

**CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE CANADIENNE ET
QUÉBÉCOISE PORTANT SUR LE DROIT INTERNATIONAL
PUBLIC**

Émilie Grenier et Véronique Talbot

Volume 20, numéro 2, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068983ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068983ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Grenier, É. & Talbot, V. (2007). CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE CANADIENNE ET QUÉBÉCOISE PORTANT SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 20(2), 229–262.
<https://doi.org/10.7202/1068983ar>

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE CANADIENNE ET QUÉBÉCOISE PORTANT SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Par *Émilie Grenier** et
*Véronique Talbot***

À l'image des années précédentes, la présente chronique a pour objectif de recenser la jurisprudence des tribunaux québécois et fédéraux¹ de l'année 2007, qui ont une certaine pertinence pour la pratique du droit international public. Bien que nous saluions la prise en compte croissante des normes internationales par les tribunaux canadiens et québécois², force est de constater que dans de la plupart des décisions recensées, l'année 2007 n'étant pas en reste, le droit international n'est souvent utilisé que superficiellement à des fins interprétatives³. Nous joignons donc nos critiques à celles déjà émises par nos collègues des éditions précédentes en déplorant le traitement trop souvent hésitant du droit international par les tribunaux québécois et canadiens, qui découle à notre avis de la tradition dualiste au sein de laquelle s'inscrit notre système juridique. En effet, en conditionnant « l'application effective des règles internationales à la volonté expresse des gouvernants »⁴, le dualisme semble limiter, au regard des décisions ici recensées, l'utilisation du droit

* L'auteur est bachelière en relations internationales et droit international (B.A., 2007) de la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal (UQÀM). Elle est actuellement candidate à la maîtrise en droit international (LL.M., avec mémoire) à l'UQÀM et occupe le poste de rédactrice en chef adjointe à l'administration de la Revue québécoise de droit international. Elle peut être jointe à l'adresse suivante : <grenier.em@gmail.ca>.

** L'auteur est avocate et pratique en droit criminel. Elle est bachelière en droit (LL.B., 2006) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal et est candidate à la maîtrise en droit international et politique internationale (LL.M., sans mémoire) à l'UQÀM. Elle peut être jointe à l'adresse suivante : <v.talbot@sympatico.ca>.

¹ Conformément aux éditions antérieures de cette chronique, nous avons choisi de nous concentrer, en ce qui concerne les tribunaux fédéraux, sur les décisions de la Cour suprême du Canada, de la Cour fédérale et de la Cour fédérale d'appel émanant du Québec. Deux arrêts de la Cour suprême du Canada, *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 [*Hape*] et *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 [*Health Services*], nous ont toutefois paru d'une importance majeure et seront analysés dans la présente chronique. Nous avons donc exclu les autres décisions traitant du droit international relatives à des affaires émanant d'autres provinces : *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2007 CF 1262, 69 Imm. L.R. (3d) 163; *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171, 282 D.L.R. (4^e) 413, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 32112 (15 novembre 2007); *Hughey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171, 282 D.L.R. (4^e) 413, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 32112 (15 novembre 2007); *Jayasinghe c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 193, 309 F.T.R. 185; *Khalil c. Canada*, 2007 CF 923, 317 F.T.R. 32; *Lebedev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 728, [2008] 2 F.C.R. 585; *Ventocilla c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 575, [2008] 1 F.C.R. 431.

² Voir Véronique Ardouin et François Roch, « Chronique de jurisprudence québécoise relative au droit international public » (2005) 18:2 R.Q.D.I. 233 aux pp. 233-34.

³ Voir par ex. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Blais*, 2007 QCTDP 11, autorisation d'appel à la C.A. refusée, 2007 QCCA 603 [*Blais*].

⁴ Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 146.

international public à une simple analyse formelle de certaines dispositions conventionnelles dans l'interprétation de la nature et de la portée du droit interne. Conséquemment, le droit international n'est souvent pas l'objet d'une analyse détaillée en soi ni d'une application directe, à moins d'une intégration de la norme internationale en droit interne par un acte législatif⁵.

Nous voulons toutefois souligner les efforts du Tribunal des droits de la personne, qui se réfère, même si ce n'est que de façon superficielle, non seulement aux instruments ratifiés par le Canada, mais également à des instruments non ratifiés ainsi qu'à de la *soft law*⁶. Ceci pourrait favoriser une plus grande prise en compte des sources non conventionnelles du droit international dans la pratique, bien que le Tribunal se limite majoritairement à une utilisation discursive ou rhétorique de ces dernières. En effet, le recours au droit international public ne sert trop souvent qu'à renforcer des conclusions auxquelles le Tribunal serait probablement arrivé de toute façon et non pas à approfondir son analyse du droit interne⁷. Par ailleurs, la jurisprudence des tribunaux internationaux demeure trop peu utilisée, comme l'avaient signalé les chroniques précédentes⁸; les tribunaux québécois et canadiens se réfèrent plutôt à la jurisprudence étrangère pour étayer leur argumentation en droit international⁹. L'arrêt *Hape*¹⁰ de la Cour suprême du Canada, que nous ne pouvons passer sous silence, fait toutefois figure d'exception, puisqu'il traite plus substantiellement du droit international. Bien qu'il provienne de l'Ontario, nous avons effectivement choisi de traiter plus exhaustivement de cet arrêt, ce jugement risquant d'avoir une grande influence sur l'interprétation et l'utilisation du droit international par les tribunaux canadiens et québécois. En effet, la Cour suprême analyse dans cette affaire la portée du droit international coutumier dans le droit interne afin de déterminer l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹. On y confirme que les règles prohibitives du droit international coutumier s'intègrent directement, sans aucun acte législatif, dans la common law. Ceci pourrait donc remettre en question l'imperméabilité entre le droit international et le droit interne au Canada.

Tel qu'annoncé précédemment, nous résumerons donc au sein de la présente chronique les décisions de l'année 2007 les plus pertinentes au regard de la pratique du droit international public et les présenterons suivant un ordonnancement logique.

⁵ Nous avons effectivement constaté que les décisions recensées où l'utilisation du droit international est la plus pertinente et détaillée concernent pour la plupart des dispositions d'instruments internationaux conventionnels déjà intégrés en droit interne par un acte législatif. À titre d'exemple, voir les décisions portant sur la protection des réfugiés à la section II et celle de la section III sur le transport aérien.

⁶ Voir par ex. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. D.L.*, 2007 QCTDP 23.

⁷ Voir par ex. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Landry*, 2007 QCTDP 3; *Blais*, *supra* note 3.

⁸ Voir Ardouin et Roch, *supra* note 2 à la p. 233.

⁹ Voir par ex. *Plourde c. Service aérien FBO Inc. (Skyservice)*, 2007 QCCA 739, J.E. 2007-1150, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 32190 (29 novembre 2007) [*Plourde c. FBO – CA*].

¹⁰ *Hape*, *supra* note 1.

¹¹ 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*].

Nous avons effectivement décidé de ne pas traiter de certaines décisions jugées moins pertinentes puisqu'elle ne faisaient qu'accessoirement référence aux normes juridiques internationales¹². La présente recension des décisions choisies sera ainsi divisée en trois grandes parties. La première partie portera sur les droits fondamentaux de la personne et comprendra cinq sections : application extraterritoriale de la *Charte canadienne* (A), droit à l'égalité et discrimination (B), liberté d'expression (C), liberté d'association dans le contexte des relations de travail (D) et droits de l'enfant (E). La deuxième section regroupera les décisions ayant trait aux questions d'immigration, d'extradition et de protection des réfugiés. Finalement, la troisième section abordera les affaires reliées aux questions de transport aérien.

I. Droits fondamentaux

A. Application extraterritoriale de la *Charte canadienne des droits et libertés* *R. c. Hape*¹³

Cette affaire porte essentiellement sur la question de la portée extraterritoriale de la *Charte canadienne* lors d'une enquête des autorités canadiennes en sol étranger. L'appelant fut accusé de blanchiment d'argent, suite à une enquête de la GRC au Canada et aux Îles Turques et Caïques (ITC). Ce dernier demande ainsi l'exclusion en preuve de documents saisis à l'extérieur du Canada lors d'une enquête impliquant la Gendarmerie Royale du Canada (GRC), en raison de violations, principalement de l'article 8 de la *Charte canadienne* protégeant contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives¹⁴. Cette requête, ayant été rejetée par le juge de première instance¹⁵ ainsi que par la Cour d'appel¹⁶, est ici analysée par la Cour suprême. Il est à noter que la question de la portée extraterritoriale de la *Charte canadienne* a déjà fait l'objet d'analyses par la Cour suprême, mais jamais dans le contexte du droit d'être protégé contre les fouilles et saisies abusives¹⁷. Cette affaire est extrêmement pertinente au regard de la présente chronique puisque la décision de la majorité¹⁸ s'appuie sur un raisonnement fondé sur le droit international coutumier,

¹² Voir *H.N. c. Québec (Ministère de l'éducation)*, 2007 QCCA 1111, [2007] R.J.Q. 2097, autorisation de pourvoi à la C.S.C. autorisée, 32229 (2 octobre 2008); *Lopez Vivero c. R.*, 2007 QCCS 5806; *Petrescu c. Austrian Airlines*, 2007 QCCQ 6316, J.E. 2007-1351; *Tzanova c. Czech airlines*, 2007 QCCQ 1964, J.E. 2007-898; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2314-4207 Québec Inc. (Resto-bar Le Surf)*, 2007 QCTDP 9; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Entreprise conjointe Pichette, Lambert, Somec*, 2007 QCTDP 21; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caumartin*, 2007 QCTDP 22; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9113-0831 Québec Inc. (Bronzage Évasion au soleil du monde)*, 2007 QCTDP 18.

¹³ *Hape*, supra note 1.

¹⁴ L'appelant invoque aussi les articles 7 et 11 (d) de la *Charte* devant les instances inférieures.

¹⁵ *R. c. Hape*, [2002] O.J. n° 3714 (C.S.) (QL).

¹⁶ *R. c. Hape* (2005), 201 O.A.C. (2^e) 126.

¹⁷ Voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597.

¹⁸ Dans cette affaire, le pourvoi est rejeté à l'unanimité. S'agissant des motifs, la Cour se divise toutefois dans cette décision. Ainsi, le juge Lebel (avec l'appui des juges McLachlin, Deschamps, Fish et Charron) analyse la question en faisant appel au droit international coutumier. Deux décisions

en particulier sur le principe de la souveraineté étatique. La Cour identifie le problème de « l'interaction entre les droits criminel et constitutionnel canadiens et le droit international public »¹⁹. Ainsi, afin de déterminer comment articuler l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne* et identifier les principes qui régissent la compétence de l'État, la Cour étudie en particulier les obligations du Canada en droit international et le principe de courtoisie entre les nations. La Cour développe finalement une méthode pour évaluer l'applicabilité de la *Charte canadienne* lors d'enquêtes transfrontalières.

1. LE DROIT INTERNATIONAL ET LE DROIT INTERNE CANADIEN

Dans un premier temps, la Cour aborde la relation entre le droit international coutumier et la common law. Elle confirme que selon les principes du droit britannique, le droit international coutumier est directement intégré en droit interne, sans intervention législative. Le droit coutumier est donc intégré par la méthode de l'adoption²⁰. Malgré son précédent silence concernant ce principe, la Cour est d'avis que la doctrine de l'adoption pour les règles de droit international coutumier n'a jamais été rejetée au sein de sa jurisprudence et doit donc être reconnue par la Cour. Ainsi, les « règles prohibitives du droit international coutumier », pour reprendre l'expression de la Cour, sont directement intégrées dans le droit interne, sans intervention législative²¹. Seule une dérogation législative expresse pourrait empêcher une règle coutumière de s'appliquer en droit interne canadien.

La Cour examine par la suite le principe de la souveraineté des États, l'un des principes coutumiers fondateurs du droit international. Deux instruments de droit international consacrent ce principe : la *Charte des Nations Unies*²² et la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*²³. La Cour examine aussi le principe de l'égalité souveraine des États pour faire la distinction entre la souveraineté et l'égalité. Elle cite ensuite une décision de la Cour permanente

concordantes ont été écrites, l'une par le juge Bastarache (avec l'appui des juges Abella et Rothstein), et l'autre par le juge Binnie, tous deux rejetant l'approche fondée sur le droit international et critiquant son utilisation par la majorité.

¹⁹ *Hape*, *supra* note 1 au para. 24.

²⁰ *Ibid.* au para. 36 (« Ce principe veut que les tribunaux puissent adopter les règles du droit international coutumier et les intégrer aux règles de common law sur lesquelles ils fondent leurs décisions, à condition qu'aucune disposition législative valide n'entre clairement en conflit avec elles ». À partir de ce principe, tant les règles que les modifications à ces règles de droit international sont automatiquement incorporées dans le droit interne).

²¹ *Ibid.* au para. 39 (« L'incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. [...] Si la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law »).

²² *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, 15 C.N.U.O.I. 365 à l'art. 2 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

²³ Rés. AG 2625(XXV), Doc. off. AG NU, 25^e sess., Doc. NU A/8082 (1970) 131.

de justice internationale²⁴ (CPJI) qui définit la souveraineté comme une situation d'indépendance où l'État n'est soumis à aucune autorité. Elle conclut à cet égard que ces deux principes, la souveraineté et l'égalité, sont à la base des droits, mais aussi des obligations des États. De ces principes et obligations découlent également le principe de non-intervention, selon lequel les États ne peuvent intervenir là où un autre État est souverain²⁵. La Cour en arrive à la conclusion que les principes de non-intervention et de la souveraineté territoriale sont des principes de droit coutumier bien établis et confirmés par la Cour internationale de justice²⁶. Ils sont donc incorporés dans la common law canadienne selon le principe de l'adoption discuté plus haut et doivent de ce fait être considérés lorsqu'une question de portée extraterritoriale de la *Charte canadienne* survient.

La Cour se penche ensuite sur la courtoisie internationale, davantage un principe d'interprétation qu'une règle de droit. Principe déjà reconnu par la Cour²⁷, il est utile lorsqu'un texte est « susceptible d'avoir une incidence sur la souveraineté d'un autre État »²⁸. Selon la Cour, la courtoisie est cependant limitée lorsqu'elle « est de nature à miner les relations pacifiques entre États et l'ordre mondial »²⁹ et ne peut justifier qu'un État tolère une violation du droit international par un autre État³⁰. Cette collaboration entre les États est encore plus manifeste dans le combat contre la criminalité transfrontalière, mais « [c]e respect cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne »³¹. La Cour conclut qu'elle doit considérer et interpréter le droit canadien et le droit étranger invoqué en conformité avec cet esprit de collaboration et de courtoisie internationale.

La Cour en arrive donc à l'analyse du principe d'interprétation de conformité d'une loi au regard du droit international, une présomption qui a pour but d'éviter les interprétations qui violeraient les obligations canadiennes en droit international. Selon ce principe, le tribunal doit favoriser une interprétation du droit interne conforme au droit international coutumier ou conventionnel. Cependant, si une loi interne viole clairement les obligations internationales du Canada, alors le tribunal doit toutefois donner effet à cette loi et non aux obligations internationales, étant donné la souveraineté du Parlement. La Cour note aussi que dans le processus interprétatif de la *Charte canadienne*, la Cour a souvent utilisé le droit international pour déterminer le contenu des droits protégés et cela, au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*. Par conséquent, la Cour souligne que l'analyse de la portée de la *Charte canadienne* doit respecter les obligations du Canada en droit international.

²⁴ *Hape*, supra note 1 au para. 41. Voir *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (1931), C.P.J.I. (sér. A/B) n° 41 à la p. 57.

²⁵ La Cour fait aussi référence à l'*Affaire de l'île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis)* (1928), 2 R.I.A.A. 829 aux pp. 838-39.

²⁶ Voir *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. rec. 14.

²⁷ Voir notamment *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077.

²⁸ *Hape*, supra note 1 au para. 48.

²⁹ *Ibid.* au para. 50.

³⁰ *Ibid.* au para. 51 (« Les exigences du maintien du droit international priment en effet la courtoisie »).

³¹ *Ibid.* au para. 52.

2. LE POUVOIR CONSTITUTIONNEL DU PARLEMENT D'ADOPTER DES LOIS DE PORTÉE EXTRATERRITORIALE

Après avoir analysé les relations entre le droit interne et le droit international au sein de l'ordre juridique canadien, la Cour examine l'impact des principes applicables eu égard à la compétence du Parlement canadien d'adopter des lois à portée extraterritoriale. La Cour souligne qu'il y a traditionnellement deux assises à la compétence³² : la territorialité et la nationalité. C'est surtout en lien avec la compétence liée à la nationalité que l'application extraterritoriale d'une loi prend sa justification. Cependant, la Cour considère que l'exercice de la compétence ne peut porter atteinte à la souveraineté étatique. La Cour poursuit son raisonnement en faisant valoir que « la courtoisie demande que seul [l'État] avec lequel l'événement a un lien réel et important exerce sa compétence »³³. La Cour analyse les différentes situations mettant en cause la compétence juridictionnelle des États et conclut que ce qui pose problème est souvent la mise en application extraterritoriale des lois, même lorsque l'État exerce sa compétence en vertu de la nationalité. La Cour souligne que la CPJI³⁴ a reconnu que la compétence juridictionnelle extraterritoriale était régie par le droit international, mais le droit international prévoit aussi des limites à cette compétence à travers le principe de non-intervention. En conclusion, la Cour endosse l'idée qu'il « est bien établi qu'un État peut faire appliquer ses lois à l'étranger seulement s'il obtient le consentement de l'État en cause ou, à titre exceptionnel, si le droit international l'y autorise par ailleurs »³⁵.

La Cour précise ensuite que le Parlement canadien a le droit d'adopter des lois extraterritoriales, tel que prévu dans le *Statut de Westminster de 1931*³⁶. Cependant, des limites à ce droit sont également reconnues en droit canadien, entre autres aux termes du *Code criminel* et dans le cadre de traités d'entraide juridique. La Cour considère que le Parlement peut adopter des lois de portée extraterritoriale en se basant sur la compétence liée à la nationalité. Cependant, ce pouvoir n'est pas illimité et la Cour estime que les règles du droit international coutumier prévoient que les lois canadiennes ne peuvent pas être exécutées à l'étranger, sauf si l'État concerné y consent. Par conséquent, la *Charte canadienne*, soumise aux mêmes limites que les textes législatifs nationaux, ne peut s'appliquer en soi à l'étranger, puisque cette application, d'une part, suppose la mise en œuvre d'une loi et, d'autre part, viole les principes de courtoisie, de souveraineté et de non-intervention. De plus, dans son analyse, la Cour considère l'article 32 de la *Charte canadienne*, qui en détermine le champ d'application. Cet article précise que la *Charte canadienne* ne s'applique qu'aux domaines relevant du Parlement ou des législatures provinciales. Puisque le Parlement ne peut pas exercer sa compétence d'exécution à l'étranger, sauf si l'État

³² La Cour suprême mentionne aussi la compétence universelle, qui peut être justifiée lors de la perpétration d'actes criminels les plus graves et qui est prévue par le droit international.

³³ *Hape*, *supra* note 1 au para. 62.

³⁴ Voir *Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.J.I. (sér. A) n° 10.

³⁵ *Hape*, *supra* note 1 au para. 65.

³⁶ *Statute of Westminster, 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. V, c. 4, art. 3.

étranger y consent, « le domaine échappe à la compétence du Parlement et des législatures provinciales »³⁷.

3. LA PORTÉE EXTRATERRITORIALE DE LA CHARTE CANADIENNE

Bien qu'ayant statué que la *Charte canadienne* ne peut être exécutée à l'étranger selon les principes mentionnés plus haut, la Cour analyse en profondeur les conséquences de cette conclusion eu égard à la portée extraterritoriale de la *Charte canadienne*. Après avoir analysé les quatre arrêts qui abordent ce thème³⁸, la Cour considère que les lois de l'État étranger doivent s'appliquer sur le territoire étranger plutôt que la *Charte canadienne*. Cependant, la Cour souligne qu'un policier canadien serait tout de même empêché de participer à une mesure, permise en droit interne étranger, mais qui s'avérerait contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne.

La Cour s'interroge aussi à savoir si les policiers devraient s'abstenir de participer à des enquêtes transnationales puisque celles-ci ne sont pas soumises aux exigences de la *Charte canadienne*. La Cour répond en soulignant que la collaboration entre les États est essentielle pour la répression des activités criminelles transnationales. Empêcher le Canada de collaborer dans cet effort engendrerait un manquement à ses engagements envers la communauté internationale. La Cour conclut que dans cet esprit de collaboration et selon le principe de courtoisie, le Canada ne pourrait pas forcer l'application de la *Charte canadienne* ou refuser de collaborer. Malgré tout, la Cour note que cela ne doit cependant pas se faire au détriment de toute protection des droits de la personne. Ainsi, la Cour signale que le présent arrêt n'exclut pas l'examen ultérieur d'actes policiers qui iraient à l'encontre des obligations internationales et qui pourraient alors fonder un recours pour atteinte aux droits et libertés protégés par la *Charte canadienne*.

4. RÉSUMÉ DE LA MÉTHODE À APPLIQUER

Finalement, la Cour présente la méthode à appliquer afin de déterminer la portée extraterritoriale de la *Charte canadienne* qu'il convient de résumer en deux étapes. Premièrement, l'acte reproché doit être compris dans le champ d'application de la *Charte canadienne*. L'auteur de l'acte reproché doit donc être un acteur étatique canadien. De plus, il doit y avoir une exception au principe de souveraineté pour pouvoir appliquer la *Charte canadienne* à un acte extraterritorial, soit le consentement de l'État étranger ou soit la permission par une autre règle de droit international³⁹.

³⁷ *Hape*, *supra* note 1 au para. 69.

³⁸ Voir *supra* note 17.

³⁹ La Cour n'élabore pas sur ce qu'est cette autre règle de droit international. Elle ne fait que mentionner que le droit international reconnaît une compétence à l'égard de la poursuite d'infractions criminelles commises à l'étranger par des nationaux. Cependant, elle précise que cette compétence est clairement séparée de la question de régulation de l'enquête à l'étranger, qui porte atteinte au principe de non-intervention.

Deuxièmement, et indépendamment de la première étape, on doit analyser si la preuve obtenue doit être écartée, car elle serait contraire à l'équité du procès. Ainsi, une preuve obtenue, non pas contrairement aux dispositions précises de la *Charte canadienne*, mais en violation des principes qui garantissent l'équité du procès – par exemple une déclaration obtenue sous la torture ou par des moyens contraires aux valeurs fondamentales de la *Charte canadienne* – pourrait être exclue en vertu des articles 11 (d) et 7 de la *Charte canadienne*.

À la lumière de cette analyse, la Cour considère donc en l'espèce que la *Charte canadienne* ne s'applique pas aux saisies menées conjointement par les autorités des ITC et du Canada. La Cour analyse aussi l'équité du procès et conclut que celle-ci n'est pas mise en danger par l'inclusion de la preuve recueillie sur le territoire des ITC. Par conséquent, la Cour suprême rejette l'appel.

Cette décision, qui se réfère à plusieurs sources de droit international, fait une analyse substantielle des principes coutumiers reliés à la question de la souveraineté étatique. Cependant, nous pouvons nous questionner quant à certaines conclusions de la Cour concernant le droit international. Par exemple, la Cour n'élabore ni ne définit les « autres règles de droit international » qui pourraient faire exception à l'application de la *Charte canadienne* à l'étranger. Par ailleurs, la Cour fait aussi référence plusieurs fois aux obligations du Canada en matière de droits de la personne, sans toutefois les intégrer explicitement dans sa méthode de détermination de la portée de la *Charte canadienne*. Peut-on alors penser que l'une de ces « autres » règles de droit international serait les droits de la personne? Or, le contenu de ces obligations peut être différent de celui des obligations prévues par la *Charte canadienne*, et n'est sûrement pas aussi clair et précis. Ainsi, la Cour semble ouvrir une boîte de Pandore, ce qui risque de compliquer, et non de simplifier, les procès où des violations aux droits de la personne seront alléguées lors d'enquêtes transnationales. À cet égard, la Cour a approfondi son approche de l'extraterritorialité de la *Charte canadienne* et des obligations canadiennes quant à la courtoisie internationale dans l'affaire *Khadr*⁴⁰, où elle a conclu à l'applicabilité de la *Charte canadienne* dans le cadre d'interrogatoires menés par les autorités canadiennes sur la base militaire américaine de Guantanamo. Il n'est cependant pas dans le mandat de la présente chronique d'analyser la portée de cette décision et nous référons donc le lecteur à une édition ultérieure à la présente chronique. Malgré ce nouveau développement, l'affaire *Hape* reste cruciale pour la pratique du droit international

⁴⁰ *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125 au para. 26 (« Nous concluons que les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations qui, dans d'autres circonstances, pourraient soustraire à l'application de la Charte les actes des responsables canadiens en mission à l'étranger ne s'appliquent pas à l'assistance fournie en l'espèce aux autorités américaines à Guantanamo. Vu les conclusions de la Cour suprême des États-Unis, le souci de courtoisie manifesté dans l'arrêt *Hape* et qui justifie normalement le respect de la loi étrangère ne s'applique aucunement en l'espèce. La Cour suprême des États-Unis a statué que les conditions de détention et de mise en accusation de M. Khadr étaient illégales tant en droit américain qu'en droit international lorsque les responsables canadiens l'ont interrogé puis ont relayé l'information aux autorités américaines. Par conséquent, la question du respect de la loi étrangère ne se pose pas. La Charte s'appliquait dans la mesure où les actes des responsables canadiens ont emporté la participation du Canada à une procédure qui contrevenait à ses obligations internationales »).

public au Canada, en ce que la Cour suprême reconnaît, pour la première fois de son histoire, que le droit international coutumier s'intègre directement dans le droit canadien.

B. Droit à l'égalité et discrimination

*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Blais*⁴¹

Dans cette affaire, la Commission des droits de la personne et de la jeunesse représente trois plaignantes autochtones qui se sont vues refuser l'accès à un bar en raison de leur origine. La Commission prétend que l'un des principaux dirigeants du bar a fait preuve de discrimination fondée sur l'origine ethnique, laquelle est interdite par les articles 10 et 15 de la *Charte québécoise*⁴². Dans cette affaire, le défendeur ne conteste pas la discrimination, mais soulève qu'il n'en est pas l'auteur, puisqu'il n'était pas l'un des dirigeants du bar à cette époque. Le Tribunal s'appuie, dans ce dossier, sur quelques instruments de droit international pour analyser ce en quoi consiste la discrimination. Il cite effectivement la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*⁴³ et la *Recommandation générale XXIII concernant les droits des populations autochtones*⁴⁴, du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, qui porte sur la discrimination des populations autochtones en particulier. Selon le Comité, les États parties à la *Convention* doivent veiller à la liberté, l'égalité en dignité et en droit des populations autochtones. Le Tribunal fait aussi référence à la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁴⁵ et à la *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux*⁴⁶, en ce que ces instruments réaffirment l'égalité de tous les êtres humains en dignité et en droit. Cependant, le Tribunal n'analyse pas le contenu de ces instruments en tant que tel. Il ne fait pas non plus de distinction entre un instrument qui a force obligatoire pour le Canada sur la scène internationale et un instrument qui fait partie de la *soft law*, telles que les déclarations. Enfin, bien que le Tribunal cite les instruments susvisés avec beaucoup de ferveur, leur importance sur la décision du Tribunal semble mineure, puisque la question en litige n'est pas de savoir si les plaignantes ont été effectivement victimes de discrimination, mais bien si le défendeur peut être tenu responsable de celle-ci. Le Tribunal conclut en l'espèce qu'il y a eu discrimination et que le défendeur est responsable.

⁴¹ *Blais*, supra note 3.

⁴² *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*].

⁴³ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195, R.T. Can. 1970 n° 28 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969).

⁴⁴ Comité des droits de l'homme, 51^e sess., HRI/GEN/1/Rev.7, annexe V (1997).

⁴⁵ Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

⁴⁶ UNESCO, 20^e sess., E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.1, annexe V (1978).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Landry⁴⁷

Dans cette affaire, les plaignants, représentés par la Commission, soutiennent qu'un couple de propriétaires leur a refusé la location de leur logement parce qu'ils attendaient un enfant, enfreignant ainsi les articles 4, 10 et 12 de la *Charte québécoise*. Les défendeurs soutiennent qu'ils n'ont jamais eu cette intention et que l'impossibilité de louer le logement était due à une série d'événements hors de leur contrôle. Alors qu'il analyse l'affaire, le Tribunal souligne qu'il est « utile de rappeler quelques éléments du contexte international »⁴⁸. Le Tribunal cite ensuite le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁴⁹ (PIDESC), en particulier l'article 11 qui protège le droit à un logement suffisant. Le Tribunal fait aussi référence à l'*Observation générale 4 : le droit à un logement suffisant* du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, organe de surveillance du PIDESC⁵⁰. Cette observation générale affirme que le droit à un logement suffisant est garanti à tous et sans discrimination, y compris les familles. Cependant, ces deux instruments ne sont pas *a priori* utilisés pour interpréter les dispositions de la *Charte* en cette matière, mais seulement pour élaborer brièvement sur le sujet. Finalement, le Tribunal, après avoir analysé la preuve devant lui, conclut que les plaignants n'ont pas établi qu'ils étaient victimes de discrimination, puisque leurs témoignages n'étaient pas convaincants. Ainsi, suite à la preuve contradictoire présentée au Tribunal, ce dernier n'a pas retenu la version des plaignants, mais plutôt celle des défendeurs. L'utilisation du droit international par le Tribunal en l'espèce est intéressante, entre autres parce qu'il cite une observation générale en lien avec le droit au logement, un droit considéré comme social et qui est rarement l'objet d'une analyse en droit canadien. Cependant, le droit international ne semble pas être un élément très important dans le raisonnement du Tribunal, puisque ce dernier n'étudie pas le contenu du droit à ne pas être discriminé, ni même du droit au logement suffisant.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. D.L.⁵¹

Cette affaire met en cause une employée qui soutient avoir été victime de harcèlement sexuel et de discrimination basée sur le genre sur son lieu de travail, en contravention des articles 4, 10, 10.1 et 16 de la *Charte québécoise*. Le Tribunal analyse dans ce dossier les concepts de harcèlement et de discrimination sexuels. Dans ce cadre, il cite une étude⁵² de la Commission d'experts du Bureau international

⁴⁷ *Landry*, *supra* note 7.

⁴⁸ *Ibid.* au para. 34.

⁴⁹ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1976 n° 46 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) [PIDESC].

⁵⁰ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 4 : Le droit à un logement suffisant*, Doc. Off. CES NU, 1991, Doc. NU E/1992/23.

⁵¹ *Supra* note 6.

⁵² Bureau international du travail, « Étude spéciale sur l'égalité dans l'emploi et la profession relative à la Convention n° 111 », Commission d'experts, Rapport III (Partie 4B), Conférence internationale du travail, 83^e sess., Genève, 1996.

du travail qui définit le concept de harcèlement sexuel d'une manière très large, englobant toutes les attitudes à connotation sexuelle, combinées avec l'influence de ces attitudes sur l'emploi. Le Tribunal cite aussi le préambule et l'article 2 de la *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme*⁵³ – en dépit du fait que le Canada n'ait pas ratifié cet instrument– qui stipule que le harcèlement au travail est considéré comme une forme de violence faite aux femmes. Dans cette affaire, le Tribunal s'inspire donc de deux instruments de droit international, l'un étant de la *soft law*, l'autre une convention non ratifiée, mais sans reprendre encore une fois spécifiquement la portée de tels instruments dans son analyse du droit applicable. Finalement, le Tribunal conclut à la violation de la *Charte québécoise* par le défendeur.

C. Liberté d'expression

*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*⁵⁴

Dans cette affaire, plusieurs compagnies de cigarettes contestent la légalité de la nouvelle *Loi sur le tabac*⁵⁵, y compris les dispositions réglementaires prises en vertu de cette loi portant sur la réglementation des produits du tabac. Ils invoquent six points⁵⁶ qui font l'objet d'une analyse par la Cour suprême, laquelle rejettera à l'unanimité l'appel des compagnies de cigarettes. Avant d'analyser les points contestés de la loi, la Cour se penche sur le contexte qui prévaut quant aux questions en l'espèce. Ainsi, la Cour note que le contexte international a grandement changé depuis sa décision rendue en 1995⁵⁷ où elle concluait que la loi alors promulguée portait trop atteinte à la liberté d'expression, aucune preuve n'étant disponible pour étayer la position du gouvernement. Depuis, un grand nombre d'États sont maintenant parties à la *Convention-cadre de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) pour la lutte antitabac (Convention FCTC)*⁵⁸. La Cour observe d'ailleurs que cet instrument est l'un des traités les plus ratifiés et qu'à l'instar du Canada, d'autres gouvernements à travers le monde adoptent des mesures en matière de lutte anti-tabac. Cette affaire revêt un intérêt certain, en ce sens que la *Convention FCTC* devient un élément important pour déterminer la proportionnalité des mesures prévues dans la loi canadienne au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*.

Dans sa décision, la Cour suprême utilise effectivement plusieurs fois des instruments de droit international dans son analyse de l'article premier de la *Charte*,

⁵³ *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme*, 9 juin 1994, 35 I.L.M. 1535 (entrée en vigueur : 5 mars 1995).

⁵⁴ 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610.

⁵⁵ L.C. 1997, c. 13. Voir aussi *Règlement sur l'information relative aux produits du tabac*, D.O.R.S./2000-272 [*Règlement d'application de la loi*].

⁵⁶ Les publications scientifiques subventionnées, la promotion trompeuse, la publicité attrayante pour les jeunes, la publicité de style de vie, la promotion de commandite et les mises en garde occupant la moitié de l'emballage des produits du tabac.

⁵⁷ Voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

⁵⁸ *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, 21 mai 2003, 2302 R.T.N.U 166 (entrée en vigueur : 27 février 2005) [*Convention FCTC*].

au regard notamment de deux points soulevés par les appelants. Nous avons choisi de traiter d'un premier point, à savoir les dispositions de la *Loi sur le tabac* concernant la promotion trompeuse⁵⁹. Les demandeurs prétendent effectivement que l'article 20 de cette loi viole l'article 2 (b) de la *Charte* qui protège la liberté d'expression, et ne peut être sauvegardé par l'article premier, car elle a une portée trop large. De l'opinion de la Cour, cette disposition viole effectivement la garantie à la liberté d'expression, mais peut être sauvegardée en vertu de l'article premier⁶⁰. La Cour est notamment d'avis que la loi canadienne a un objectif urgent et réel, qu'elle est rationnellement liée aux objectifs du législateur et qu'elle ne porte pas atteinte aux droits des compagnies de tabac plus qu'il n'est nécessaire. Dans l'analyse de ce dernier élément, la Cour remarque qu'on pourrait difficilement trouver des termes plus stricts que ceux employés dans la loi canadienne. Ainsi, elle souligne en particulier que le libellé de la loi est identique à la version anglophone et presque identique à la version francophone des articles 11 (1)a) et 13 (4)a) de la *Convention FCTC*. Par ailleurs, les États parties à cette *Convention* se sont engagés à utiliser ce libellé dans leur droit national. La Cour conclut donc que l'expression utilisée par le législateur n'est ni trop vague, ni trop vaste, mais qu'elle s'inscrit dans la gamme de mesures raisonnables. La Cour utilise aussi la *Convention FCTC* pour rejeter l'argument selon lequel la version française est de portée plus large que la version anglaise, parce que ce sont les mêmes mots utilisés dans la loi canadienne.

Le raisonnement de la Cour dans le contexte de la détermination de la taille minimale des mises en garde, un autre point soulevé par les appelants, est également pertinent au regard de la présente chronique. Le *Règlement d'application de la loi* indique que la taille minimale des mises en garde doit être de cinquante pour cent et non plus de trente-trois pour cent. La Cour conclut rapidement qu'une telle exigence de mise en garde contrevient à la liberté d'expression protégée par l'article 2 (b) de la *Charte*, mais qu'encore une fois cette disposition peut être sauvegardée par l'article premier. La Cour souligne effectivement que la loi remplit un objectif urgent et réel, qu'il y a un lien rationnel entre l'exigence et l'objectif de la loi, et que la loi porte minimalement atteinte au droit protégé, la preuve démontrant qu'une plus grande dimension des caractères rend le message plus efficace. Le caractère raisonnable de cette disposition est aussi confirmé par le fait que plusieurs pays adoptent des règles aussi contraignantes et que la *Convention FCTC* stipule que la mise en garde devrait couvrir au moins la moitié de l'emballage, mais pas moins que trente pour cent de celui-ci. La Cour parvient alors à la conclusion que la proportionnalité des effets de la mesure législative est établie, et que le *Règlement d'application de la loi* n'est pas plus sévère que ce qui est prévu dans la *Convention FCTC* et ce qui est adopté dans les autres pays. Cette loi porte donc minimalement atteinte aux droits protégés par la *Charte*.

⁵⁹ Plus précisément l'art. 20 de la *Loi sur le tabac* interdit la promotion « fausse ou trompeuse » et celle « susceptible de créer une fausse impression sur les caractéristiques, les effets sur la santé ou les dangers pour celle-ci du produit ou de ses émissions ».

⁶⁰ Voir au sujet du test requis pour l'article premier : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

La Cour suprême rejette donc l'appel concluant que toutes les dispositions contestées de la *Loi sur le tabac* et du *Règlement d'application de la loi* sont constitutionnelles.

D. Liberté d'association dans le contexte des relations de travail

*Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*⁶¹

Dans cet arrêt, les demandeurs sont des associations syndicales de Colombie-Britannique du domaine de la santé et des services sociaux. Le point en litige est la constitutionnalité des modifications introduites par la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*⁶² par rapport à la protection de la liberté d'association et du droit à l'égalité prévus aux articles 2 (d) et 15 de la *Charte canadienne*. Les demandeurs prétendent que cette loi modifie considérablement les relations de travail, d'une manière qui se révèle incompatible avec les conventions collectives alors en vigueur. Dans cette affaire, la question centrale est donc de savoir si la négociation syndicale est protégée par la *Charte*. Se distinguant de plusieurs arrêts antérieurs⁶³, mais s'appuyant par ailleurs sur une affaire récente⁶⁴, la Cour modifie la position qui prévalait, selon laquelle la négociation collective n'était pas protégée par la *Charte*. En effet, la Cour considère dans cette affaire que la protection du droit à l'association comprend aussi le droit au processus de négociation collective mené de bonne foi.

Pour appuyer sa décision, la Cour se fonde sur l'histoire de la négociation collective et les valeurs contenues dans la *Charte*, mais aussi sur la ratification par le Canada d'instruments internationaux protégeant ce droit. Ainsi, la Cour considère que les mentalités et le contexte international ont changé, et que le droit au processus de négociation collective doit être reconnu : « l'alinéa 2 (d) de la *Charte* protège la capacité des syndiqués de participer en groupe à la négociation collective des questions fondamentales liées au milieu de travail »⁶⁵.

La Cour suprême considère donc en détail la protection du droit au processus de négociation collective consacré dans différents textes internationaux. Elle rappelle par ailleurs que les obligations internationales du Canada, bien que n'étant pas incorporées en droit interne, peuvent être prises en considération pour interpréter le contenu des garanties de la *Charte*. Afin d'analyser le contenu de ces obligations internationales, la Cour cite le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁶⁶ (PIDCP), le *PIDESC*⁶⁷ et la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et*

⁶¹ *Health services*, supra note 1.

⁶² L.B.C. 2002, c. 2.

⁶³ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460 et *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoire du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367.

⁶⁴ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016.

⁶⁵ *Health Services*, supra note 1 au para. 19.

⁶⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47, 6 I.L.M. 368 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [PIDCP].

⁶⁷ *PIDESC*, supra note 49.

la protection du droit syndical⁶⁸ de l'Organisation internationale du travail (OIT). Elle conclut que ces instruments protègent les activités des syndicats, ce qui porte à croire que le droit au processus de négociation collective est aussi protégé. Ces instruments confirment l'existence du droit, mais aussi « qu'il y a lieu de reconnaître ce droit dans le contexte canadien en vertu de l'alinéa 2 (d) »⁶⁹.

La Cour étudie ainsi les différents instruments internationaux et leur contenu, plus particulièrement en ce qui concerne le droit à la négociation collective. Ainsi, l'article 8 (1)c) du *PIDESC* protège le droit des syndicats d'exercer librement leurs activités⁷⁰. La Cour considère ensuite que l'une des activités principales des syndicats est de négocier collectivement et que partant, le *PIDESC* reconnaît l'exercice de ce droit sans entrave. La Cour étudie également l'article 22 (1) du *PIDCP* qui reconnaît le droit d'association dans le cadre des activités syndicales⁷¹. La Cour note que l'interprétation de cet article englobe le droit de former un syndicat et celui de négocier collectivement, selon les *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*⁷².

Ensuite, la Cour se penche sur l'interprétation à donner à la *Convention n° 87* de l'OIT, qui protège la négociation collective dans le cadre de la liberté d'association. La Cour prend en compte les interprétations du Comité de la liberté syndicale, de la Commission d'experts et des Commissions d'enquêtes de l'OIT, qui concluent, en s'appuyant sur la doctrine⁷³, que ces interprétations sont la pierre angulaire pour la liberté syndicale et la négociation collective. La Cour note aussi que « [b]ien qu'elles ne soient pas contraignantes, [ces interprétations] clarifient la portée de l'article 2 (d) de la *Charte* tel qu'il est censé s'appliquer à la négociation collective »⁷⁴. Ainsi, la Cour s'appuie sur une étude effectuée par des membres du personnel de l'OIT, résumant plusieurs principes reliés à la négociation collective⁷⁵.

⁶⁸ *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 9 juillet 1948, 68 R.T.N.U. 17 (entrée en vigueur : 4 juillet 1950) [*Convention n° 87 de l'OIT*].

⁶⁹ *Health Services*, *supra* note 1 au para. 72.

⁷⁰ *PIDESC*, *supra* note 49 à l'art. 8 (1)c) (« Le droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité, sans limitations autres que celles qui sont prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui »).

⁷¹ *Ibid.* à l'art. 22 (1) (« Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts »).

⁷² Doc. NU CCPR/C/79/Add. 105 (1999).

⁷³ La Cour cite Michael Forde, « The European Convention on Human Rights and Labour Law » (1983) 31 *Am. J. Comp. L.* 301 à la p. 302.

⁷⁴ *Health Services*, *supra* note 1 au para. 76.

⁷⁵ Voir Bernard Gernigon, Alberto Otero et Horacio Guido, « ILO Principles Concerning Collective Bargaining » (2000) 139 *International Labour Review* 33 aux pp. 55-57; Michel Coutu, *Les libertés syndicales dans le secteur public*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1989 aux pp. 26-29 (ces principes incluent, entre autres, la reconnaissance que la négociation collective est un droit fondamental, le principe de bonne foi dans la négociation collective et le caractère volontaire de la négociation. Ils reconnaissent aussi que les modifications législatives volontaires visant l'annulation ou la modification du contenu de la convention collective sont contraires au principe de négociation collective).

La Cour mentionne également que la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*⁷⁶, bien que développée à la fin des années quatre-vingt-dix, a codifié des principes qui existaient auparavant, au sein d'instruments conventionnels, adoptés par le Canada avant l'existence de la *Charte*. La Cour fait ici référence à l'un des éléments traditionnellement pris en compte pour appliquer la présomption de conformité avec le droit international, à savoir le facteur temporel, selon lequel les rédacteurs d'une loi auraient pris en considération les obligations du Canada en vertu des instruments internationaux lors de la rédaction de la loi. À cet effet, la Cour est d'avis que la *Charte* est un instrument vivant, qui évolue avec la société. Par conséquent, la Cour considère que « les engagements *actuels* du Canada en vertu du droit international et l'opinion internationale qui prévaut actuellement en matière de droits de la personne constituent une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la *Charte* »⁷⁷. Enfin, la Cour conclut sur ce point qu'il est raisonnable que la liberté d'association protégée par la *Charte* confère le même degré de protection que le droit international.

Suite à l'analyse du contenu de la liberté d'association, entre autres en vertu des instruments internationaux, la Cour élabore une grille d'analyse pour déterminer si une disposition législative est contraire au droit à un processus de négociation collective. Ce droit est défini comme « ayant pour effet de protéger le droit d'employés de s'associer en vue d'atteindre des objectifs relatifs au milieu de travail par un processus de négociation collective »⁷⁸. Il n'est pas nécessaire dans la présente chronique de mentionner en détail la grille d'analyse développée. Il suffit de souligner qu'une atteinte substantielle au droit à la liberté d'association doit être considérée de manière contextuelle et que le contenu de ce droit comprend deux éléments, l'importance des sujets touchés pour le processus de négociation collective et l'impact sur le processus de négociation collective de bonne foi⁷⁹.

La Cour poursuit en analysant les dispositions contestées par rapport au cadre analytique qu'elle a développé. Elle conclut que plusieurs articles de la loi⁸⁰ constituent une ingérence dans le processus de négociation collective. Par contre, trois dispositions seulement portent atteinte de manière substantielle à la liberté d'association : celle interdisant toute clause dans la convention collective qui restreint le recours à la sous-traitance⁸¹, celle qui rend nulle toute clause obligeant l'employeur à consulter le syndicat lorsqu'il souhaite sous-traiter⁸² et celle qui modifie les règles de mise en disponibilité et de la supplantation⁸³. Par ailleurs, la Cour conclut que ces articles ne sont pas sauvegardés par l'article premier de la *Charte*, en ce qu'ils ne

⁷⁶ OIT, *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, 2^e éd., Genève, OIT, 1998.

⁷⁷ *Health Services*, *supra* note 1 au para. 78.

⁷⁸ *Ibid.* au para. 87.

⁷⁹ *Ibid.* au para. 98 (notons brièvement que la Cour, lorsqu'elle analyse le concept de négociation de bonne foi, rappelle le principe H de l'OIT, qui considère la bonne foi comme nécessaire au déroulement de la négociation collective).

⁸⁰ *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, *supra* note 62, art. 4, 5, 9, 6 (2), 6 (4) et 10.

⁸¹ *Ibid.*, art. 6 (2).

⁸² *Ibid.*, art. 6 (3).

⁸³ *Ibid.*, art. 9.

portent pas minimalement atteinte à la liberté d'association en l'espèce. La Cour rejette le recours en vertu du droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte*.

En ce qui concerne l'utilisation du droit international par la Cour, nous considérons qu'il a été assez important pour délimiter le contenu de la liberté d'association, y compris la reconnaissance du processus de négociation collective comme droit protégé. Ainsi, il semble que l'évolution du droit international ait eu un impact important sur la décision de la Cour de modifier son propre courant jurisprudentiel. En effet, la Cour suprême utilise le droit international non seulement comme outil interprétatif, mais également comme justification pour aligner le droit canadien sur le droit international.

Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)⁸⁴

Cette affaire concerne l'adoption de la *Loi modifiant les unités et le régime de négociation collective*⁸⁵ qui réorganise les unités de négociation dans le secteur de la santé et des services sociaux et force la négociation collective à l'échelle locale de certains sujets déterminés. Les requérants, plusieurs syndicats, contestent la constitutionnalité de cette loi, en ce qu'elle contrevient à la liberté d'association, à la liberté d'expression, au droit à l'égalité et au droit à des conditions de travail justes et raisonnables, invoquant ainsi la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*. Les requérants prétendent aussi que la loi viole les préceptes constitutionnels fondamentaux.

En l'espèce, la Cour supérieure est saisie de plusieurs recours qui peuvent être divisés en deux catégories : une révision judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail⁸⁶ et un jugement déclaratoire portant sur la constitutionnalité de la loi contestée. La Cour débute par un long rappel du régime d'accréditation syndicale au Québec et des faits entourant la présente affaire. Nous nous contentons de constater, aux fins de la présente chronique, que la *Loi modifiant les unités et le régime de négociation collective* introduit des changements majeurs à deux points de vue : la négociation locale de certains sujets et les unités de négociations. Concernant ces dernières, la loi prévoit que tous les employés désignés dans les unités prévues par la loi doivent négocier collectivement⁸⁷. En outre, avant l'adoption de la nouvelle loi, la plupart des questions importantes étaient négociées au niveau provincial et les questions devant faire l'objet d'une négociation au niveau local étaient déterminées par les parties. Or, cette nouvelle loi impose la négociation

⁸⁴ 2007 QCCS 5513, [2008] R.J.D.T. 87, autorisation d'appel à la C.A. autorisée, 2008 QCCA 161 [*Confédération des syndicats nationaux*].

⁸⁵ *Loi concernant les unités de négociation dans le secteur des affaires sociales et modifiant la Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs publics et parapublics*, L.Q. 2003, c. 25 [*Loi modifiant les unités et le régime de négociation collective*].

⁸⁶ *Association professionnelle des inhalothérapeutes du Québec c. Hôpital Sainte-Justine*, 2005 QCCRT 150.

⁸⁷ Or, ceci cause principalement des difficultés pour certains professionnels de la santé, qui devront alors mettre de côté leur association syndicale professionnelle spécialisée pour se joindre à un groupe plus large comprenant une diversité de professions ou même des professions ayant des intérêts opposés.

collective de certains sujets sur le plan local, bien que plusieurs d'entre eux soient assez importants, comme la détermination des postes et les questions relatives à l'ancienneté.

Après avoir rejeté la prétention des demandeurs selon laquelle le processus d'adoption de la loi était inconstitutionnel⁸⁸, la Cour se penche sur la constitutionnalité de la loi eu égard à la liberté d'association prévue à l'article 2 (d) de la *Charte canadienne* et à l'article 3 de la *Charte québécoise*. La Cour souligne ensuite que l'état de la jurisprudence a été modifié par l'arrêt *Health Services* de la Cour suprême, résumé ci-dessus, qui élargit la protection accordée par la *Charte canadienne* en matière de liberté d'association, en particulier à ce qui a trait à la protection de la négociation collective.

Afin de déterminer si les modifications à la loi contreviennent à la liberté d'association, la Cour supérieure reprend le cadre d'analyse développé dans *Health Services*. La Cour doit donc décider si la loi constitue une entrave, par son objet ou son effet, au droit à un processus de négociation collective, et si cette entrave est substantielle. L'entrave substantielle s'apprécie au regard de l'importance des aspects touchés pour le processus de négociation collective et de l'impact de la mesure sur le droit à une consultation et à une négociation collective de bonne foi. Ensuite, une fois la violation au droit d'association établie, la Cour doit décider si celle-ci peut être justifiée dans une société démocratique.

La Cour étudie ensuite la question des unités de négociation. Elle juge que la loi constitue une entrave au droit de négocier collectivement, puisqu'elle dicte le contenu des unités, sans égard à la volonté des employés. Ensuite, la Cour souligne que la liberté s'entend de l'absence de coercition. Elle conclut que l'ingérence est importante et que le processus de négociation collective mené de bonne foi n'est pas préservé. À cet égard, la Cour cite encore une fois l'affaire *Health Services*, où la Cour suprême affirme que la *Charte canadienne* accorde une protection au moins aussi importante que celle offerte dans les instruments internationaux⁸⁹. Ensuite, la Cour supérieure cite l'article 22 du *PIDCP* et plusieurs articles de la *Convention n° 87* de l'OIT, deux instruments prévoyant la liberté d'association dans le cadre de relations de travail. La Cour rappelle aussi un passage de *Health Services*, qui fait référence aux principes de l'OIT selon lesquels le droit à une négociation collective de bonne foi comprend la reconnaissance d'organisations représentatives⁹⁰. La Cour fait ensuite référence à deux outils publiés par le Comité sur la liberté syndicale du Bureau international du travail⁹¹. Le recueil de décisions et de principes prévoit entre

⁸⁸ Les demandeurs prétendaient que le processus de suspension des règles de l'Assemblée nationale est contraire aux principes contenus dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5), ainsi que de l'article 21 de la *Charte québécoise* qui prévoit le droit de soumettre une pétition à l'Assemblée nationale. Ainsi, la loi contestée a été adoptée lors de telles suspensions et serait donc elle-même inconstitutionnelle.

⁸⁹ *Confédération des syndicats nationaux*, supra note 84 au para. 309.

⁹⁰ *Ibid.* au para. 312; *Health Services*, supra note 1 au para. 98.

⁹¹ *Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, Genève, Bureau international du travail, 5^e éd., 2006 [*Recueil – Comité de la liberté syndicale*]; Comité de la liberté syndicale, 338^e rapport, B.I.T., Genève, novembre 2005.

autres que « l'unité du mouvement syndical ne doit pas être imposée par une intervention de l'État par voie législative, une telle intervention allant à l'encontre du principe énoncé aux articles 2 et 11 de la [C]onvention n° 87 [de l'OIT] »⁹². La Cour conclut que la *Loi modifiant les unités et le régime de négociation collective* nie une « activité essentielle à la vie associative : l'expression de la volonté des employés de choisir avec qui ils s'unissent pour engager des négociations avec leur employeur », ce qui constitue une entrave substantielle au droit à la négociation collective de bonne foi et donc à la liberté d'association.

Par la suite, la Cour se penche sur la question des négociations locales. Elle conclut rapidement que la modification apportée par la loi est une ingérence de l'État dans la négociation collective et qu'elle est substantielle. Pour appuyer son raisonnement, la Cour se réfère encore à l'arrêt *Health Services*, qui cite lui-même une revue doctrinale des principes de la négociation collective de l'OIT⁹³. De plus, la Cour prend note que le Comité de la liberté syndicale⁹⁴ « souligne que la détermination du niveau de négociation devrait relever essentiellement de la volonté des parties et ne devrait pas être imposée en vertu de la législation »⁹⁵. Les dispositions de la loi concernant les sujets de négociation locale est donc aussi contraire au processus de négociation collective de bonne foi et donc à la liberté d'association prévue par l'article 2 (d) de la *Charte canadienne*.

Finalement, la Cour se penche sur la justification possible de la restriction de certains droits et libertés en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Cour concède que la loi a un objectif urgent et réel et qu'il y a un lien rationnel entre la disposition et l'objectif. Cependant, la Cour n'est pas d'avis que les dispositions portent une atteinte minimale aux droits et libertés protégés par la *Charte*. De plus, la Cour est de l'opinion qu'il n'y a pas de proportionnalité entre les effets bénéfiques de la loi et ses effets préjudiciables⁹⁶. À cet effet, la Cour fait valoir que le Comité sur la liberté syndicale a rappelé l'importance pour l'État, alors qu'il est aussi employeur, de procéder à un processus de consultation de bonne foi avec toutes les personnes concernées⁹⁷. La Cour conclut finalement que la loi est contraire à la liberté d'association. Elle note aussi que l'exigence spécifique d'imposer des négociations au niveau local « ne respecte pas les obligations internationales du Canada »⁹⁸. Notons

⁹² *Recueil – Comité de la liberté syndicale, ibid.* au para. 319, tel que cité dans *Confédération des syndicats nationaux, supra* note 84 au para. 313.

⁹³ *Confédération des syndicats nationaux, ibid.* au para. 328; *Health Services, supra* note 1 au para. 77; Gernigon, Odero et Guido, *supra* note 75 aux pp. 55-57 (l'un des principes veut que « le niveau des négociations ne doit pas être imposé unilatéralement par la législation ou les autorités, car les négociations doivent pouvoir avoir lieu à quelque niveau que ce soit »).

⁹⁴ Le Comité de la liberté syndicale est chargé d'examiner les plaintes concernant des violations de principes de la liberté syndicale, entre autres conformément à la *Convention n° 87 de l'OIT*, déposées par des organisations de travailleurs ou d'employeurs.

⁹⁵ *Confédération des syndicats nationaux, supra* note 84 au para. 329.

⁹⁶ La Cour rappelle que l'État aurait pu choisir une autre manière de réaliser son objectif et qu'il n'a fait aucune démarche pour minimiser l'impact des mesures sur les personnes visées.

⁹⁷ *Confédération des syndicats nationaux, supra* note 84 au para. 385, citant *Recueil – Comité de la liberté syndicale, supra* note 91 au para. 598.

⁹⁸ *Confédération des syndicats nationaux, ibid.* au para. 394.

aussi que la Cour conclut que la loi ne viole pas la liberté d'expression, le droit à l'égalité et le droit à des conditions de travail justes et raisonnables.

E. Droits de l'enfant

A. c. Québec (Procureur général)⁹⁹

Cette affaire qui émane de la Cour supérieure concerne avant tout la reconnaissance d'un jugement d'un tribunal étranger, donc le droit international privé. Cependant, la Cour doit répondre à la question de savoir si reconnaître ce jugement va à l'encontre de l'ordre public, comme il l'est entendu dans les relations internationales¹⁰⁰. Le jugement étranger en question concerne une décision d'un tribunal marocain, qui a ordonné l'attribution de la *kafala* à A, concernant l'enfant X qui a été déclaré abandonné. Notons que la *kafala* est une ordonnance qui attribue la prise en charge d'un enfant abandonné. L'adoption étant interdite dans le droit musulman, la *kafala* est une manière d'assurer la protection de l'enfant abandonné. Plusieurs experts se prononcent sur les liens entre la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁰¹ et l'institution de la *kafala*. La Cour cite aussi la *Note explicative du protocole additionnel à la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*¹⁰² proposée par le Maroc. Dans ce document, le gouvernement marocain propose d'étendre les mécanismes de la *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*¹⁰³ à la *kafala*¹⁰⁴. Après avoir étudié la position des experts de la loi marocaine, la Cour conclut que « la *kafala* n'est pas incompatible avec l'ordre public international découlant des conventions ni même avec le droit civil québécois »¹⁰⁵.

Ensuite, la Cour cite la Cour d'appel¹⁰⁶ qui faisait elle-même référence à la *Convention sur l'adoption internationale*, alors que celle-ci n'était pas encore entrée en vigueur. La Cour d'appel rappelait alors la similarité des objectifs et conditions entre les conventions internationales et la loi québécoise. La Cour supérieure est d'avis que l'entrée en vigueur de la *Convention* ne modifie pas la décision de la Cour d'appel.

⁹⁹ 2007 QCCS 2087 [*A. c. Québec*].

¹⁰⁰ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 3155 (5) (« [l]e résultat de la décision étrangère est manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales »).

¹⁰¹ *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).

¹⁰² *A. c. Québec*, supra note 99 (preuve PG-8, « Note explicative du projet de protocole additionnel à la convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale proposé par la délégation marocaine au sujet du recueil légal »).

¹⁰³ *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 29 mai 1993, 1870 R.T.N.U. 167 (entrée en vigueur : 1^{er} mai 1995) [*Convention sur l'adoption internationale*].

¹⁰⁴ Voir *A. c. Québec*, supra note 99 aux para. 17-27.

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 30.

¹⁰⁶ *Re C. (C.)*, [2000] R.J.Q. 2252 (C.A.).

Finalement, la Cour conclut que le jugement peut être reconnu en droit québécois, car il n'est pas incompatible avec l'ordre public international. Dans cette affaire, le droit international n'est pas utilisé de manière ni convaincante, ni structurée. On devine l'importance du droit international dans la conditionnalité de la reconnaissance du jugement étranger en droit interne, mais la Cour n'effectue pas de véritable analyse du droit international : elle endosse l'avis d'experts en droit étranger. Nous considérons qu'il s'agit ici d'une occasion manquée pour la Cour de faire preuve d'une utilisation pertinente du droit international public.

II. Immigration et réfugiés

A. Les décisions *Charkaoui*

Nous croyons qu'il est important, afin de rendre compte de manière exhaustive du traitement jurisprudentiel donné au droit international en 2007, de rappeler rapidement deux jugements rendus, l'un par la Cour suprême¹⁰⁷ et l'autre par la Cour fédérale d'appel¹⁰⁸, mettant en cause Adil Charkaoui, résident permanent canadien¹⁰⁹. Nous renvoyons par contre le lecteur à l'étude plus exhaustive portant sur ces deux affaires déjà effectuée au sein de la chronique de droit international public de 2006¹¹⁰. Adil Charkaoui, arrêté et mis en détention pour être libéré sous caution en 2005¹¹¹, a soulevé deux objections préliminaires à la tenue de l'audience sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité émis contre lui conformément au paragraphe 77 (1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)*¹¹². Rappelons ici rapidement ces deux objections de nature constitutionnelle.

¹⁰⁷ *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 [*Charkaoui – CSC 2007*].

¹⁰⁸ *Re Charkaoui*, 2007 CAF 80, 280 D.L.R. (4^e) 736, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31992 (18 septembre 2008) [*Charkaoui – CAF 2007*].

¹⁰⁹ Voir *Re Charkaoui*, 2005 C.F. 1670, [2006] 3 C.F. 325, au para. 1, juge Noël conf. par 2007 CAF 80, 280 D.L.R. (4^e) 736, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31992 (18 septembre 2008) [*Charkaoui – 2005 CF 1670*] (on reproche entre autres à Adil Charkaoui d'être membre du réseau terroriste Al-Qaïda et « qu'à ce titre, il s'est livré, se livre ou se livrera au terrorisme et qu'en conséquence, M. Charkaoui a constitué, constitue ou constituera un danger pour la sécurité du Canada »).

¹¹⁰ Voir Véronique Ardoïn et Lindy Rouillard, « Chronique de jurisprudence québécoise relative au droit international public » (2006) 19:2 R.Q.D.I. 241 à la p. 255 et s [Ardoïn et Rouillard].

¹¹¹ Voir *Re Charkaoui*, 2005 CF 248, [2005], 3 C.F. 389.

¹¹² L.C. 2001, c. 27, art. 77 (1) [*LIPR*] (aucun jugement final du caractère raisonnable du certificat d'interdiction de territoire effectué par la Cour fédérale selon les dispositions de l'article 80 de la *LIPR* n'a encore été rendu dans le cas d'Adil Charkaoui. Nous conseillons toutefois au lecteur de se tenir au courant des développements dans le cadre de cette affaire. En effet, selon le site de la Coalition Justice pour Adil Charkaoui ce jugement pourrait être rendu dans les prochains mois. Voir Coalition Justice pour Adil Charkaoui, *Update and Call for Solidarity*, 10 mars 2009, en ligne : CJAC <<http://www.adilinfo.org/en>>).

B. Jugement de la Cour suprême¹¹³

Contestation de la validité constitutionnelle des dispositions de la LIPR sur l'arrestation, la détention, la révision de celle-ci et la révision du certificat (articles 33, 77-85 LIPR)

Face à la première objection, la Cour suprême a donné partiellement raison à Charkaoui en déclarant inopérantes, puisqu'incompatibles avec les articles 7, 9 et 10 (c) de la *Charte canadienne*¹¹⁴, les dispositions de la *LIPR* relatives à la procédure d'approbation des certificats et de contrôle de détention¹¹⁵. La Cour a toutefois suspendu la prise d'effet de sa déclaration pour une période d'un an, afin de permettre au législateur de modifier cette loi¹¹⁶. Malgré son importance en droit interne, du fait d'avoir déclaré inconstitutionnelle une partie de la *LIPR*, rappelons que ce jugement apporte peu à l'analyse de la reconnaissance, par les tribunaux canadiens, du rôle du droit international public¹¹⁷. En effet, la Cour s'est contentée de citer l'article 5 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹¹⁸, certains jugements des tribunaux américains¹¹⁹ et de la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁰ pour étayer son argumentation concernant l'article 10 (c) de la *Charte canadienne*. Cependant, elle ne s'attarde pas réellement à la portée de ces décisions ou de cet instrument¹²¹. Il sera intéressant, par contre, d'analyser au sein des prochaines chroniques, les possibles contestations constitutionnelles ayant trait aux modifications apportées à la *LIPR* qui prévoient, entre autres, la nomination d'un avocat spécial¹²².

¹¹³ *Charkaoui – CSC 2007, supra* note 107.

¹¹⁴ Les articles 7, 9 et 10 (c) de la *Charte canadienne* édictent respectivement que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale », que « [c]hacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires » et que « [c]hacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention : [...] de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération ».

¹¹⁵ Voir *Charkaoui – CSC 2007, supra* note 107 aux para. 138-41 (plus particulièrement l'alinéa 78 (g) du régime de la *LIPR* qui « autorise l'utilisation d'éléments de preuves qui ne sont jamais communiqués à la personne désignée, sans établir de mesures adéquates pour pallier cette absence de communication et pour résoudre les problèmes constitutionnels qui en découlent » et le paragraphe 84 (2) de la *LIPR* qui « nie aux étrangers détenus le droit à une audition dans un bref délai, car il interdit toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation de leur certificat »).

¹¹⁶ Ce qui a été fait à travers le controversé projet de loi C-3 : P.L. C-3, *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, 2^e sess., 39^e Parl., 2007, (sanctionné le 14 février 2008).

¹¹⁷ Voir Ardouin et Rouillard, *supra* note 110 à la p. 258 (ces dernières ont par contre soulevé avec raison que ce jugement fera sans doute école au sein des débats, vifs et actuels, sur les limites des normes antiterroristes).

¹¹⁸ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U 221, S.T.E. 5 à l'art. 5 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [CEDH].

¹¹⁹ Voir notamment *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001).

¹²⁰ Voir notamment *Chahal c. Royaume-Uni* (1996), 5 C.E.D.H. (Sér. A) 1831; *Slivenko c. Lettonie*, n° 48321/99, [2003] X C. E. D. H. 289.

¹²¹ On peut d'ailleurs se questionner sur la portée de l'article 5 de la *CEDH*, celle-ci étant un traité régional auquel le Canada n'est pas partie.

¹²² En effet, ce système de représentant spécial est déjà utilisé au Royaume-Uni et fait l'objet de certaines critiques. Voir à cet effet *Charkaoui – CSC 2007, supra* note 107 au para. 83.

C. Jugement de la Cour d'appel fédérale¹²³

Contestation de la validité constitutionnelle des dispositions de la LIPR sur les demandes de protection, la demande ERAR, l'application du principe de non-refoulement et la sécurité nationale (articles 95 (1)c), 98, 112 (3)d), 113b) c) d) i-ii et 115 (2) LIPR)

La seconde requête de nature constitutionnelle qui a fait l'objet d'un jugement de la Cour d'appel fédérale en février 2007, porte essentiellement sur la constitutionnalité du processus de pondération auquel doit se livrer le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en cas de dépôt d'une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR). Rappelons que la *LIPR* prévoit qu'une personne visée par un certificat d'interdiction de territoire peut, avant que ne soit prise une décision sur la « raisonabilité » du certificat émis à son endroit, déposer une demande ERAR¹²⁴ qui, si elle est acceptée, permet l'octroi de l'asile et la protection contre le renvoi¹²⁵. Ainsi, lorsqu'une telle demande est déposée, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration y répond en mettant en balance, d'une part, la possibilité d'un renvoi vers un pays où il y a risque de torture et, d'autre part, le danger à la sécurité nationale que pose la personne visée par le certificat¹²⁶.

Charkaoui a porté le jugement de la Cour fédérale¹²⁷ laquelle, s'appuyant sur l'arrêt *Suresh*¹²⁸, affirme la validité constitutionnelle d'un tel processus de pondération et rejette l'argument voulant que ces dispositions de la *LIPR* soient invalidées du fait de la ratification par le Canada de certaines conventions internationales, notamment la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*¹²⁹. En effet, le juge Noël est d'avis que l'article 3 (3)f) de la *LIPR* disposant que la loi doit être interprétée de manière à « se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire »¹³⁰, n'« a pas pour effet de donner aux normes du droit international un statut égal ou supérieur au droit interne, ni le pouvoir de l'invalider »¹³¹. Devant la Cour fédérale d'appel, Charkaoui s'appuie sur l'affaire *De*

¹²³ *Charkaoui – CAF 2007, supra* note 108.

¹²⁴ La première demande ERAR de Charkaoui a été refusée par la déléguée du ministre le 6 août 2004, mais un jugement de la Cour fédérale du 22 mars 2005 a annulé cette dernière décision et a permis à Charkaoui de présenter une seconde demande ERAR. Au moment de la rédaction de cette chronique, aucune décision n'avait encore été prise relativement à cette seconde demande de protection. Voir notamment *Re Charkaoui*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 7.

¹²⁵ *LIPR, supra* note 112, aux art. 80-81.

¹²⁶ *Ibid.*, aux art. 97, 112-13 et 172.

¹²⁷ Voir *Charkaoui – 2005 CF 1670, supra* note 109.

¹²⁸ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, [*Suresh*].

¹²⁹ *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) [*Convention contre la torture*]. Voir aussi Ardouin et Rouillard, *supra* note 110 aux pp. 259-63.

¹³⁰ *LIPR, supra* note 112, art. 3 (3)f).

¹³¹ *Charkaoui – 2005 CF 1670, supra* note 109 au para. 44.

*Guzman*¹³², rendue par cette Cour après la décision du juge Noël, pour demander au tribunal de distinguer l'espèce de l'arrêt *Suresh*, soutenant que les conclusions de cet arrêt ne peuvent s'appliquer au processus de pondération prévu par la *LIPR*. Ainsi, dans l'arrêt *De Guzman*, la Cour avait déterminé que « [l]a *LIPR* [devait] être interprétée et mise en œuvre d'une manière compatible avec les instruments [internationaux] visés à l'alinéa 3 (3f) [de la *LIPR*], à moins que ce ne soit impossible selon l'approche moderne de l'interprétation législative »¹³³.

La Cour rejette toutefois l'appel en arguant que les conclusions qu'elle a tirées dans l'affaire *De Guzman* sont compatibles avec les propos du juge Noël et qu'aucune erreur n'a été commise en première instance. Ainsi, la Cour d'appel, tribunaire de la tradition dualiste canadienne, réaffirme le rôle simplement interprétatif des conventions internationales qui ne peuvent être intégrées directement et sans autres formalités en droit interne. La demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême a par ailleurs été rejetée le 18 septembre 2008¹³⁴.

*Merceron c. Canada*¹³⁵ et *Plaisir c. Canada*¹³⁶

Nous traiterons ici conjointement de ces deux jugements similaires, où la Cour fédérale devait évaluer une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut du réfugié (CSIR), qui a refusé d'octroyer le statut de réfugié ou de personne protégée aux deux demandeurs de nationalité haïtienne ayant travaillé pour la police nationale (PNH)¹³⁷. En effet, la SPR a estimé que Merceron et Plaisir n'avaient pas la qualité de réfugié ou de personne protégée au sens des articles 96 et 97 de la *LIPR* et de son annexe puisqu'ils étaient visés par les alinéas 1 (F)a) et 1 (F)c) de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹³⁸ par le fait de leur appartenance à la PNH, organisation coupable de crimes contre l'humanité. La SPR a ainsi invoqué les motifs d'exclusion prévus à la *Convention* aux termes des articles 1 (e) et 1 (f), ici la

¹³² *De Guzman c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31333 (22 juin 2006) [*De Guzman*].

¹³³ *Ibid.* au para. 83.

¹³⁴ Voir *Charkaoui – CAF 2007*, *supra* note 108.

¹³⁵ *Merceron c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 265, 316 F.T.R. 273 [*Merceron*].

¹³⁶ *Plaisir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 264, 164 A.C.W.S. (3d) 664 [*Plaisir*].

¹³⁷ Voir *Merceron*, *supra* note 135 au para. 2; voir *Plaisir*, *ibid.* au para. 2 (selon les faits allégués, Bety Plaisir faisait plus particulièrement partie de l'unité spécialisée du « Corps d'intervention et de maintien de l'ordre » (CIMO), de septembre 2002 à juillet 2005. Quant à Kenny Merceron, ce dernier aurait travaillé pour la PNH de 1999 à 2003).

¹³⁸ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137, R.T. Can 1969 n° 6 (entrée en vigueur : 22 avril 1954) [*Convention relative au statut de réfugié*] (les articles 1 (F)a) et 1 (F)c) édictent que « [l]es dispositions de cette *Convention* ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser : a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; [...] c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies »).

complicité d'un crime contre l'humanité, codifiés en droit interne à l'article 98 de la *LIPR*¹³⁹.

La Cour fédérale analyse donc, dans le cadre de ces deux affaires, la notion de complicité par association. La Cour, se référant entre autres aux affaires *Ramirez*¹⁴⁰ et *Saridag*¹⁴¹, réitère que la complicité par association dépend essentiellement de l'existence d'une « intention commune » et de la « connaissance que toutes les parties en cause en ont ». De plus, la simple appartenance à une organisation impliquée dans la perpétration de crimes internationaux ne permet pas d'invoquer l'exclusion du demandeur, sauf si l'existence même de cette organisation vise des fins limitées et brutales. Pour trancher la question, la Cour rappelle les critères élaborés par la jurisprudence en matière de complicité par association qui doivent être déterminés ici par la SPR soit :

les méthodes de recrutement, le poste et le rang du demandeur dans l'organisation, la nature de celle-ci, la connaissance que le demandeur avait des atrocités commises, la durée de sa participation aux activités de l'organisation et la possibilité de la quitter.¹⁴²

À la lumière de ces critères, la Cour conclut dans ces deux affaires que la SPR n'a pas réussi à déterminer l'existence d'« une intention commune » et « la connaissance que toutes les parties en cause en [avaient] » pour prouver la complicité de Merceron et Plaisir aux crimes contre l'humanité commis par la PNH. Plus particulièrement, dans le cas de Plaisir, la Cour a jugé que les motifs de la décision de la SPR n'établissaient pas qu'elle ait considéré l'ensemble des facteurs en matière de complicité mentionnés ci-haut. Le simple acquiescement passif de la demanderesse ne permettant pas, selon l'arrêt *Moreno*¹⁴³, d'invoquer la disposition d'exclusion. Dans le cas de Merceron, la Cour a statué que la SPR ne disposait d'aucun élément de preuve pour inférer, de sa simple connaissance des actes de violence commis par la PNH, qu'il avait l'intention de participer consciemment à des crimes graves.

La demande de contrôle judiciaire dans ces deux affaires a donc été accueillie par la Cour fédérale qui retourne ces deux affaires pour redétermination par un tribunal différemment constitué. Nous suggérons au lecteur de se tenir au fait des développements judiciaires dans ces deux dossiers, puisque dans le cas de Plaisir, une nouvelle demande de contrôle, cette fois-ci de la part du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, a été accueillie par la Cour fédérale en 2008, suite à une décision favorable de la SPR¹⁴⁴.

¹³⁹ *LIPR*, *supra* note 112, art. 98 (« [l]a personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la *Convention sur les réfugiés* ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger »).

¹⁴⁰ *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306, [1992] 89 D.L.R. (4e) 173.

¹⁴¹ *Saridag c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, (1994) 85 F.T.R. 307, 50 A.C.W.S. (3d) 1284.

¹⁴² *Merceron*, *supra* note 135 au para. 26; voir *Plaisir*, *supra* note 136 au para. 27.

¹⁴³ *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298, 107 D.L.R. (4e) 424.

¹⁴⁴ *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Plaisir*, 2008 CF 535.

*Okoloubu c. Canada*¹⁴⁵

La Cour fédérale doit ici évaluer une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'une agente d'examen des ERAR, ayant rejeté la demande de résidence permanente présentée à l'intérieur du Canada par Monsieur Okoloubu. Ce dernier avait demandé à être dispensé de l'obligation de présenter sa demande de résidence permanente à l'extérieur du Canada, pour les motifs qu'il est marié à une résidente permanente ayant des problèmes de santé et qu'il est père d'un jeune enfant né au Canada. Okoloubu a donc tenté de faire valoir que la protection de sa famille et les droits de sa femme et de son enfant doivent être examinés adéquatement en s'appuyant sur la *Charte canadienne*, mais aussi sur des instruments internationaux tels que le *PIDCP*¹⁴⁶ et la *Déclaration des droits et devoirs de l'homme de l'Organisation des États américains*¹⁴⁷. L'agente d'ERAR a rejeté cette demande en affirmant ne pas avoir compétence pour trancher des questions de droit international et constitutionnel et en soutenant qu'une demande de dispense d'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent n'était pas le recours qui convenait en l'espèce.

Dans le cadre de cette affaire, la Cour fédérale analyse donc principalement la compétence de l'agente d'ERAR pour traiter des questions constitutionnelles et de droit international. La Cour souligne que l'agente dans ce dossier ne procédait pas à un simple examen des risques avant renvoi, mais exerçait plutôt le pouvoir discrétionnaire du ministre au titre de l'article 25 de la *LIPR*, qui permet l'exemption de l'obligation de présenter sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada si des motifs d'ordre humanitaire le justifient¹⁴⁸. En se référant à l'arrêt *Baker*¹⁴⁹ la Cour réitère qu'il appartient au ministre et, en l'espèce, à l'agente d'ERAR, de décider du poids à accorder aux différents facteurs invoqués sous l'article 25. Le ministre ou son délégué est donc dans l'obligation d'examiner les questions constitutionnelles et relatives au droit international. La Cour conclut que l'agente aurait dû se demander si le renvoi d'Okoloubu était contraire au droit canadien, lequel doit, si possible, être interprété en conformité avec le droit international. La Cour fédérale est effectivement d'avis que l'article 25 de la *LIPR*

¹⁴⁵ *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1069, [2008] 3 F.C.R. 216, juge Harrington, inf. par 2008 CAF 326, 75 Imm. L.R. (3d) 1.

¹⁴⁶ Voir notamment au regard des art. 17-23 du *PIDCP*, *supra* note 66.

¹⁴⁷ Résolution adoptée lors de la Neuvième Conférence Internationale Américaine (1948), reproduite dans *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, Doc. off. OEA/Ser.L.V/II.82/Doc. 6, rev.1 (1992) à la p. 17 [ci-après *Déclaration américaine*].

¹⁴⁸ *LIPR*, *supra* note 112, art. 25.

¹⁴⁹ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 174 D.L.R. (4^e) 193 (en ligne avec notre tradition dualiste, la Cour postulait dans cet arrêt que les valeurs d'une convention internationale telle que la *Convention relative aux droits de l'enfant* – non mise en œuvre par le Parlement, mais indiquant l'importance de tenir compte de l'intérêt de l'enfant dans une décision d'ordre humanitaire –, pouvaient servir en matière d'interprétation des lois et de contrôle judiciaire).

pourrait donner lieu à la prise en compte des arguments soulevés par Okoloubu à l'égard surtout des dispositions du *PIDCP* protégeant la famille et l'enfant¹⁵⁰.

La Cour a donc décidé d'accueillir la demande de contrôle d'Okoloubu jugeant que ce dernier n'avait pas eu droit à une audience équitable étant donné le refus de l'agente d'ERAR d'examiner certains arguments, notamment au regard du droit international. Toutefois, cette décision a été infirmée en 2008, la Cour fédérale d'appel concluant que le juge Harrington a erré notamment sur cette question¹⁵¹. D'après la Cour, la *LIPR* n'exige pas de l'agente d'ERAR agissant au titre l'article 25 d'analyser et de faire spécifiquement référence aux instruments internationaux des droits de l'homme auxquels le Canada est partie¹⁵². Nous référons donc le lecteur à une édition ultérieure de la présente chronique qui traitera plus en détail de cet appel.

Reprenons rapidement la présente affaire au regard du droit international. Dans cet arrêt, la Cour fédérale ouvre la porte à une réflexion plus que pertinente pour tout internationaliste concernant les incidences de l'arrêt *Hape* discuté ci-haut. Rappelons que dans cette affaire, le juge Lebel, écrivant les motifs de la majorité, a recours à la méthode de l'adoption, selon laquelle « [l]es règles prohibitives du droit international coutumier [sont] incorporées directement au droit interne en application de la common law, sans que le législateur n'ait à intervenir »¹⁵³. Ainsi, à la lumière de cet arrêt, la Cour se questionne à savoir si le préambule du *PIDCP* recoupe certains principes pouvant être considérés comme des règles prohibitives du droit international coutumier et donc incorporés directement au droit interne. On semble ici vouloir reconnaître la possibilité d'intégrer directement certains principes coutumiers du droit international en droit interne, bien que, comme l'affirme le juge Harrington, les incidences de l'arrêt *Hape* devront être examinées avec soin par une instance supérieure. À ce sujet, la Cour fédérale d'appel est cependant restée plutôt silencieuse, se contentant de rappeler les propos du juge Lebel dans *Hape* concernant la présomption de conformité de la législation interne avec le droit international.

¹⁵⁰ Pour ce qui est de la *Déclaration américaine* qui a également été soulevée par le demandeur, la Cour réitère que cet instrument n'est pas réellement un traité et que sa portée n'est pas plus vaste que celle du *PIDCP*. Toutefois, les États membres qui n'ont pas ratifié la *Convention américaine sur les droits de l'homme*, comme le Canada, sont tout de même soumis à l'obligation contenue dans la Charte de l'OÉA de promouvoir les droits de l'homme consacrés par la *Déclaration américaine*. Voir notamment *White and Potter c. États-Unis d'Amérique* (1981), Inter-Am. Comm. H.R., n° 23/81 (cas n° 2141) au para. 16, *Annual Report of the Inter-American Commission and Human Rights: 1980-81*, OEA/Ser. L/V/II.54/ doc. 9 rev. 1 (la Commission reconnaît le caractère contraignant de la *Déclaration* pour les États membres de l'OÉA).

¹⁵¹ *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 326, 75 Imm. L.R. (3d) 1 au para. 60 (« while the officer stated that she did "not have jurisdiction to deal with international law", it is clear that she addressed in substance the different and important interests at stake, giving careful weight to the interests of the child and the importance of the family unit. Therefore, this Court's intervention is not warranted and it becomes unnecessary to address the Applications Judge's finding that the respondent was deprived of a fair hearing »).

¹⁵² *Ibid.* au para. 50 (« it is sufficient if the officer addresses the substance of the issues raised »).

¹⁵³ *Hape*, *supra* note 1 au para. 39.

Boily c. Canada (ministère de la Justice)¹⁵⁴

Il s'agit d'une affaire où l'appelant demande la révision judiciaire de la décision du ministre de la Justice du Canada qui ordonne son extradition vers le Mexique, où il doit purger le reste de sa peine de 14 ans de prison pour trafic de marijuana, ainsi que subir un procès pour évasion de garde légale et homicide involontaire d'un gardien de prison. Boily conteste la décision du ministre, car il prétend courir de sérieux risques d'être torturé au Mexique s'il est extradé. Il se fonde sur trois motifs pour appuyer cette prétention : la manière dont les policiers l'ont traité lors de son arrestation initiale, l'impact de son accusation d'homicide sur le ressentiment des gardiens de prison et les études d'organisations internationales. Ainsi, l'extradition de Boily serait contraire à l'article 7 de la *Charte canadienne* et violerait aussi les obligations internationales du Canada.

Dans cette affaire, la Cour d'appel analyse la décision du ministre et souligne qu'elle doit faire preuve « d'une grande retenue » quant à la norme de contrôle à appliquer pour réviser la décision du ministre. Dans son analyse, la Cour cite brièvement l'article 3 de la *Convention contre la torture*¹⁵⁵, indiquant que cette dernière interdit l'extradition d'une personne vers un État lorsqu'il y a des motifs sérieux d'augurer des actes de torture. Outre cette brève mention, cette décision n'analyse pas en profondeur les obligations internationales du Canada relatives à la torture, notamment le principe de non-refoulement, pourtant présent à l'article 3 et faisant l'objet d'une attention particulière des décisions d'instances internationales. La Cour mentionne seulement qu'en l'espèce, le risque de torture n'est pas élevé.

La Cour d'appel conclut finalement que le ministre a pris en considération les arguments de Boily, mais qu'il n'y a pas de risque sérieux, vu les assurances diplomatiques du Mexique, ainsi que la possibilité pour Boily de faire appel aux services consulaires et de faire une demande pour purger sa peine au Canada. Ainsi, la décision du ministre ne semble pas violer les droits constitutionnels de Boily, qui n'a pas su démontrer que le ministre a fait une erreur en droit ou a agi de manière inéquitable, arbitraire ou abusive. Son appel est donc rejeté.

III. Transport aérien

Nous nous concentrons principalement dans cette section sur les arrêts *Plourde*¹⁵⁶ et *Croteau*¹⁵⁷ rendus le même jour, puisqu'ils auront à notre avis un impact important sur la jurisprudence québécoise quant à l'application et à l'interprétation de la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien*

¹⁵⁴ 2007 QCCA 250, 220 C.C.C. (3d) 384, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31946 (5 juillet 2007) [*Boily c. Canada*].

¹⁵⁵ *Convention contre la torture*, *supra* note 129, art. 3 (« [a]ucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture »).

¹⁵⁶ *Plourde c. FBO – CA*, *supra* note 9.

¹⁵⁷ *Croteau c. Air Transat AT Inc.*, 2007 QCCA 737, [2007] R.J.Q. 1175, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 32191 (29 novembre 2007) [*Croteau c. Air Transat – CA*].

*international (Convention de Montréal)*¹⁵⁸ concernant notamment l'existence d'un droit d'action pour préjudice psychologique aux termes de cet instrument¹⁵⁹.

Plourde c. Service aérien FBO Inc. (Skyservice)¹⁶⁰

Le présent pourvoi devant la Cour d'appel du Québec porte sur le bien-fondé de la décision de nier, au stade de l'autorisation du recours collectif, l'existence d'un droit d'action pour préjudice psychologique aux termes de la *Convention de Montréal*. La Cour est effectivement saisie de l'appel d'un jugement de la Cour supérieure¹⁶¹ qui a refusé d'autoriser la partie d'un recours collectif recherchant l'indemnisation en raison du préjudice psychologique subi à la suite de l'atterrissage d'urgence d'un avion de l'intimée. Au soutien de cette décision, le juge de première instance s'est référé à l'article 17 de la *Convention de Montréal* et à l'interprétation donnée à cet article par la jurisprudence internationale pour conclure que le recours pour préjudice psychologique non accompagné d'une blessure physique était exclu et qu'ainsi cette partie du recours ne représentait pas « une apparence sérieuse de droit »¹⁶². Le recours a cependant été autorisé pour les autres réclamations. Nous ne croyons pas utile de rappeler plus en détail le jugement de la Cour supérieure, nous renvoyons donc le lecteur à l'analyse plus exhaustive effectuée de cette affaire en 2006¹⁶³.

La Cour d'appel doit, en l'espèce, statuer sur le caractère raisonnable du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de refuser le recours collectif

¹⁵⁸ *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 28 mai 1999, 2242 R.T.N.U. 369 (entrée en vigueur : 4 novembre 2003) [*Convention de Montréal*] (rappelons rapidement que cette Convention a été adoptée principalement afin d'actualiser la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 12 octobre 1929, 137 R.T.S.N. 11 (entrée en vigueur : 13 février 1933) [*Convention de Varsovie*] dont elle reprend pour l'essentiel les dispositions).

¹⁵⁹ *Convention de Montréal*, *ibid.* aux art. 17, 19 (nous croyons nécessaire à ce stade de reproduire le texte des dispositions pertinentes de la *Convention de Montréal* au cœur des affaires ici analysées soit l'art. 17 qui stipule que « [l]e transporteur est responsable du préjudice survenu en cas de mort ou de lésion corporelle subie par un passager, par cela seul que l'accident qui a causé la mort ou la lésion s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement ou de débarquement », l'art. 19 qui édicte que « [l]e transporteur est responsable du dommage résultant d'un retard dans le transport aérien de passagers, de bagages ou de marchandises. Cependant, le transporteur n'est pas responsable du dommage causé par un retard s'il prouve que lui, ses préposés et mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement s'imposer pour éviter le dommage, ou qu'il leur était impossible de les prendre » et l'art. 29 qui précise que « toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention [...] ne peut être exercée que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente convention [...] ». Dans toute action de ce genre, on ne pourra pas obtenir de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ni de dommages à un titre autre que la réparation »).

¹⁶⁰ *Plourde c. FBO-CA*, *supra* note 9.

¹⁶¹ *Plourde c. Service aérien FBO Inc. (Skyservice)*, [2005] J.Q. n° 17702, juge Fournier (C.S. Qué), conf. par 2007 QCCA 749, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 32190 (29 novembre 2007) [*Plourde c. F.B.O. – C.S. Qué*].

¹⁶² Voir Ardouin et Rouillard, *supra* note 110 aux pp. 268-71.

¹⁶³ *Ibid.*

selon les dispositions de l'article 1003 C.p.c.¹⁶⁴. En effet, l'appelant prétend que le juge de première instance a eu tort de décider de la question de l'indemnisation du préjudice psychologique au stade de l'autorisation du recours collectif et qu'il aurait plutôt dû laisser au juge chargé du fond du dossier le soin de trancher. L'appelant argue par ailleurs que la *Convention de Montréal*, succédant à la *Convention de Varsovie*, a changé l'état du droit relatif à l'indemnisation du préjudice psychologique par un transporteur aérien. L'intérêt de cette affaire réside donc dans le raisonnement de la Cour d'appel en ce qui a trait à ce dernier argument, d'autant plus que ce jugement vient pallier à certaines lacunes soulevées en 2006¹⁶⁵ quant à la méthode utilisée par la Cour supérieure pour interpréter la *Convention de Montréal*.

En effet, la Cour d'appel procède à l'analyse et l'interprétation de la *Convention de Montréal* notamment de son article 17, en appliquant cette fois les règles d'interprétation des traités développées par la jurisprudence et fondées sur les articles 31, 32 et 33 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁶⁶. La Cour d'appel effectue ainsi dans le cadre de ce dossier une analyse détaillée de sept principes d'interprétation des traités énoncés dans l'arrêt *Ehrlich c. American Eagle Airlines Inc.*¹⁶⁷ de la Cour d'appel fédérale des États-Unis pour les adapter à la *Convention de Montréal*, à savoir « le sens ordinaire des mots, la langue de la *Convention*, son objet, les travaux préparatoires, la jurisprudence, les résultats anormaux et les autres sources »¹⁶⁸. La Cour arrive au constat, à travers cette analyse, que la *Convention de Montréal* n'a pas modifié le régime de responsabilité du transporteur aérien en cas de préjudice psychologique établi par la *Convention de Varsovie* bien que l'objet de ces deux conventions soit aujourd'hui différent¹⁶⁹. En effet, à la lumière des travaux préparatoires de la *Convention de Montréal*, déjà analysés dans *Ehrlich*, il ressort que la question de l'indemnisation du préjudice psychologique non causé par une lésion physique a été abordée spécifiquement lors de la Conférence de Montréal, puis clairement écartée. Ainsi interprété, l'article 17 de la *Convention de Montréal* ne permet donc pas l'action pour préjudice psychologique,

¹⁶⁴ L.R.Q. c. C-25, art. 1003 (cet article énonce les conditions à respecter pour obtenir une autorisation de recours collectif: « [l]e tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que : a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes; b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées; c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres »).

¹⁶⁵ Voir Ardouin et Rouillard, *supra* note 110 à la p. 270.

¹⁶⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, R.T. Can. 1980 n° 37, aux art. 31, 33 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

¹⁶⁷ 360 F.3d 366 (2^e Cir. 2004) (dans cette affaire, le régime juridique applicable découlait de la *Convention de Varsovie*, mais les appelants ont plaidé que le nouveau traité, c'est-à-dire la *Convention de Montréal*, pouvait apporter un éclairage sur la portée du régime d'indemnisation du préjudice psychologique en vertu de la *Convention de Varsovie*).

¹⁶⁸ *Plourde c. FBO – CA*, *supra* note 9 au para. 51.

¹⁶⁹ *Ibid.* au para. 52 (selon la Cour, l'objet de la *Convention de Montréal* n'est pas le même que celui de la *Convention de Varsovie*. Lorsque cette dernière a été conclue, à la fin des années vingt, l'industrie de l'aéronautique était à ses débuts et la protection des intérêts des transporteurs aériens occupait le premier plan, alors qu'en 1999, lorsque la *Convention de Montréal* a été conclue, l'indemnisation équitable des passagers était alors devenue une préoccupation importante).

puisque n'étant pas accompagné d'une blessure physique, ce préjudice n'est pas indemnisable. Saluons ici l'utilisation judicieuse de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* par la Cour d'appel du Québec et de la jurisprudence des tribunaux étrangers¹⁷⁰ comme moyen auxiliaire de détermination des règles du droit afin de promouvoir une interprétation uniforme des traités, ici la *Convention de Montréal*.

À la lumière de cette interprétation, la Cour rejette la demande d'autorisation d'appel en statuant que le juge de première instance a exercé d'une manière raisonnable son pouvoir discrétionnaire de refuser le recours collectif, en concluant que le volet de la demande qui traite d'indemnisation psychologique est mal fondé et ne présente aucune apparence sérieuse de droit. Notons finalement qu'une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême a été rejetée le 29 novembre 2007¹⁷¹.

*Croteau c. Air transat AT Inc.*¹⁷²

Dans cette affaire, les appelants se pourvoient devant la Cour d'appel du Québec contre un jugement de la Cour supérieure¹⁷³ rejetant leur requête pour autorisation d'exercer un recours collectif en raison de retards occasionnés par l'inspection d'appareils Airbus à la suite d'incidents survenus lors d'un vol vers Cuba. Nous référons encore une fois le lecteur à l'analyse plus exhaustive de cette décision effectuée en 2006¹⁷⁴. Rappelons toutefois que la Cour supérieure a conclu que le recours collectif en l'espèce ne présentait aucune apparence de droit et devait être rejeté puisque les requérants n'alléguaient ni dommage physique ni accident au sens de la *Convention de Varsovie*.

Il est à noter que cet appel a été plaidé en même temps que l'affaire *Plourde* et concerne en partie des questions communes, notamment celles reliées au bien-fondé de la décision de nier, au stade de l'autorisation du recours collectif, l'existence d'un droit d'action pour préjudice psychologique aux termes de la *Convention de Montréal*. La Cour d'appel souligne effectivement que le même raisonnement et la même solution s'appliquent dans le présent dossier. Elle conclut à cet égard que la décision du juge de première instance de refuser le recours collectif des passagers du vol vers Cuba, concernant le préjudice psychologique au stade de l'autorisation était bien fondée.

Cependant, la Cour d'appel est d'avis que le juge de première instance aurait dû autoriser la requête des appelants pour la question des dommages reliés aux retards et qu'il a erré en décidant qu'il ne s'agissait pas d'un *accident*, condition essentielle à

¹⁷⁰ Déjà critiquée en 2006, la Cour ne fait toujours pas appel aux jugements des tribunaux internationaux utilisant une telle méthode d'interprétation des traités fondée sur la *Convention de Vienne sur le droit des traités* tel que l'*Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, [1994] C.I.J. rec. 6 ou l'*Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, [1991] C.I.J. rec. 53.

¹⁷¹ *Plourde c. FBO – CA*, *supra* note 9.

¹⁷² *Croteau c. Air Transat-CA*, *supra* note 157.

¹⁷³ *Croteau c. Air transat AT Inc.*, [2005] J.Q. n° 18804 (C.S. Qué), inf. par 2007 QCCA 737, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 32191(29 novembre 2007).

¹⁷⁴ Ardouin et Rouillard, *supra* note 110 aux pp. 271-73.

l'application de la *Convention de Montréal* en vertu de son article 17 (1), mais plutôt d'un incident. En se référant notamment à la jurisprudence de tribunaux étrangers¹⁷⁵, la Cour soutient que la situation décrite dans les allégations de la requête correspond bien à un accident au sens de la *Convention de Montréal*, c'est-à-dire la survenance d'un événement inattendu et inhabituel qui est externe au passager. L'intimée a donc tort de soutenir que l'existence de lésions corporelles est nécessaire à la qualification d'un accident.

La Cour analyse par le fait même la décision du juge de première instance d'appliquer la *Convention de Varsovie* au présent dossier. Après examen des faits invoqués, la Cour d'appel conclut plutôt que la *Convention de Montréal* est ici l'instrument applicable aux passagers du voyage aller-retour Québec-Varadero, conformément aux exigences de la *Convention*¹⁷⁶. Par ailleurs, la Cour rappelle, sans surprise de notre part, que la *Convention de Montréal* est ici applicable puisqu'elle a été intégrée au droit interne par le Parlement à travers les modifications apportées à la *Loi sur le transport aérien*¹⁷⁷, qui reproduit désormais intégralement le texte de la *Convention* à son annexe VI. Toutefois, nous trouvons surprenant que le juge n'ait pas appuyé son argumentation sur l'article 55 de la *Convention de Montréal*, portant sur les relations avec les autres instruments, ou du moins sur l'article 30 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ayant trait à l'application de traités successifs portant sur la même matière¹⁷⁸.

La Cour d'appel a donc infirmé en partie la décision de la Cour supérieure en accueillant la demande d'appel pour l'exercice du recours collectif contre Air Transat ayant trait aux dommages résultant des retards encourus par les passagers du vol Québec-Varadero.

*Simard c. Air Canada*¹⁷⁹

La Cour supérieure est saisie dans cette affaire d'une demande d'exercer un recours collectif contre Air Canada en raison du retard, puis de l'annulation d'un vol Montréal-Londres. Nous croyons qu'il est intéressant de reprendre cette affaire traitant encore une fois de la possibilité, aux termes des articles 17, 19 et 29 de la *Convention de Montréal*, de réclamer des dommages psychologiques et exemplaires. En effet, statuant sur l'application de l'article 17 de cette *Convention*, la Cour en

¹⁷⁵ La Cour cite entre autres l'arrêt de principe en la matière *Air France c. Saks*, 470 U.S. 392 (1985), 105 S. Ct. 1338, 1345.

¹⁷⁶ Voir *Convention de Montréal*, *supra* note 158, art. 1 (2) (en effet, le point de départ et le point de destination du vol en question sont bien situés sur le territoire de deux États parties puisque le Canada a ratifié cette convention le 19 novembre 2002 et Cuba, le 14 octobre 2005).

¹⁷⁷ L.R.C. 1985, c. C-26.

¹⁷⁸ *Convention de Vienne*, *supra* note 166, art. 30 (en effet, l'article 30 de la *Convention* prévoit que « [l]orsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur »).

¹⁷⁹ 2007 QCCS 4452, J.E. 2007-1918.

arrive à la conclusion que, suivant la jurisprudence constante, notamment l'arrêt *Plourde* en première instance¹⁸⁰, la *Convention de Montréal* exclut l'indemnisation de tout préjudice purement psychologique. Cependant, la Cour reprend l'interprétation du juge Fournier de l'article 19 de la *Convention de Montréal* concernant les actions en dommage résultant d'un retard et en arrive à des conclusions différentes. En effet, dans cette précédente affaire, le juge Fournier a préféré laisser au juge du fond l'examen de la possibilité de faire une réclamation pour des dommages non corporels fondés sur la perte de temps et de jouissance de la période de vacances en vertu de cet article. À cet égard, le juge Fournier a estimé que la jurisprudence de l'article 19 n'était pas aussi concluante que celle qui porte sur l'article 17. Par conséquent, il n'y avait pas assez d'éléments selon lui pour conclure au rejet du recours collectif sur cette portion de la réclamation, sur la base de l'absence d'apparence sérieuse de droit.

La Cour supérieure dans le présent dossier rejette ce point de vue en soulignant qu'il serait pour le moins surprenant que les dommages psychologiques reliés au retard d'un transporteur puissent être recouverts collectivement, alors que ceux visés par l'article 17 ne peuvent l'être. La Cour se réfère d'ailleurs au jugement de la Cour d'appel dans le cadre de l'affaire *Plourde*¹⁸¹ pour indiquer que les dommages psychologiques ne peuvent être réclamés d'aucune façon en vertu de la *Convention de Montréal*.

La Cour conclut donc à cet égard que les dommages pour troubles et inconvénients que le requérant allègue avoir subis dans ce dossier ne sont susceptibles d'aucune indemnisation sous le régime exclusif établi par la *Convention de Montréal* et la *Loi sur le transport aérien*, qui n'inclut que les dommages subis en raison d'une lésion corporelle ou la mort. Se référant entre autres au texte des articles 29 et 55 de la *Convention de Montréal* et à la jurisprudence constante, québécoise, canadienne et internationale¹⁸², la Cour rappelle effectivement l'exclusivité de l'application des dispositions de la *Convention de Montréal* empêchant toute autre réclamation pour des dommages prévus aux articles 17 et 19 et interdisant par le fait même les recours en dommages exemplaires. Ainsi, après analyse de la requête à la lumière des dispositions de la *Convention de Montréal*, la Cour en arrive à la conclusion que seuls les dommages minimes, soit diverses dépenses telles que des interurbains occasionnés par l'annulation du vol en question, pourraient faire l'objet d'une réclamation.

En application de la règle de la proportionnalité édictée par l'article 4 (2) C.p.c.¹⁸³, la Cour rejette donc la requête des appelants pour autorisation de recours collectif jugeant qu'un tel recours n'est pas approprié dans les circonstances. Se référant à l'arrêt *Agropur*¹⁸⁴, la Cour est d'avis que les dommages minimes pour les

¹⁸⁰ *Plourde c. F.B.O – C.S Qué.*, *supra* note 161.

¹⁸¹ *Plourde c. FBO – CA*, *supra* note 9.

¹⁸² La Cour cite notamment l'arrêt *Walton c. Mytravel Canada Holdings Inc.*, 2006 SKQB 231 de la Cour d'appel de Saskatchewan; l'arrêt *El Al Israel Airlines Ltd c. Tsui Yuan Tseng*, 525 U.S. 255 (1999) de la Cour suprême des États-Unis; l'arrêt *Sidhu c. British Airways*, [1997] 1 All E.R. 193 (H.L.) de la Chambre des Lords.

¹⁸³ L.R.Q. c. C-25, art. 4.2.

¹⁸⁴ *Bouchard c. Agropur*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349.

retards occasionnés par l'annulation du vol ne peuvent être compensés par voie de recouvrement collectif.

* * *

Il est difficile de tirer un portrait homogène de l'utilisation du droit international devant les tribunaux québécois et fédéraux à la lumière des décisions ici recensées, car son utilisation en 2007 est assez hétérogène et inégale. Ainsi, au sein de la présente chronique, se chevauchent des décisions où des dispositions d'instruments internationaux ne sont que citées sans réelle analyse de leur portée¹⁸⁵, et des décisions où le droit international fait l'objet d'une analyse beaucoup plus substantielle¹⁸⁶. Les éditions précédentes de cette chronique ont par ailleurs soulevé que la référence au droit international est davantage l'apanage des tribunaux spécialisés tel que le Tribunal des droits de la personne puisqu'il est peu commun qu'une instance comme la Cour suprême soit appelée à se positionner sur des questions de droit international¹⁸⁷. Soulignons ici que l'année 2007 fait exception, puisque des cours généralistes, la Cour suprême dans l'affaire *Hape* et la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Charkaoui*, ont approfondi les implications de la tradition dualiste. Pour sa part, la Cour suprême, dans l'arrêt *Hape*, confirme la doctrine de l'adoption pour les règles de droit international coutumier, élargissant par le fait même la portée du droit international en droit interne. Dans l'affaire *Charkaoui*, la Cour fédérale d'appel souligne plutôt la primauté du droit interne sur le droit international et l'utilisation de ce dernier qu'à des fins interprétatives. La Cour d'appel du Québec n'est d'ailleurs pas en reste puisqu'elle effectue, dans les affaires *Plourde* et *Croteau*, une analyse assez exhaustive de la portée, ainsi que de l'interprétation de certaines dispositions de la *Convention de Montréal*, notamment à la lumière de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

Par contre, les tribunaux fédéraux et québécois restent en général silencieux au regard de plusieurs domaines du droit international, les références au droit international des peuples autochtones et au droit de l'environnement étant notamment toujours absentes des décisions recensées cette année. D'ailleurs, l'affaire *Blais*¹⁸⁸ est un exemple d'une occasion qui n'a pas été saisie de faire appel aux instruments internationaux concernant les droits des peuples autochtones (conventionnels ou non) dans l'analyse du Tribunal. Force est de constater qu'un an après son adoption, la

¹⁸⁵ Voir notamment *Merceron*, *supra* note 135; *Plaisir*, *supra* note 136; *Blais*, *supra* note 3; *Boily c. Canada*, *supra* note 154.

¹⁸⁶ Voir *Hape*, *supra* note 1; *Health Services*, *supra* note 1; *Plourde c. FBO – CA*, *supra* note 9; *Croteau c. Air Transat – CA*, *supra* note 157.

¹⁸⁷ Voir Ardouin et Rouillard, *supra* note 110 à la p. 274.

¹⁸⁸ *Blais*, *supra* note 3.

*Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*¹⁸⁹ n'est toujours pas prise en compte par les tribunaux¹⁹⁰.

L'arrêt *Hape* constitue certes la décision la plus intéressante pour la pratique du droit international au Québec et au Canada en 2007. Déjà, la Cour fédérale, dans l'arrêt *Okoloubu*, s'est intéressée à cette affaire. Nous nous interrogeons donc, à l'instar de juge Harrington, quant aux incidences de l'arrêt *Hape* sur la pratique du droit international au sein de la jurisprudence québécoise et canadienne. Pour reprendre certaines critiques émises par la dissidence dans cette affaire, le rôle du droit international des droits de la personne n'est pas bien défini. Devons-nous appliquer ce corpus de droit international aux policiers canadiens à l'étranger? Est-ce qu'une violation du droit international des droits de la personne pourrait fonder l'exclusion d'une preuve au Canada en vertu d'un droit conféré par la *Charte* (outre le droit à un procès équitable)? De plus, cette affaire pose la question de la définition à donner aux « règles prohibitives » du droit coutumier, expression consacrée par la Cour suprême. En effet, cette expression n'apparaît nulle part dans le corpus juridique international ou dans la doctrine. Nous nous questionnons aussi sur la place que pourraient prendre les normes impératives de droit international coutumier, le *jus cogens*¹⁹¹, dans cette conception renouvelée de la relation entre droit international et droit interne. Ainsi, pourrait-on voir émerger la subordination de la règle interne à la règle coutumière internationale reconnue comme relevant du *jus cogens*? Cette question reste sans réponse définie, n'ayant pas fait l'objet d'une décision claire par les tribunaux¹⁹², mais l'affaire *Hape* ouvre certainement la porte à des arguments plus forts et ingénieux faisant appel au droit international.

¹⁸⁹ Rés. AG 61/295, Doc. off. AG NU, 61^e sess., Doc. NU A/RES/61/295 (2007), en ligne : ONU <<http://www.un-documents.net/a61r295.htm>>.

¹⁹⁰ Ce qui n'est pas étonnant à notre avis étant donné l'opposition du gouvernement face à cet instrument de *soft law*. Voir sur le vote négatif du Canada face à l'adoption de cette déclaration ONU, Conseil des droits de l'homme, en ligne : ONU <<http://www.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/declarati on.doc>>.

¹⁹¹ Voir *Convention de Vienne*, *supra* note 166, art. 53 (« [a]ux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »).

¹⁹² Nous référons le lecteur intéressé à trois décisions qui abordent, sans la trancher, la question des normes de *jus cogens* : *Suresh*, *supra* note 128; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100; *Bouzari c. Iran*, 71 O.R. (3d) 675 (C.A.), autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, 30523 (28 janvier 2005).