par la Commission de l'équité salariale.

Quant à la mesure corrective appropriée, la Cour supérieure suspend la déclaration d'inconstitutionnalité et ses effets pour une période de six mois à compter du jugement. Le législateur québécois a donc bénéficié du temps requis pour déterminer la correction qui s'imposait afin de remédier à l'invalidité partielle de la *LÉS*.

Soulignons que le défendeur, le Procureur général du Québec, a décidé de ne pas interjeter appel de ce jugement.

²⁸ P.G. Québec, *supra* note 16 au para. 889.

C. *Van Vlymen c. Canada (Solliciteur général)*²⁹

Cette affaire traite du droit constitutionnel d'entrer au pays des citoyens canadiens en regard de la lutte contre l'apatridie au niveau international.

En 1986, le demandeur, alors inculpé de plusieurs crimes graves, a fui vers les États-Unis. Il a tôt fait de se rendre coupable là-bas d'un vol de banque à main armée, ce qui lui a valu une condamnation à cinquante-cinq ans d'emprisonnement. En 1989, il a présenté une demande au ministère de la Justice afin que les États-Unis approuvent son transfèrement au Canada pour qu'il y purge le reste de sa peine. Ce n'est qu'en 1991 que le Solliciteur général a été informé du fait que les États-Unis avaient donné leur autorisation.

Le défendeur a fait preuve d'une mauvaise foi manifeste dans le traitement de la demande du détenu. Alors que ce type de requête est habituellement traité dans les trois à cinq mois suivant son dépôt, le ministre a transmis une réponse affirmative au demandeur neuf ans après la requête, soit en 2000. Soulignons que le défendeur ne s'est exécuté qu'après que le demandeur eut déposé la présente requête de contrôle judiciaire de l'examen de sa demande. En l'espèce, le cœur du litige n'est donc pas la décision rendue par le ministre, mais plutôt le délai préalable et la dissimulation à l'endroit du demandeur. Bien que le délinquant ait été transféré, l'intérêt de la demande demeure, étant donné le besoin de réparation et le risque qu'une situation similaire ne se reproduise.

1. LE PARAGRAPHE 6 (1) DE LA *CHARTRE CANADIENNE* CONFÈRE-T-IL AUX CITOYENS CANADIENS LE DROIT CONSTITUTIONNEL D'ENTRER AU PAYS EN TOUTES CIRCONSTANCES? LE CAS ÉCHEANT, LE MINISTRE A-T-IL L'OBLIGATION LEGALE D'ACCUEILLIR LA DEMANDE DE TRANSFÈREMENT D'UN CITOYEN CANADIEN S'IL SATISFAIT AUX CONDITIONS ÉDICTÉES DANS LA LEGISLATION?

Le paragraphe 6 (1) de la *Charte canadienne* attribue à tout citoyen canadien « le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir ». Le fait que l'État ne puisse en aucun cas déroger aux prescriptions de cette disposition nous permet de conclure à son caractère fondamental. En effet, la citoyenneté canadienne légalement acquise ne peut être retirée. Au Canada, la citoyenneté d'une personne n'est pas révoquée à la suite d'une condamnation criminelle.

La perte de la citoyenneté d'un individu en raison de ses agissements répréhensibles ferait de celui-ci un « apatride », ce qui est interdit au sens du droit international :

Les ouvrages récents sur l'« apatridie » donnent à penser que la citoyenneté peut être légitimement considérée comme un droit de la personne, encore que depuis peu, et que sa révocation par suite de l'infliction d'une peine ne satisfierait

²⁹ *Van Vlymen c. Canada (Solliciteur général)*, [2005] 1 C.F. 617, juge Russell.

vraisemblablement pas aux normes internationales en cours d'élaboration concernant l'« apatridie »³⁰.

Plusieurs instruments internationaux protègent les individus contre l'apatridie, qui exclut les personnes de la participation normale à la communauté internationale. En effet, la citoyenneté a une grande importance, car c'est elle qui donne à l'individu son statut de sujet de droit. Elle constitue le lien entre la personne et le droit international. Dans l'arrêt *États-Unis c. Cotroni*³¹, le juge La Forest avait examiné notamment le paragraphe 3 (1) du *Protocole n° 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*³² et l'article 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³³, lesquels ont pour but de protéger les personnes contre l'exil.

Le Canada a adhéré à la *Convention sur la réduction des cas d'apatridie*³⁴ en 1978. Son article 8 prévoit quelques circonstances où un État peut révoquer la citoyenneté de ses ressortissants, à condition d'avoir émis une réserve à ce sujet au moment de son adhésion. Il semble que le Canada ait fait défaut d'émettre de telles réserves au moment de son adhésion.

2. LES DROITS D'ENTRER ET DE CIRCULER AU CANADA DU DEMANDEUR ONT-ILS ÉTÉ VIOLÉS DANS LE TRAITEMENT DE SA DEMANDE?

Le défendeur avait l'obligation d'accepter le transfèrement, sous réserve de l'article premier de la *Charte canadienne*. La preuve démontre que le demandeur avait le droit d'entrer au Canada à condition de demeurer en détention en vertu du paragraphe 6 (1) de la *Charte canadienne*.

Notons que le droit constitutionnel de l'accusé d'entrer au Canada était suspendu lors de sa détention aux États-Unis, mais a repris effet dès que les autorités américaines ont autorisé le transfèrement. Le ministre avait l'obligation d'en tenir compte :

Le régime international réglant le transfèrement des détenus au Canada ne remplace pas les dispositions de la *Charte [canadienne]* garantissant la liberté de circulation. Ce régime existe afin de permettre l'exercice de ces droits garantis par la *Charte [canadienne]*, encore que dans le contexte restreint de la détention et du maintien en détention.³⁵

³⁰ Johannes M.M. Chan, « The Right to a Nationality as a Human Right : The Current Trend Towards Recognition » (1991) 12 H.R.L.J. 1 à la p. 8.

³¹ *États-Unis c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469.

³² *Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, 16 septembre 1963, S.T.E. 46 (entrée en vigueur : 2 mai 1968).

³³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 4, 6 I.L.M. 368 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [PIDCP].

³⁴ *Convention sur la réduction des cas d'apatridie*, 30 août 1961, 989 R.T.N.U. 175 (entrée en vigueur : 13 décembre 1975).

³⁵ *Van Vlymen c. Canada (Solliciteur général)*, supra note 29 à la p. 663.

3. LE MINISTRE, DANS LE TRAITEMENT DE LA DEMANDE DE TRANSFEREMENT DU DEMANDEUR, A-T-IL ENFREINT L'ARTICLE 7 DE LA *CHARTRE CANADIENNE* ET MANQUE A SON OBLIGATION D'AGIR EQUITABLEMENT CONFORMEMENT A LA *COMMON LAW*?

Le défendeur a contrevenu à son obligation d'agir équitablement et violé le droit à la liberté du demandeur. En laissant ce dernier dans l'ignorance des motifs de son refus et en ne lui donnant que des réponses évasives sur l'état de sa demande, le ministre a porté atteinte à son droit à la liberté, qui ne peut être violé qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Par ailleurs, l'objection à son transfèrement reposait sur un crime pour lequel il n'avait jamais été jugé.

La Cour souligne que le demandeur a eu une conduite particulièrement répréhensible par le passé, mais il n'appartient pas aux autorités d'augmenter la teneur de sa peine en suspendant ses droits et libertés ou en refusant de traiter son dossier avec diligence. Une telle conduite nuit à sa réinsertion, en plus de transgresser la loi.

4. SI LES DROITS CONSTITUTIONNELS DU DEMANDEUR ONT ETE VIOLES, QUELLE SERAIT LA REPARATION JUSTE DANS LES CIRCONSTANCES EN VERTU DU PARAGRAPHE 24 (1) DE LA *CHARTRE CANADIENNE*?

Le défendeur devra acquitter les dépens du demandeur et lui transmettre tous les documents relatifs à sa demande. Le demandeur déposera une autre action en vue d'obtenir des dommages-intérêts.

III. Immigration et droit des réfugiés

A. *Charkaoui (Re)*³⁶

L'affaire *Charkaoui*, comme nous l'avons mentionné précédemment, fut très médiatisée en 2004, et pour cause : l'appelant était soupçonné être membre du réseau Al-Qaïda. L'intérêt de cette affaire réside pour nous dans l'utilisation d'une communication adressée à l'ONU et concernant la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*³⁷.

Résident permanent depuis 1995, l'appelant était en attente de sa citoyenneté canadienne. À la suite du dépôt d'un certificat de sécurité signé par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le Solliciteur général attestant que l'appelant était interdit de territoire pour des raisons de sécurité, ce dernier fut arrêté, puis mis en détention en vertu de l'article 82 de la *LIPR*. Les intimés avaient plusieurs motifs, non

³⁶ *Charkaoui (Re)*, [2004] A.C.F. n° 2060 (QL), juge en chef Richard, juges Décary et Létourneau.

³⁷ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 [*LIPR*].

explicités par la Cour, de croire que l'appelant était membre du réseau dirigé par Oussama Ben Laden et qu'il était lié à des activités terroristes passées ou futures.

Pour des raisons de sécurité nationale, certaines audiences ont eu lieu sans la présence de l'appelant et de ses procureurs, en application des articles 80 et 83 de la *LIPR*. Après que l'appelant se soit objecté, le juge désigné a décidé que le droit de l'appelant à une défense pleine et entière et à un procès équitable commandait qu'il soit informé au fur et à mesure des preuves colligées contre lui.

En juillet 2003, la requête de remise en liberté de l'appelant a été rejetée à la suite d'une demande de déclaration d'inconstitutionnalité de la procédure d'examen judiciaire par l'appelant³⁸. L'appelant se pourvoit maintenant contre ce jugement. Il oppose la procédure d'examen judiciaire à la *Charte canadienne*³⁹, à la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁰, à la *Déclaration canadienne des droits*⁴¹ et à divers instruments internationaux tels que le *PIDCP*, la *Déclaration universelle* et la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁴². Nous traiterons brièvement des questions relatives à la *Charte canadienne*, et plus amplement de celles ayant trait aux instruments internationaux.

1. LES ARTICLES 77 ET 78 DE LA *LIPR* PORTENT-ILS ATTEINTE AUX DROITS GARANTIS PAR LA *CHARTÉ CANADIENNE* QUANT AU DROIT A UN PROCES EQUITABLE DEVANT UN TRIBUNAL INDEPENDANT ET IMPARTIAL, NOTAMMENT PAR LE FAIT QUE LE JUGE DESIGNE DOIVE TRANCHER LE « CARACTERE RAISONNABLE » DU CERTIFICAT DE SECURITE EMIS PAR LES MINISTRES ET NON LE FOND DE L'AFFAIRE?

L'appelant soutient que le processus d'examen du certificat de sécurité par le juge désigné, ainsi que l'évaluation par ce dernier de la justification de la détention, sont contraires aux principes de justice fondamentale. Ces questions ont été soulevées dans les affaires *Ahani*⁴³ et *Sogi*⁴⁴, où des dispositions de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et de la *LIPR* furent contestées. Selon l'appelant, les décisions de ces affaires ne s'appliquent pas au présent cas puisque messieurs Ahani et Sogi étaient des étrangers demandant un statut de réfugié, alors qu'en l'espèce, le détenu possède le statut de résident permanent. L'appelant précise que dans l'affaire *Ahani*, les

³⁸ *Charkaoui (Re)* (2003), 253 F.T.R. 22, 2003 C.F. 1419.

³⁹ *Charte canadienne*, *supra* note 1.

⁴⁰ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

⁴¹ *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III.

⁴² *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [*Convention européenne des droits de l'homme*].

⁴³ *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 201 N.R. 233, permission d'appeler à la Cour suprême du Canada rejetée, [1996] C.S.C.R. n° 496, [1997] 2 R.C.S.

⁴⁴ *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 1 C.F. 171 au para. 53, demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada rejetée le 18 novembre 2004, [2004] S.C.C.A. n° 354.

instruments internationaux conclus par le Canada n'avaient pas été considérés dans l'analyse faite par la Cour.

Aussi, le statut de résident permanent n'entraîne pas une situation immuable. Ce statut peut être révoqué au regard des articles 33 à 46 de la *LIPR*. De plus, la question de sécurité nationale est supérieure à la qualification de l'individu. Qu'un détenu soit citoyen ou simple visiteur, l'État a le droit de ne pas lui fournir toute l'information connue lorsque des raisons de sécurité nationale le commandent, puisque l'intérêt de la collectivité l'emporte sur l'intérêt individuel⁴⁵.

2. EST-CE QUE LES DISPOSITIONS DE LA *LIPR* PREVOYANT LA DETENTION DE LA PERSONNE EN CAUSE PENDANT L'EXAMEN JUDICIAIRE DU CERTIFICAT DE SECURITE SONT CONFORMES A LA *CHARTRE CANADIENNE* ET A LA *DECLARATION CANADIENNE*?

L'intérêt général primant sur l'intérêt individuel, les dispositions de la *LIPR*, qui permettent la détention d'une personne dont le certificat de sécurité est sous examen, sont constitutionnelles.

3. EST-CE QUE LA PROCEDURE D'EXAMEN JUDICIAIRE PREVUE AUX ARTICLES 76 A 85 DE LA *LIPR* RESPECTE LES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DU CANADA, NOTAMMENT EU EGARD A L'ALINÉA 3 (3)F) DE LA *LIPR* ET AU *PIDESC*?

L'appelant fait valoir que les dispositions relatives aux procédures d'examen judiciaire des articles 77 et suivants de la *LIPR* vont à l'encontre des principes reconnus à l'article 10 de la *Déclaration universelle*, au paragraphe 14 (1) du *PIDCP* et au paragraphe 6 (1) de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Bien que la *Déclaration universelle* ait une valeur probante en droit international coutumier, elle n'a pas force obligatoire puisqu'il s'agit d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies. Il est donc préférable de se concentrer sur l'article 14, paragraphe 1 du *PIDESC*, qui garantit des droits similaires :

Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes moeurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit

⁴⁵ *Charkaoui (Re)*, supra note 38 au para. 100.

autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants.

D'ailleurs, à la suite d'une demande de monsieur Ahani⁴⁶, qui contestait les procédures judiciaires, les Nations unies, par le biais d'une communication émanant du Comité des droits de l'homme, n'ont vu aucune contradiction entre l'article 77 de la *LIPR* et les dispositions du *PIDESC* :

Le Comité note aussi que le *Pacte* ne prévoit pas [...] une possibilité de recours contre toutes les décisions prises par un tribunal, au-delà des affaires criminelles. Il n'a donc pas à déterminer si l'arrestation de l'auteur et la procédure relative à l'attestation relèvent du champ d'application de l'article 13 (en tant que décision en vertu de laquelle un étranger légalement présent sur le territoire est expulsé) ou de l'article 14 (en tant que décision portant sur des droits et obligations de caractère civil), vu qu'en tout état de cause l'auteur n'a pas montré qu'il y a eu violation des dispositions de ces articles dans la conduite par la Cour fédérale de l'audience consacrée à déterminer le caractère « raisonnable » de l'attestation.⁴⁷

Finalement, en ce qui a trait à la *Convention européenne des droits de l'homme*, les articles contestés de la *LIPR* ne peuvent lui être directement opposés puisque le Canada n'est pas partie à ce traité. Par contre, ses dispositions peuvent être utiles pour fins d'interprétation. Ainsi, au plan jurisprudentiel, l'arrêt français *Maaouia*⁴⁸ a établi que l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme* portant sur le droit à un procès équitable ne s'applique pas aux mesures d'interdiction de territoire, car les procédures relatives à « l'entrée au séjour ou à l'éloignement des étrangers »⁴⁹ ne peuvent être contestées en vertu des droits civils inclus dans l'article 6.

L'appelant n'a donc pu démontrer que les articles 76 à 85 de la *LIPR* n'étaient pas conformes aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qu'il a opposés. Par ailleurs, il n'a pas été démontré que les articles 77 et 78 de la *LIPR*⁵⁰ et les autres dispositions de la *LIPR*, prévoyant la détention d'une personne

⁴⁶ Voir *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, supra note 43. Dans cette affaire, la Cour fédérale avait conclu que les dispositions de l'article 40.1 de l'ancienne *Loi sur l'immigration* étaient constitutionnelles. Ces mêmes dispositions furent reprises dans la *LIPR*.

⁴⁷ Comité des droits de l'homme, Communication n° 1051/2002 : *Views of the Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, en ligne : World Legal Information Institute <<http://www.worldlii.org/int/cases/UNHRC/2004/20.html>>.

⁴⁸ *Maaouia c. France* (2000), Cour Eur. D.H., en ligne : CEDH <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>>.

⁴⁹ *Ibid.* au para. 40.

⁵⁰ *LIPR*, supra note 37.

Article 77 :

« (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80.

(2) Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112 (1) ».

dont le certificat de sécurité est examiné, ne vont pas à l'encontre de la *Charte canadienne*.

L'appel est rejeté avec dépens.

B. *De Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*⁵¹

Cette affaire analyse les limitations au principe de réunification familiale en matière d'immigration canadienne à la lumière des principes de protection de la famille et de l'intérêt supérieur de l'enfant mis en œuvre dans divers instruments internationaux.

La Commission de l'Immigration et du Statut de réfugié a refusé de délivrer des visas de résident permanent aux fils de la demanderesse, qui n'avait pu parrainer leurs demandes en raison d'une fausse déclaration au moment de ses procédures d'immigration. La demanderesse avait prétendu à l'époque être sans enfant et célibataire. En vertu de l'alinéa 117 (9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁵², un citoyen canadien ne peut parrainer des membres de sa famille dont il n'avait pas divulgué l'existence lors de son immigration, car ils n'ont pu faire l'objet d'un contrôle. Notons qu'en raison du principe de réunification des familles mis en œuvre à l'article 3 (1)d) de la *LIPR*⁵³, les autorités évaluent l'admissibilité de chaque membre de la famille d'une personne avant d'admettre celle-ci. L'obligation de divulgation est donc nécessaire au maintien de l'intégrité du système d'immigration.

Article 78 : « Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire : a) le juge entend l'affaire; b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui; c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive; d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve; e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui; f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande; g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire; h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui; i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant; j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile -- même inadmissible en justice -- et peut fonder sa décision sur celui-ci ».

⁵¹ *De Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] C.F. n° 1557 (QL), juge Kelen.

⁵² *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 [*Règlement sur l'immigration*].

⁵³ *LIPR*, *supra* note 37.

La demanderesse présente une demande de contrôle judiciaire du jugement de la Section d'appel qui a rejeté son pourvoi. Les questions en litige sont les suivantes. D'abord, l'alinéa 117 (9)d) du *Règlement sur l'immigration* contrevient-il à l'objectif de réunification des familles présent dans la *LIPR*? Ensuite, la disposition est-elle conforme aux obligations internationales du Canada portant sur les droits de la personne? Enfin, la disposition doit-elle être déclarée inopérante en raison de sa violation de l'article 7 de la *Charte canadienne*⁵⁴?

1. L'ALINEA 117 (9)D) DU *REGLEMENT SUR L'IMMIGRATION* EST-IL INCOMPATIBLE AVEC L'OBJET DE LA REUNIFICATION FAMILIALE ENONCE DANS LA *LIPR*?

En l'espèce, l'exigence selon laquelle les règles en matière d'immigration doivent être administrées de manière ordonnée et juste a préséance sur l'objectif de la réunification familiale. Il serait absurde qu'un demandeur puisse mentir sur son état civil et celui des membres de sa famille afin d'immigrer plus aisément au Canada, puis contester ensuite la validité de la catégorie du regroupement familial parce qu'elle empêche la réunification de sa famille.

2. LA DISPOSITION CONTREVIEN-ELLE A L'EXIGENCE SELON LAQUELLE L'INTERPRETATION DE LA *LIPR* DOIT SE FAIRE CONFORMEMENT AUX OBLIGATIONS INTERNATIONALES DU CANADA EN MATIERE DE DROITS DE LA PERSONNE?

Premièrement, la demanderesse prétend que la disposition enfreint son droit de ne pas faire l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée et celle de sa famille contrairement à l'article 17 du *PIDCP*⁵⁵ et à l'article 16 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁵⁶. Deuxièmement, elle fait valoir que la disposition viole son droit à la protection de la famille garanti à l'article 10 du *PIDESC*⁵⁷. Troisièmement, la demanderesse argumente que la disposition ne respecte pas l'exigence de prioriser l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent, tel que prescrit au paragraphe 3 (1) de *Convention relative aux droits de l'enfant*. Soulignons que la Cour suprême du Canada a confirmé, dans l'arrêt *Baker*⁵⁸, que l'intérêt supérieur de l'enfant devait également être considéré dans les décisions en matière d'immigration. Quatrièmement, la demanderesse soutient que la disposition va à l'encontre du droit d'être élevé par ses parents et de ne pas être séparé d'eux, lequel est énoncé aux paragraphes 7 (1) et 9 (1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant* et à l'article 17 du *PIDCP*. Finalement, elle soumet que la règle de droit contrevient à l'article 10 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, qui

⁵⁴ *Charte canadienne*, supra note 1.

⁵⁵ *PIDCP*, supra note 33.

⁵⁶ *Convention relative aux droits de l'enfant*, supra note 13.

⁵⁷ *PIDESC*, supra note 23.

⁵⁸ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, supra note 15.

stipule que les États doivent considérer positivement, avec humanité et diligence, toute demande faite dans le but d'une réunification familiale.

Ces prétentions sont rejetées. La disposition d'interprétation précise qu'on doit se référer aux règles contenues dans les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne auxquels le Canada est partie en cas de doute lors de la mise en œuvre de la *LIPR*⁵⁹. Or, en l'espèce, l'alinéa 117 (9)d) du *Règlement sur l'immigration* ne laisse aucune place à l'ambiguïté. L'alinéa 3 (1)f) n'a pas pour effet d'incorporer les conventions internationales dans la législation en matière d'immigration, mais prévoit seulement que celles-ci soient utilisées contextuellement lors de son interprétation.

Par ailleurs, la *LIPR*, à son article 25, permet à la demanderesse d'invoquer des motifs humanitaires afin de s'exempter de l'application de l'alinéa 117 (9)d) du *Règlement sur l'immigration*. En cela, la législation semble respecter les obligations du Canada en matière de droits de la personne et du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

3. LA DISPOSITION DOIT-ELLE ETRE INVALIDEE PARCE QU'ELLE VIOLE L'ARTICLE 7 DE LA CHARTE CANADIENNE?

La demanderesse soutient que le fait que l'alinéa 117 (9)d) du *Règlement sur l'immigration* l'empêche de parrainer ses fils lui cause un stress psychologique grave qui menace son droit à la sécurité. Selon elle, l'État limiterait sa capacité à prendre ses propres décisions en l'obligeant à choisir entre ses enfants et son nouveau pays de résidence.

La disposition ne violant pas le droit à la sécurité de la demanderesse, elle ne provoque rien de plus qu'un stress ordinaire qu'un acte gouvernemental peut générer chez une personne raisonnable⁶⁰. La demanderesse ne peut pas prétendre que l'État canadien est responsable du choix qu'elle a fait de se séparer de ses enfants pour émigrer, sachant qu'elle n'aurait probablement pas été admise si elle avait divulgué leur existence.

La demanderesse soutient que la disposition la pénalise injustement, car si le gouvernement s'inquiétait sérieusement de ses fausses déclarations, il aurait entamé des démarches pour lui retirer sa citoyenneté en vertu de l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*⁶¹. Le fait que l'État n'applique pas cette mesure peut relever d'un manque d'effectifs ou de la mise de l'avant de priorités différentes, et ne constitue certainement pas un acquiescement au fait de faire de fausses déclarations lors d'une demande d'immigration.

De plus, même s'il y avait eu violation du droit à la sécurité de l'appelante, celle-ci aurait été justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. En

⁵⁹ *LIPR*, *supra* note 37, art. 3 (3)f).

⁶⁰ *Chesters c. R. et al.*, [2002] C.F.P.I. 727 au para. 130.

⁶¹ *Loi sur la citoyenneté*, L.C. 1985, c. 29.

outre, permettre à la demanderesse de parrainer des membres de sa famille dont elle avait nié l'existence constituerait une négation des principes de justice fondamentale.

Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

C. *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*⁶²

Cette affaire fut, comme l'affaire *Charkaoui*, très médiatisée. Dans le cadre de cette chronique, nous nous attardons à cet arrêt en raison de la multiplicité des instruments internationaux invoqués devant la Cour.

Depuis 2002, l'appelant, un citoyen canadien âgé de 17 ans, est détenu au camp Delta de Guantanamo par le gouvernement américain. L'appelant fait face à des poursuites devant un tribunal militaire américain et risque la peine de mort s'il est trouvé coupable. On l'accuse d'avoir participé à des activités du réseau terroriste Al-Qaïda. Malgré le fait que la famille du détenu ait envoyé une demande T-686-04 aux services consulaires et diplomatiques canadiens afin de requérir leur protection, de tels services n'auraient jamais été fournis. Les demandeurs font valoir que le ministre n'aurait pas agi conformément à la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*⁶³.

En l'espèce, la présente décision fait suite à une requête, par le défendeur, visant une ordonnance de radiation, en tout ou en partie, des avis de demande adressés au ministre pour fins d'obtention de services diplomatiques et consulaires.

Les demandeurs considèrent qu'il y a eu violation de la *Charte canadienne*⁶⁴ et demandent un redressement de la situation afin que monsieur Khadr puisse avoir droit à la présence d'un représentant consulaire lors de ses interrogatoires. Selon eux, le ministre, en ne fournissant pas les services demandés, n'agit pas conformément à l'article 10 de la *LAÉCI* qui lui impose des obligations en regard des attentes légitimes et/ou des règles et principes de droit international. Quant à lui, le défendeur soutient que la demande T-686-04 doit être radiée puisqu'elle ne révèle aucune cause d'action. En effet, la Cour peut, exceptionnellement, annuler un avis de demande si celui-ci est « si manifestement irrégulier qu'il est dépourvu de toute chance de succès »⁶⁵.

⁶² *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2004] A.C.F. n° 1391 (QL), juge Von Finckenstein.

⁶³ *Loi sur le ministère des affaires étrangères et du commerce international*, L.R.C. 1985, E-22 [LAÉCI].

⁶⁴ *Charte canadienne*, supra note 1.

⁶⁵ *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, supra note 62 au para. 13.

1. Y A-T-IL LIEU DE RADIER EN TOUT OU EN PARTIE L'AVIS DE DEMANDE PARCE QU'IL NE REVELE AUCUNE CAUSE D'ACTION?

Les demandeurs soutiennent que le ministre doit fournir des services consulaires à l'appelant d'abord en raison de ses droits constitutionnels, et ensuite en vertu des obligations qui découlent de l'article 10 de la *LAÉCI*.

En ce qui concerne les droits constitutionnels, les demandeurs n'ont pu prouver que l'omission de fournir des services consulaires au détenu constitue une violation de la *Charte canadienne*. Les demandeurs doivent démontrer qu'il existe un lien de causalité entre les actions ou les omissions du gouvernement et la situation présente et/ou future de l'appelant. Or, nous ne pouvons soutenir fermement que dans le cas où le gouvernement canadien fournissait des services consulaires au détenu, celui-ci aurait une meilleure situation que les autres détenus du Camp Delta, qu'ils soient des nationaux français, britanniques ou afghans. Il n'est pas certain que les résultats découlant d'une intervention canadienne seraient les mêmes que ceux qui ont fait suite aux interventions des pays dont nous avons fait mention. Quant à la *Charte canadienne*, il a été reconnu dans l'affaire *Gosselin* que les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis à l'article 7 n'emportent pas une obligation d'action positive du gouvernement. En effet, l'obligation réside dans le fait de ne pas y porter atteinte⁶⁶. L'article 10 de la *LAÉCI* énonce explicitement que le ministre des Affaires étrangères et de la Citoyenneté ne peut renoncer à exercer ses fonctions et pouvoirs relativement aux relations diplomatiques et consulaires du Canada. Le *Guide à l'intention des Canadiens emprisonnés à l'étranger*⁶⁷ est également très clair à l'effet que le Canada a contracté des engagements envers ses ressortissants lorsqu'ils sont emprisonnés à l'étranger. Parmi ceux-ci, si les personnes détenues en font la demande, les fonctionnaires doivent « aider [les détenus] à communiquer avec [leur] famille, [leurs] amis ou avec la personne qui [les] représente »⁶⁸. De plus, ces fonctionnaires doivent « essayer de faire en sorte que l'on traite [les détenus] avec équité conformément aux lois et normes du pays d'accueil au moment de [leur] arrestation et durant [leur] détention »⁶⁹.

De plus, la jurisprudence démontre que les actions gouvernementales peuvent légitimement engendrer des attentes procédurales et substantielles envers les citoyens et de ce fait, créent des obligations.

Les demandeurs soutiennent également que l'article 10 de la *LAÉCI* doit être appliqué conformément à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*⁷⁰, à la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁷¹ et au *PIDCP*⁷². En ce sens, la juge en chef

⁶⁶ *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S. 429 au para. 81.

⁶⁷ Ministère des Affaires étrangères du Canada, *Guide à l'intention des Canadiens emprisonnés à l'étranger*, 2004, en ligne : Ministère des Affaires étrangères du Canada <http://www.voyage.gc.ca/main/pubs/imprisoned_abroad-fr.asp>.

⁶⁸ *Ibid.* à la p. 8.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, 24 avril 1963, 596 R.T.N.U. 261 (entrée en vigueur : 19 mars 1967).

⁷¹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 13.

⁷² *PIDCP*, *supra* note 33.

McLachlin avait spécifié que « les obligations découlant des traités internationaux peuvent permettre de préciser davantage ce qui est raisonnable dans les circonstances »⁷³. Bien que nous ne puissions clairement appliquer la *Convention relative aux droits de l'enfant* et le *PIDCP* aux services consulaires, la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, selon une décision de la Cour internationale de justice⁷⁴, oblige les gouvernements à fournir des services consulaires lorsque sollicités. Les demandeurs peuvent également présenter des preuves soutenant l'existence d'une coutume internationale quant à l'application de certains services consulaires.

L'article 10 de la *LAÉCI*, par son libellé, crée donc des attentes légitimes et doit être interprété en fonction de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, de la jurisprudence ainsi que de la coutume internationale. La Cour ordonne que les allégations relatives à l'article 10 de la *LAÉCI* incluses dans le présent avis de demande soient maintenues, sauf celles n'ayant pas trait à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*. Par contre, les parties de l'avis relatives à une violation de la *Charte canadienne* en raison de l'omission du ministre de fournir les services demandés seront radiées. Afin d'apporter certaines modifications à l'avis de demande, la Cour invite les demandeurs à fournir un projet d'ordonnance d'ici le 26 août 2004.

En 2005, monsieur Khadr est revenu devant la Cour contre Sa Majesté la Reine du Canada afin que soit rendu un jugement déclarant que les droits assurés au demandeur par la *Charte canadienne* furent violés. La Cour a conclu par une injonction provisoire interdisant à la défenderesse et à ses agents d'interroger à nouveau le demandeur d'ici à ce que cette action soit jugée. Le tribunal a également ordonné à la défenderesse de ne pas altérer ou modifier les services consulaires fournis au demandeur... L'affaire est donc à suivre.

D. Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)⁷⁵

Le Commissaire de la Section de la protection des réfugiés (la Commission) a refusé d'accorder le statut de réfugié à la demanderesse en regard de la section Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés*, qui correspond à l'article 98 de la *LIPR*⁷⁶, selon lequel un individu ne peut bénéficier de ce statut s'il a « commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admis comme réfugié »⁷⁷. Un mandat d'arrêt international à l'endroit de la demanderesse avait été émis par les autorités chinoises relativement à un détournement de fonds de l'État chinois. De surcroît, la preuve révèle que celle-ci

⁷³ *Canadian Foundation for Children*, *supra* note 9 au para. 31.

⁷⁴ *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis)*, [2001] C.I.J. rec. 3.

⁷⁵ *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] A.C.F. n° 1142 (C.A.F.) (QL).

⁷⁶ *LIPR*, *supra* note 37, art. 95.

⁷⁷ *Convention relative au statut de réfugié*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137, R.T. Can. 1969 n° 6 (entrée en vigueur : 22 avril 1954) [*Convention*].

et sa fille possédaient des comptes bancaires totalisant la somme de 2,7 millions de dollars.

En l'espèce, il fallait déterminer en premier lieu si un crime purement économique peut entrer dans le cadre de la section Fb) de l'article premier de la *Convention*. Puis, la Cour devait trancher si, eu égard à l'arrêt *Suresh*⁷⁸ et à la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*⁷⁹, la nature et la gravité du crime ainsi que les risques de torture associés à un retour au pays doivent être analysés par la Commission. La Cour fédérale avait rejeté la demande de contrôle judiciaire, estimant que rien, à la suite de l'examen de la doctrine et de la jurisprudence en la matière, ne permettait de croire qu'un crime purement économique pouvait être exclu du champ d'application de la section Fb) de l'article premier de la *Convention*. Également, l'arrêt *Suresh* ne s'appliquait pas dans ce cas puisque la présente affaire avait trait à une demande d'admission au Canada, alors que *Suresh* était relié à un renvoi.

1. UN DEMANDEUR D'ASILE PEUT-IL ETRE PRIVE DE PROTECTION EN VERTU DE LA SECTION FB) DE L'ARTICLE PREMIER DE LA *CONVENTION RELATIVE AU STATUT DES REFUGIES* PARCE QU'IL A COMMIS UNE INFRACTION PUREMENT ECONOMIQUE?

En fait, les deux questions certifiées constituent deux facettes d'une seule et même question. Alors que celle-ci porte sur le genre de crimes visés par l'exclusion, la deuxième y incorpore l'élément du risque de torture. Relativement à la seule nature du crime visé par cette exclusion, la Cour fédérale avait fourni une analyse approfondie sur la question « des crimes graves de droit commun », qui reposait sur la jurisprudence de la Cour fédérale⁸⁰, le *Guide du Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés*⁸¹ et sur la doctrine en la matière. Cette analyse concluait que même s'il s'agit d'un crime purement économique, toutes les circonstances pertinentes doivent être examinées. À la suite de l'examen de ces circonstances, la Cour fédérale avait conclu, tout comme la Commission, que le crime commis par l'appelante était bel et bien un crime grave de droit commun⁸². Cette analyse ne semble pas erronée en droit.

⁷⁸ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 [*Suresh*]. Cet arrêt a fait jurisprudence en établissant qu'un individu ne peut être renvoyé du Canada s'il risque d'être soumis à des actes de torture, sauf dans le cas de « circonstances exceptionnelles ».

⁷⁹ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85, R.T. Can. 1987 n° 36 (entrée en vigueur : 26 juin 1987).

⁸⁰ Voir *Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 508 (C.A.) et *Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (C.A.F.).

⁸¹ ONU, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 2^e éd., Genève, NU, 1992.

⁸² *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] A.C.F. n° 1372 (C.F.) (QL) au para. 36.

2. COMPTE TENU DE L'ARRÊT *SURESH*, LA SECTION DES REFUGIES EST-ELLE TENUE DE SOUPEUSER LA NATURE ET LA GRAVITE DE L'INFRACTION COMMISE PAR LE DEMANDEUR PAR RAPPORT AU RISQUE QUE CELUI-CI SOIT TORTURE S'IL EST RENVOYÉ DANS SON PAYS D'ORIGINE?

La Section des réfugiés n'a pas à tenir compte de l'arrêt *Suresh* dans l'examen des demandes puisqu'il portait sur un renvoi du pays, et non sur une demande d'asile. Alors qu'un renvoi est définitif, le refus d'une demande d'asile ne signifie pas automatiquement que le demandeur devra retourner dans son pays d'origine.

C'est ici qu'intervient un élément crucial : il n'est pas du ressort de la Section de la protection des réfugiés d'évaluer si le demandeur sera soumis à des actes de torture s'il est renvoyé dans son pays d'origine. La Commission a donc outrepassé son mandat lorsqu'elle a fait cet examen vis-à-vis de l'appelante. Même s'il y a exclusion au moment de la demande d'asile, cela ne signifie pas que le demandeur n'aura pas droit à la protection du ministre, le seul à même d'effectuer un tel examen.

L'appel est rejeté.

IV. Droit commercial international

A. *Canada (Procureur général) c. S.D. Myers*⁸³

L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait que la Cour fédérale du Canada était saisie pour la première fois d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par un tribunal arbitral constitué conformément aux dispositions du Chapitre XI de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁸⁴.

La défenderesse, S.D. Myers, Inc. (SDMI), une société américaine exploitant une entreprise de décontamination des déchets contaminés au biphényles polychlorés (BPC), a constitué une filiale au Canada du nom de Myers Canada. Cette société canadienne transporte notamment de l'équipement contaminé et des BPC en Ohio, afin d'y procéder à la décontamination et à la destruction des produits dangereux.

Dès l'autorisation accordée par la Environmental Protection Agency (EPA) américaine d'importer des BPC aux États-Unis, deux exploitants canadiens de traitement de déchets dangereux, dont les BPC, ont fait pression sur le ministre fédéral de l'Environnement, faisant valoir que cette autorisation menaçait la viabilité de leur entreprise. À la suite de ces pressions, le gouvernement du Canada a interdit les exportations de déchets contenant des BPC pour une durée de quatorze mois. Au terme de ce délai, le Canada a rouvert sa frontière. Au départ, le tribunal souligne que

⁸³ *Canada (P.G.) c. S.D. Myers*, [2004] C.F. 1368, juge Kelen.

⁸⁴ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2, art. 1017 [ALÉNA].

l'interdiction canadienne visait sans aucun doute la défenderesse, car elle était la seule société qui s'était vue autoriser d'importer des BPC par l'EPA.

Compte tenu de cette interdiction, la défenderesse a logé une plainte à l'encontre du gouvernement canadien en vertu du Chapitre XI de l'ALÉNA. La défenderesse invoquait notamment que cette prohibition violait son droit à un traitement national non moins favorable que celui accordé aux ressortissants canadiens. Cette interdiction aurait porté atteinte aux droits de Myers Canada, constituant, aux termes de ce traité, son investissement au Canada.

Le tribunal arbitral a d'abord conclu que le gouvernement du Canada avait violé les obligations lui incombant en vertu des articles 1102 et 1105 de l'ALÉNA. En conséquence, il devait dédommager la défenderesse. Dans une sentence arbitrale subséquente, la défenderesse a obtenu 6 050 000\$ en dommages-intérêts en sus des frais. Enfin, dans une troisième sentence arbitrale, le tribunal a condamné le gouvernement du Canada à payer à la défenderesse la somme de 350 000\$ pour les frais d'arbitrage et 500 000\$ pour les honoraires extrajudiciaires.

En vertu de l'article 34 du *Code d'arbitrage commercial*⁸⁵, le demandeur se pourvoit en révision judiciaire de cette décision arbitrale afin d'obtenir l'annulation de la décision, des dommages-intérêts et des frais lui étant imposés.

En premier lieu, le tribunal devait déterminer si les sentences arbitrales rendues à l'encontre du demandeur excédaient la portée de la convention d'arbitrage prévue à la section B du Chapitre XI de l'ALÉNA en ce qu'elles auraient porté sur un différend non visé par ce chapitre.

En second lieu, la Cour devait déterminer si ces sentences arbitrales se heurtent à l'ordre public au Canada.

Les objectifs de l'ALÉNA qui doivent guider le tribunal sont stipulés à l'article 102 :

1. Éliminer les obstacles au commerce dans la zone de libre-échange du Canada, des États-Unis et du Mexique ;
2. Favoriser la concurrence loyale dans la zone de libre-échange ;
3. Augmenter substantiellement les possibilités d'investissement dans la zone de libre-échange ; et,
4. Établir des procédures efficaces pour l'application de l'ALÉNA et pour le règlement des différends.

Au regard de ces objectifs, le tribunal rappelle que les États parties doivent interpréter et appliquer l'ALÉNA en fonction des objectifs qu'il stipule et des règles

⁸⁵ Le *Code d'arbitrage commercial* est fondé sur la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, adoptée par Commission des Nations unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 et a reçu force de loi au Canada par l'adoption de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985 (2^e supp.), c. 17 [*Code*].

de droit international. Ceci dit, le Canada est lié par les règles édictées au Chapitre XI de l'ALÉNA. Par conséquent, ce traité oblige le Canada à traiter un investisseur américain ou mexicain d'une façon équitable et sans discrimination. L'objectif de libre concurrence imbibe le Chapitre XI de l'ALÉNA.

1. LES SENTENCES ARBITRALES EXCEDAIENT-ELLES LA PORTEE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE PREVUE A LA SECTION B DU CHAPITRE XI DE L'ALENA EN CE QU'ELLES AURAIENT PORTE SUR UN DIFFEREND NON VISE PAR CE CHAPITRE?

Le tribunal réitère que la compétence de la Cour fédérale pour réviser judiciairement une sentence arbitrale est circonscrite par l'article 34 du *Code*. La prévisibilité est nécessaire dans le règlement des différends et la protection de l'institution arbitrale. Cette disposition ne saurait autoriser le contrôle judiciaire d'une sentence arbitrale entrant dans le champ de compétence du tribunal arbitral que si la décision attaquée comporte une erreur de droit ou une conclusion de fait erronée. À ce titre, le tribunal rappelle qu'il ne serait pas souhaitable que l'arbitrage ne devienne qu'une première étape d'un litige, après laquelle on pourrait obtenir un jugement final d'un tribunal supérieur. Cependant, les procédures régulières devront être impérativement suivies par le tribunal arbitral.

La jurisprudence canadienne reconnaît que l'approche pragmatique et fonctionnelle ne saurait être utilisée pour définir une norme de contrôle non prévue par l'article 34 du *Code*. Cela irait à l'encontre de la prévisibilité nécessaire dans le règlement des différends et la protection de l'institution arbitrale. Qui plus est, s'appuyant notamment sur les arrêts *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*⁸⁶ et *Mexico v. Karpa*⁸⁷, le tribunal rappelle que les tribunaux supérieurs devraient faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des décisions arbitrales, internationales en particulier.

En l'espèce, une sentence arbitrale ne pourra être annulée que dans la mesure où la preuve est faite i) que la sentence arbitrale porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire ou ii) que la sentence contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire⁸⁸.

La sentence arbitrale est visée par la clause compromissoire car il s'agissait précisément de déterminer si le Canada a violé les obligations lui incombant et prévues aux articles 1102 et 1105 de l'ALÉNA.

Quant au second motif, le demandeur prétend que la décision arbitrale – à l'effet que SDMI est un investisseur ou que Myers Canada constitue un investissement effectué par l'investisseur selon l'article 1130 de l'ALÉNA – dépasse les termes du compromis ou de la clause compromissoire. Or, le tribunal arbitral a

⁸⁶ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178.

⁸⁷ *Mexico v. Karpa*, [2003] O.J., n° 5070 (Ont. S.C.J.) (QL).

⁸⁸ *Code d'arbitrage commercial*, supra note 85, art. 34 (2)iii).

analysé une telle question comme un point mixte de fait et de droit et non pas comme un moyen susceptible d'entraîner son incompétence.

Néanmoins, le tribunal estime que le sort de ces moyens d'incompétence est scellé, déboutant ainsi le demandeur de sa demande de contrôle judiciaire. Le paragraphe 21 (3) du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*⁸⁹ prévoit que le tribunal arbitral peut lui-même statuer sur une exception d'incompétence. En effet, aux termes du *Règlement d'arbitrage*, cette exception doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse. Quant à l'article 21 (4) du même *Règlement d'arbitrage*, il dispose que le tribunal arbitral doit traiter une telle question comme étant préalable.

En l'espèce, le tribunal conclut que le demandeur a fait défaut d'invoquer l'exception d'incompétence en temps voulu, puisqu'il a omis de le faire préalablement à l'argumentation sur le fond.

2. LES SENTENCES ARBITRALES SONT-ELLES CONTRAIRES A L'ORDRE PUBLIC AU CANADA?

Le sous-alinéa de 34 (2)b(ii) du *Code* prévoit qu'une sentence arbitrale faisant l'objet d'un contrôle judiciaire pourra être annulée si elle contrevient à l'ordre public au Canada.

Selon une jurisprudence abondante, le concept d'ordre public ne doit pas être interprété comme étant la position politique ou la position internationale du Canada. Au contraire, l'ordre public au sens de cette disposition se rattache plutôt aux notions et principes fondamentaux de la justice. Cette notion d'ordre public comprend le fait que le tribunal arbitral n'excède pas la compétence qui lui est attribuée, qu'il ne puisse rendre aucune décision manifestement déraisonnable ou en mépris total de la loi. En fait, une décision arbitrale ne devrait pas s'apparenter à une injustice flagrante ou à un abus de pouvoir. Dans le présent cas, les décisions arbitrales ne sont pas irrationnelles ni ne constituent un déni de justice. En conséquence, ces décisions ne violent pas l'ordre public au Canada.

3. LES SENTENCES COMPORTENT-ELLES DES DECISIONS DEPASSANT LES TERMES DU COMPROMIS OU DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE?

Subsidiairement, le tribunal analyse les arguments invoqués par le demandeur et le Mexique, intervenant devant la Cour, qui prétendent que la sentence contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire.

Dans un premier temps, le tribunal rappelle qu'il doit adopter la norme de contrôle de la décision correcte pour déterminer le sens et la signification des termes « investisseur » et « investissement effectué par un investisseur » compris au Chapitre

⁸⁹ *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international*, Rés. AG 31/98, Doc. off. AG NU, 31^e sess. (1976) 201[*Règlement d'arbitrage*].

XI de l'ALÉNA. En effet, le demandeur fonde son opposition au droit de SDMI de présenter sa demande puisque cette dernière n'avait pas la propriété des actions de Myers Canada. Or, l'article 1139 de l'ALÉNA définit l'investissement ainsi :

Investissement effectué par un investisseur d'une Partie désigne un investissement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de cette Partie; investisseur d'une partie désigne une entreprise d'État de cette Partie, ou un ressortissant ou une entreprise de cette Partie, qui cherche à effectuer, qui effectue ou a effectué un investissement.

Le Chapitre XI de l'ALÉNA ne fournit aucune définition du mot « contrôle ». Par ailleurs, la définition de « investissement effectué par un investisseur d'une partie » comporte l'utilisation des mots « contrôlé [...] indirectement ». Certes, il s'agit d'une définition large et imprécise. S'autorisant de l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁹⁰ qui prévoit que les termes des traités internationaux, tel l'ALÉNA, doivent être interprétés selon leur sens usuel, le tribunal se réfère à la définition du mot « contrôle » contenue dans *The Canadian Oxford Dictionary*⁹¹: « contrôle » signifie « le pouvoir de diriger, de commander (sous le contrôle de) ». Or, le contrôle de l'entité canadienne par la compagnie américaine constitue une question de fait.

Le tribunal conclut ici qu'il y avait bel et bien « contrôle » puisque le président de SDMI a, dans son témoignage, confirmé qu'il exerçait, en tant que chef de la direction, le contrôle sur SDMI aux États-Unis et sur ses filiales en Australie, en Arabie saoudite, au Mexique et au Canada. En fait, cette entreprise finançait et fournissait le personnel et le soutien technique nécessaire à Myers Canada, en plus de participer à ses bénéfices.

Enfin, cette conclusion s'harmonise avec la portée large et libérale du concept « d'investissement effectué par un investisseur d'une Partie », ainsi qu'avec les objectifs de l'ALÉNA.

Le tribunal rejette l'argument du demandeur à l'effet que la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁹² doit s'appliquer à la notion de contrôle. Une telle interprétation serait étroite, légaliste, restrictive et non conforme aux objectifs de l'ALÉNA. En outre, cette interprétation se heurte à une interprétation téléologique d'un traité international, tel que stipulé par l'article 31 de la *Convention de Vienne*.

Également, le demandeur et l'intervenant prétendent que les activités canadiennes de la défenderesse sont assujetties au Chapitre XII de l'ALÉNA portant sur le commerce transfrontière de services. Or, de l'avis du tribunal, les droits conférés par l'ALÉNA ont une nature cumulative et ne peuvent se chevaucher que s'ils ne sont pas contradictoires les uns vis-à-vis des autres. En l'espèce, SDMI avait un investissement au Canada et pouvait se prévaloir de la protection accordée par le Chapitre XI de l'ALÉNA, ainsi que de celle conférée par le Chapitre XII concernant

⁹⁰ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 115 R.T.N.U. 331 [*Convention de Vienne*].

⁹¹ *The Canadian Oxford Dictionary*, Toronto, Oxford University Press, 2002.

⁹² *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44.

son commerce transfrontières de services. Puisque les droits prévus par le Chapitre XII de l'*ALÉNA* n'excluent en rien ceux conférés par le Chapitre XI, le tribunal arbitral n'a pas erré en reconnaissant à l'investisseur SDMI son droit à la protection prescrite par le Chapitre XI.

Enfin, quant à l'analyse du traitement national prévu à l'article 1102 de l'*ALÉNA*, le demandeur et l'intervenant soumettent que l'expression « dans des circonstances analogues » commandait une comparaison entre les investisseurs canadiens et américains ainsi qu'entre des investissements canadiens et américains dans de telles circonstances analogues. Le tribunal rejette cette prétention, rappelant que la jurisprudence enseigne que le critère des circonstances analogues se veut souple et flexible. En l'espèce, le comparateur utilisé par le tribunal arbitral est certes large, mais cela ne constituerait pas une erreur entraînant l'annulation de la décision, si le tribunal avait la compétence pour ce faire.

La demande de contrôle judiciaire est rejetée.

V. Droit international de la propriété intellectuelle

A. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*⁹³

L'intérêt de cet arrêt réside dans l'application que fait la Cour suprême du Canada des règles internationales en matière de compétence étatique à une communication réalisée par le biais d'Internet et impliquant le droit d'auteur.

Les compagnies appelantes, un regroupement de fournisseurs de services Internet, contestent le fait que les fournisseurs doivent verser des redevances aux artistes titulaires du droit d'auteur canadien sur les œuvres musicales téléchargées au Canada à partir de l'étranger via Internet. Les appelantes maintiennent qu'étant donné qu'elles ne font que fournir un véhicule à l'information transférée, elles ne devraient pas avoir à verser de telles redevances. En effet, elles prétendent ignorer le contenu de ladite information et n'exercer sur elle aucun contrôle.

Les appelantes se pourvoient à l'encontre d'une décision de la Cour d'appel fédérale qui statuait que les fournisseurs ne contreviennent pas au droit d'auteur lorsqu'ils tiennent uniquement lieu d'intermédiaires, mais qu'ils y contreviennent lorsque les fournisseurs créent une antémémoire. L'antémémoire est une copie provisoire d'un site fréquenté que le fournisseur crée sur son propre site dans le but d'accélérer la transmission pour un prochain utilisateur qui voudrait y accéder. Selon la Cour d'appel fédérale, ce faisant, le fournisseur perd sa fonction passive et en ce sens, « communique » des données. Cela le rend alors responsable de la violation du droit d'auteur.

⁹³ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, juge en chef McLachlin, juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Lebel, Deschamps et Fish.

1. QUELLE EST LA PORTEE EXTRATERRITORIALE DE LA *LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR*?

Bien que le législateur fédéral ait la compétence pour adopter une loi ayant une portée extraterritoriale, il est présumé ne pas avoir agi de la sorte en l'absence d'une mention expresse à cet effet. Au Canada, la notion de courtoisie entre les provinces voulant qu'elles ne doivent pas légiférer en violation de la compétence de l'autre est enchâssée dans la constitution. En vertu de la courtoisie internationale, les tribunaux interprètent restrictivement les législations ayant une portée extraterritoriale.

Il a été déterminé dans l'arrêt *Libman*⁹⁴ que le critère retenu afin de déterminer si la législation s'applique au justiciable est celui du lien réel et important entre l'action et le Canada. Ainsi, en matière criminelle, le Canada a compétence lorsqu'une partie importante des activités qui constituent l'infraction a eu lieu au pays. Le critère du lien réel et important respecte le principe de la courtoisie internationale et les objectifs d'ordre et d'équité.

Dans l'analyse des différentes règles internationales relatives à la question de la territorialité, la Cour se penche sur les décisions et/ou dispositions législatives des États-Unis, de l'Australie et de la France. De cette analyse ressort la tendance législative et jurisprudentielle à affirmer un droit pour l'État de s'attribuer compétence en qualité de pays de transmission ou de pays de réception.

Existent cependant en la matière des règles plus élaborées. À titre d'exemple, les dispositions de la *Directive sur le commerce électronique*⁹⁵, publiée par la Commission européenne⁹⁶ en 2000, confèrent préséance à l'État membre où est établi le fournisseur d'installation Internet quant au contrôle des services d'information. La Cour rappelle que la Communauté européenne fait figure d'exception en tant qu'organisme supranational et souligne qu'il est important, en l'absence d'accord, que « la nature territoriale du droit d'auteur [soit] respectée »⁹⁷.

Au niveau international, l'article 8 du *Traité sur le droit d'auteur*⁹⁸ de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), stipule que les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques ont le droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de leurs œuvres, peu importe le médium utilisé. Afin d'éviter une multiplication des redevances des différents acteurs au transfert de données, les fournisseurs utilisent la mise à la disposition plutôt que la transmission directe à

⁹⁴ *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178.

⁹⁵ CE, *Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*, [2000] J.O. L. 178/1 [*Directive sur le commerce électronique*].

⁹⁶ La Commission du 8 octobre 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE [Commission européenne].

⁹⁷ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, supra note 93 au para. 67.

⁹⁸ *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 20 décembre 1996, 2186 R.T.N.U. 125 (entrée en vigueur : 6 mars 2002).

l'utilisateur. Cependant, ce traité ne s'applique pas en l'espèce puisque le Canada, bien qu'il ait signé le traité, ne l'a pas ratifié.

Le critère de rattachement pertinent établi par la Cour pour déterminer le *situs* d'une communication effectuée par le biais d'Internet est la localisation « du fournisseur de contenu, du serveur hôte, des intermédiaires et de l'utilisateur final »⁹⁹. La Cour souligne que le Canada, en conformité avec les pratiques internationales en la matière, aurait la possibilité d'établir l'exercice de sa compétence autant à l'endroit des transmissions s'effectuant à l'intérieur du pays que de celles trouvant leur source à l'étranger.

La Cour doit maintenant se pencher sur la définition d'une « communication » en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*¹⁰⁰.

2. QU'EST-CE QU'UNE « COMMUNICATION » AU SENS DE LA *LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR*?

La *Loi sur le droit d'auteur* met en œuvre la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*¹⁰¹ de 1866. L'alinéa 3 (1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* définit la violation du droit d'auteur comme l'exécution, sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, d'un acte qu'il est le seul à pouvoir accomplir en principe. Le fait de communiquer au public une œuvre via la télécommunication et le fait d'autoriser cette communication sont également considérés comme des contraventions au droit d'auteur.

Les déclarations communes relatives à l'article 8 du *Traité sur le droit d'auteur* et la *Directive sur le commerce électronique* définissent d'une manière semblable ce qu'est une communication. Elles spécifient qu'un fournisseur d'installations Internet ne saurait être considéré comme effectuant une communication et ainsi être tenu responsable, puisque son rôle est de fournir l'accès à un réseau et d'en assurer l'exploitation. Le fournisseur n'a donc pas de *contrôle* sur le contenu transféré.

Nul ne se rend responsables d'une violation du droit d'auteur du simple fait de rendre l'information disponible, mais le fournisseur contrevient à la loi s'il connaît la nature de l'information rendue disponible et omet d'agir afin de remédier à la violation que l'on suppose. Cette règle est affirmée dans la *Directive sur le commerce électronique* et la législation américaine. Par ailleurs, l'antémémoire est un progrès technique qui n'a dans les faits aucune incidence sur le contenu; il ne devrait donc lui être donné aucune incidence juridique par rapport au droit d'auteur.

Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

⁹⁹ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, supra note 93 au para. 61.

¹⁰⁰ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42.

¹⁰¹ *Convention de Berne pour la protection des oeuvre littéraires et artistiques*, 24 juillet 1971, 1161 R.T.N.U. 3.

Le juge LeBel, dans son opinion dissidente, explique qu'en raison du principe de territorialité, intégré dans plusieurs traités internationaux portant sur la propriété intellectuelle (*Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* de 1886, *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de 1994, *Traité sur le droit d'auteur* de 1996), le Canada ne peut appliquer la *Loi sur le droit d'auteur* à l'extérieur de son territoire. Il soutient également que bien que le Canada ne soit pas partie au *Traité sur le droit d'auteur*, il peut néanmoins en tenir compte dans son interprétation de la loi, notamment en ce qui a trait au mot « communiquer ». Le juge LeBel réfère aux écrits des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache dans l'affaire *R. c. Sharpe*¹⁰² où ils ont rappelé que les normes internationales qui ne sont pas incorporées dans la législation interne peuvent tout de même être utiles pour l'interprétation des droits au niveau national. De surcroît, le parlement canadien est toujours présumé légiférer dans le respect des normes conventionnelles, de la courtoisie interétatique et des principes du droit international.

¹⁰² *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.