

La suspicion et le droit

par

Pierre Ciotola*

* Notaire, docteur en droit et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, chercheur associé à la Chaire du notariat.

L'auteur tient à remercier Mesdames Marielle Vermette et Andrée Boisselle, toutes deux avocates, pour leur collaboration appréciée. Madame Vermette a participé aux recherches dans la phase initiale de préparation de la conférence et Madame Boisselle a collaboré plus spécifiquement au titre de la suspicion et la dénonciation (*whistleblowing*) et dans la vérification de l'ensemble des références du texte soumis à l'édition. Ce texte est à jour au 1^{er} octobre 2006 et quant au titre 2 sur la suspicion et la dénonciation (*whistleblowing*) au 1^{er} août 2006.

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
I. SUSPICION ET DÉONTOLOGIE	3
A. Déontologie judiciaire.....	4
B. Déontologie notariale.....	15
II. SUSPICION ET DÉNONCIATION (<i>WHISTLEBLOWING</i>)	27
A. Activités répréhensibles : blanchiment d'argent et fraude économique	28
B. La dénonciation ou le <i>whistleblowing</i>	34
III. SUSPICION ET DROIT PRIVÉ	43
A. Suspicion et protection du consommateur	43
B. Suspicion et périodes « suspectes »	45
1. Période suspecte préalable à l'ouverture d'un régime de protection ou à l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude	45
2. Période suspecte de la maladie réputée mortelle du donateur et de la protection du donateur ou du testateur contre le cocontractant sans scrupules	51
3. Attitude des tribunaux face au don manuel en périodes suspectes ou d'exploitation.....	60
4. Protection des créanciers en périodes suspectes.....	65
CONCLUSION	71

1. *Suspicion* – C'est un thème un peu surprenant que celui de la suspicion et le droit. C'est même une question que peut se poser le justiciable au fil des événements quotidiens. C'est, d'abord, d'une manière plus générale, au su des événements qui ont marqué l'actualité ces dernières années et, d'une manière plus spécifique, à la lumière des développements survenus dans le droit privé, que nous analyserons cette question.

Qu'est-ce que la suspicion? Quel est le sens de ce terme pour les fins de cet exposé? La suspicion décrit davantage un état psychologique du justiciable qui l'amène à une démarche interrogative sur ses droits ou sur le déroulement de certains événements. Dans *Le Grand Larousse*¹, la suspicion est présentée sous un triple volet, la supposition d'un acte frauduleux, l'opinion défavorable et la non-partialité d'une instance judiciaire. Elle y est décrite comme « le fait de supposer, à partir de quelques indices, l'existence d'un délit : *suspicion de fraude* » ou encore comme « une opinion défavorable sur la conduite ou les intentions » d'une personne. Et dans un sens plus traditionnel, la suspicion légitime se rapporte davantage à la juridiction compétente et aux motifs de récusation judiciaire, c'est-à-dire au « motif sérieux de craindre qu'une juridiction ne soit pas impartiale à son égard, sur lequel se fonde un plaideur pour demander le renvoi de son affaire devant une autre juridiction »².

La suspicion fait partie intégrante de l'actualité; elle se manifeste de diverses manières et dans diverses sphères de la société, judiciaire, administrative, économique et familiale. Société libre et démocratique : les libertés fondamentales sont protégées par diverses chartes et par différentes lois. Et pourtant, la société devient sans cesse davantage critique à l'égard des gestes et des propos que peuvent tenir des personnes, non pas seulement dans l'exercice des plus hautes fonctions, telles celles d'un juge ou d'un ministre, mais aussi dans l'exercice quotidien de professions et de métiers auprès des citoyens.

¹ *Le Grand Larousse* en 5 volumes, Paris, 1987, t. 5 : « suspicion », p. 2933.

² *Le Grand Larousse* en 5 volumes, Paris, 1987, t. 5 : « suspicion », p. 2933.

2. *Faits et gestes* – La suspicion naît de faits et de gestes qui ne répondent pas aux valeurs que veut bien soutenir effectivement ou apparemment la société. Faits et gestes sont scrutés au quotidien, sur une base individuelle ou collective. La journaliste Denise Bombardier l’a brillamment souligné dans une chronique publiée dans *Le Devoir* en ces termes : « Et si la dureté de notre vie actuelle résidait en partie dans la suspicion systématique que nous éprouvons face aux gens, aux institutions et aux projets en tout genre? Lorsque rien ne trouve grâce aux yeux de personne, que reste-t-il à faire sinon s’emmurer dans ses préjugés [...]? Cette suspicion recouvre à la fois la vie privée et la vie sociale avec comme conséquence que personne n’échappe à sa toxicité. »³

3. *Domaine juridique* – Propos et comportements que l’on pourrait qualifier parfois d’anodins, de surprenants ou de simplement dérangeants prennent une signification démesurée devant l’ampleur médiatique qu’ils peuvent provoquer. Propos et comportements que l’on pourrait qualifier en d’autres circonstances comme portant atteinte aux valeurs de la société et que l’ampleur médiatique permet de découvrir à juste raison et d’inciter à y remédier. La profession juridique n’y échappe pas. Propos et gestes de juges sont scrutés, qu’ils soient antérieurs à leur nomination, survenus en cours de procès ou même hors du palais. Les notaires sont tout autant exposés en raison de la mission spéciale qui leur est confiée en tant qu’officier public.

4. *Domaine économique* – La suspicion peut survenir à l’occasion d’actes ou de gestes dans le domaine économique. Les fruits de la criminalité sont recyclés dans l’économie sous le couvert du blanchiment d’argent. Des transactions complexes

³ Denise BOMBARDIER, « Suspicion », *Le Devoir*, 6 mai 2006, b5. M^{me} Bombardier commente la suspicion dans la société actuelle dans un texte bref, mais on ne peut plus précis.

dissimulent parfois des fraudes économiques. Des soupçons soulevés par des victimes désabusées ou encore par des professionnels attentifs permettent de découvrir des scandales financiers. Les inquiétudes que peuvent entretenir certains fonctionnaires, qu'ils soient de niveau municipal, provincial ou fédéral, sur la conduite de leurs dirigeants et les craintes que peuvent nourrir les investisseurs devant le comportement de dirigeants d'entreprises ont mené à la découverte de scandales dans les milieux tant gouvernementaux que financiers. La suspicion n'est alors qu'une facette du « whistleblowing ».

5. *Domaine contractuel* – La suspicion peut également exister dans le domaine contractuel. Les mesures prises dans le domaine de la consommation entendent remédier aux comportements abusifs de commerçants sans scrupules qui ont exploité par des tactiques déloyales nombre de consommateurs. La suspicion existe aussi dans un domaine plus près du justiciable : la famille. Les aliénations faites par un conjoint sur le point de demander un divorce ou une séparation, ou celles faites par un incapable sur le point d'être déclaré inapte, peuvent être remises en question. La validité des dons qu'a pu faire le donateur ou le testateur affaibli par l'âge ou par la maladie est fréquemment remise en question. Des actes juridiques posés par un failli ou par un insolvable peuvent être déclarés inopposables à un créancier qui en souffre préjudice s'ils surviennent dans une période suspecte.

Voilà donc les facettes multiples, et fort générales, de la suspicion.

I. SUSPICION ET DÉONTOLOGIE

6. *Suspicion et déontologie* – La suspicion naît souvent d'un manquement à une obligation d'intégrité et d'impartialité qui peut incomber à une personne en raison de ses fonctions. La

déontologie énonce à l'égard du professionnel des règles de conduite destinées à protéger la confiance du public. Les magistrats sont tenus de respecter certaines règles de conduite en vue de protéger la confiance du public dans le système judiciaire. Les notaires sont également soumis à un code de déontologie en vue de sauvegarder la confiance du public dans le notariat, comme institution de droit privé et dans l'acte notarié, comme acte privé jouissant de l'authenticité attachée aux actes de l'autorité publique. La suspicion naît de gestes qui portent atteinte à la mission essentielle soit de la magistrature soit du notariat; nous pourrions l'analyser comme un détournement de la mission essentielle de l'institution, soit de la magistrature, soit du notariat.

A. Déontologie judiciaire

7. *Déontologie judiciaire* – La déontologie impose aux magistrats une conduite guidée par « la préservation de l'intégrité de la fonction judiciaire essentielle au maintien de la primauté du droit »⁴. Dans une étude publiée sous l'égide du Conseil canadien de la magistrature et intitulée *Principes de déontologie judiciaire*, le juge est invité à une conduite qui lui « mérite le respect du public [et à cultiver] une image d'intégrité, d'impartialité et de bon jugement »⁵. La conduite du juge a-t-elle porté manifestement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature et ainsi a-t-elle ébranlé la confiance du justiciable en son système de justice? L'a-t-elle de ce fait rendu incapable d'accomplir sa charge avec respect et confiance? Le juge saura-t-il, comme l'indique

⁴ *Ruffo (Re)*, 2005 QCCA 1197 (par. 402), J.E. 2006-60 (C.A.).

⁵ Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire*, 1998, à la p. 14, version disponible sur Internet à l'adresse <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/ethical-f.pdf>> (dernier accès le 19 avril 2006).

Madame la juge Bourque, respecter son obligation « d'aborder avec un esprit ouvert l'affaire qu'il doit trancher »⁶.

8. *Comportement entaché de suspicion* – Divers gestes peuvent engendrer la suspicion. Ils peuvent avoir été posés avant la nomination à la magistrature⁷. Ils peuvent tenir du silence, lors du processus de sélection des futurs juges, relativement à des antécédents criminels et au pardon obtenu par la suite⁸ ou encore

⁶ *Patti c. Ghanimé*, C.S., Montréal, 500-36-003687-053, le 15 nov. 2005, j. S. Bourque; voir également Louis-Paul CULLEN, « La récusation d'un juge saisi d'un litige civil », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 77-104.

⁷ Lors de la nomination du juge Marshall Rothstein à la Cour suprême du Canada, le candidat a comparu devant un comité du Parlement : voir les procédures du Comité spécial intérimaire pour la nomination des juges de la Cour suprême, en ligne sur le site Web du Ministère de la justice du Canada : <http://www.justice.gc.ca/fr/dept/pub/scc_courtsup/annexe_a.htm> (dernier accès le 9 mars 2006). Ce mécanisme améliore la transparence du processus de nomination, permet au public de mieux connaître les futurs juges et ainsi de renforcer sa confiance et son respect de l'institution : voir N. MORISSETTE, « Le juge Rothstein réussit l'examen », *La Presse*, mardi 28 février 2006; Y. BOISVERT, « Un processus utile et sans danger », *La Presse*, mardi 28 février 2006; P. GARANT, « Une expérience réussie », *La Presse*, mardi 28 février 2006, accessibles sur : <<http://www.cyberpresse.ca/>> (dernier accès le 9 mars 2006).

⁸ *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3; 2001 CSC 35. Dans cette affaire, Richard Therrien n'a pas révélé, lors de l'évaluation de sa candidature comme juge, une condamnation pour avoir illégalement prêté assistance à quatre membres du Front de libération du Québec en octobre 1970. Ce fait, d'après la Cour suprême, justifie sa destitution. Est-il bon de rappeler qu'il avait obtenu un pardon officiel de la part du gouverneur général en conseil en 1987 et qu'il pouvait ainsi croire qu'il n'était pas tenu de dévoiler cette condamnation. Mais avant d'accéder à la fonction judiciaire, le juge Therrien avait essuyé deux fois le rejet de sa candidature à cause de ces événements. Selon la Cour suprême, il n'est pas possible pour le juge Therrien de prétendre que le rejet de sa candidature pour cause d'antécédents judiciaires est discriminatoire ou arbitraire, car les justiciables « sont en droit d'obtenir la plus grande intégrité, impartialité et

de la possession de biens provenant du trafic de stupéfiants, de recyclage de ces biens et de conspiration à cette fin⁹. Ces gestes peuvent avoir été posés pendant la tenure judiciaire. Certains procès, notamment en matières criminelles ou familiales, sont davantage médiatisés et le déroulement des procès est scruté par les médias et par la population. Ces gestes peuvent survenir en cours de procès, lors de l'examen des questions préliminaires, lors des requêtes intérimaires, telles celles sur l'admissibilité de la preuve, etc.¹⁰ Des propos tenus dans un jugement lors d'un procès pour meurtre peuvent offenser des citoyens soit en raison de leur sexe, soit en raison de leur religion. La condamnation d'une épouse pour meurtre de son mari ne peut justifier des propos sur le comportement cruel de femmes ni des analogies avec les atrocités survenues dans les camps d'extermination durant la Seconde Guerre¹¹. Des signes d'impatience d'un juge

indépendance de la part des membres de la magistrature envers lesquels ils accordent leur confiance. »

⁹ *R. c. Flahiff*, [1999] R.J.Q. 626, J.E. 99-486 (appel rejeté, [2001] J.Q. 2318). Dans cette affaire, le juge Robert Flahiff est reconnu coupable d'avoir blanchi 1,7 millions de dollars provenant du trafic de la drogue alors qu'il exerçait sa profession d'avocat. Condamné à trois ans d'emprisonnement, il démissionne comme juge. Le Conseil canadien de la magistrature se penchait alors sur la possibilité de recommander sa destitution : voir Y. BOISVERT, « Le juge Robert Flahiff remet sa démission », *La Presse*, mercredi 14 avril 1999, p. A10; voir aussi la *Décision du Comité d'enquête Flahiff*, 9 avril 1999, en ligne sur le site web du Conseil de la magistrature, <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/article.asp?id=2631>> (dernier accès le 19 avril 2006).

¹⁰ *Patti c. Ghanimé*, C.S., Montréal, 500-36-003687-053, le 15 nov. 2005, j. S. Bourque.

¹¹ I. PARÉ, « Le juge Bienvenue soulève un tollé », *La Presse*, samedi 9 décembre 1995, p. A1; R. GIROUX, « Adieu, M. le juge Bienvenue... (espérons!) », *Le Soleil*, mardi 12 décembre 1995 p. A10. Voir également Y. BOISVERT, « Gestes controversés et abus abondent dans la carrière du juge Bienvenue », *La Presse*, samedi 16 décembre 1995, p. A4. Suite à un rapport défavorable du Comité d'enquête constitué par le Conseil canadien de la magistrature (rapport disponible en ligne à l'adresse <

devant les nombreuses remises d'un procès en Cour municipale et son intention arrêtée de vouloir procéder au fond ont intimidé l'inculpée et l'ont menée à plaider coupable; ils ont également mené à l'accusation pour outrage au tribunal et à l'arrestation de son avocat qui ne souhaitait pas se conformer à l'ordre de la Cour de procéder. Madame la juge Bourque accorde un bref de prohibition visant à confier le procès à un autre juge; elle y voit clairement une atteinte à l'impartialité qui doit guider le juge lors de l'audition du procès. On ne peut accepter la décision ferme du juge de la Cour municipale de procéder sur le fond. On ne peut accepter que le procès se déroule dans un contexte malsain d'un plausible parti-pris : le ton désagréable, les menaces de citation pour outrage, puis des citations proprement dites, l'arrestation de l'avocat pour le contraindre à poursuivre le procès au fond, etc.¹²

Des signes d'impatience manifestés par un juge dans une instance criminelle peuvent aussi justifier une désapprobation de la part du Conseil de la magistrature¹³. La récusation volontaire

ccm.gc.ca/cmslib/general/Thberge_(French).pdf>, dernier accès le 10 mars 2006), le Conseil recommande sa destitution, mais le juge Bienvenue démissionne avant que le Parlement ne se prononce sur sa destitution : Y. BOISVERT, « La démission du juge Bienvenue lui assure une pension de 100 000 \$ », *La Presse*, mercredi 25 septembre 1996, p. A1. Rappelons-nous que d'autres juges auparavant ont émis des propos tout aussi offensants (« la sodomie est un crime moins grave que le viol car elle sauvegarde la virginité de la victime »; « tant les règlements que les femmes sont faits pour être violés ») : P. GRAVEL, « Une lueur d'espoir après la bourde du juge Bienvenue », *La Presse*, mardi 12 décembre 1995, B2 et I. PARÉ, précitée.

¹² *Patti c. Ghanimé*, C.S., Montréal, 500-36-003687-053, le 15 nov. 2005, j. S. Bourque.

¹³ Ainsi, des échanges vifs entre le procureur de la défense et le juge Jean-Guy Boilard ont mené à une plainte contre ce dernier : voir C. DESJARDINS, « Démission du juge Boilard », *La Presse*, mardi 23 juillet 2002, p. A4. Voir aussi le rapport du 5 août 2003 du Comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature concernant le juge Boilard, résumé sur

d'un juge de la présidence d'un mégaprocès contre les bandes criminalisées de motards peut aussi entraîner une réprimande de la part des membres d'un comité d'enquête du Conseil de la magistrature. Selon certains de ses pairs, c'est à tort que le juge se croyait privé de toute autorité morale à poursuivre la présidence d'un mégaprocès alors que lui est communiquée la décision défavorable du Conseil de la magistrature sur ses impatiences survenus dans un précédent procès criminel¹⁴. Des

la page « Médias – 2003 » du site du Conseil canadien de la magistrature à l'adresse <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/article.asp?id=2609>> (dernier accès le 9 mars 2006).

¹⁴ M. le juge Boilard, alors juge au mégaprocès des motards, reçoit une lettre du Conseil de la magistrature à propos d'un écart de langage envers un avocat dans un procès antérieur. Le juge estime « ne plus avoir l'autorité morale et peut-être aussi l'aptitude requise » pour présider le procès des motards et dit songer à la retraite. À l'époque, 113 témoins avaient été entendus, et 1 114 pièces avaient été déposées au dossier. M. le juge Pierre Béliveau est nommé pour remplacer le juge Boilard et continuer le procès, mais décide de libérer le jury et de recommencer le procès. Le procureur général du Québec sollicite alors la tenue d'une enquête visant à déterminer si la décision du juge Boilard d'abandonner la gestion du procès est susceptible de constituer un manquement à l'honneur et à la dignité de sa fonction. Dans un rapport daté du 5 août 2003 (résumé à l'adresse <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/article.asp?id=2609>>, soit sur la page « médias – 2003 » du site du Conseil canadien de la magistrature), le comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature conclut que la décision du juge Boilard de se récuser était « inappropriée », que l'explication donnée par celui-ci « ne constituait pas un motif valable d'autorécusation », et que le juge a donc « manqué aux devoirs de sa charge ». Toutefois, le comité ne recommande pas la révocation du juge Boilard. Or, dans son rapport au ministre de la justice, le Conseil canadien de la magistrature ne partage pas la conclusion du comité d'enquête à l'effet que le juge a eu une conduite inappropriée. Selon le Conseil, c'est en toute bonne foi et après mûre réflexion que le juge a pris la décision de se récuser. Cette décision lui appartenait et il n'était tenu de consulter personne à cet égard : voir le « Rapport du Conseil canadien de la magistrature présenté au ministre de la Justice du Canada en vertu de l'art. 65(1) de la *Loi sur les juges* et concernant le juge Jean-Guy Boilard de la Cour supérieure du Québec », 19 décembre 2003, disponible en ligne à

écarts de conduite peuvent aussi être scrutés tels en est-il d'un juge qui ordonne de conduire l'enfant au bureau du ministre responsable pour dénoncer l'insuffisance des ressources mises à la disposition des jeunes démunis¹⁵. Ces gestes peuvent aussi avoir été posés en dehors de toute instance judiciaire : il peut en être ainsi de la conduite d'un véhicule en état d'ébriété¹⁶ ou avec un permis suspendu : ce peut être un motif de réprobation mais aussi tout simplement une erreur de parcours. Un juge ne peut non plus associer son nom à une campagne publicitaire commerciale, si magnifique peut en être le décor ou si noble peut en être l'objectif¹⁷. Un juge ne peut verser dans un activisme social au nom d'une cause, si noble soit-elle, comme la protection des enfants, activisme que certains avaient qualifié de « croisade », terme qui avait à une époque passée un sens religieux noble mais qui dans le contexte actuel revêt le sens d'une attitude chauvine¹⁸. Un juge ne peut signer des pétitions

l'adresse : <http://www.cjcccm.gc.ca/cmslib/general/Rapport_2003-12-19.pdf> (dernier accès le 10 mars 2006).

¹⁵ À deux reprises durant l'année 1987, la juge Andrée Ruffo déclare que les droits d'un enfant ont été lésés et ordonne au Directeur de la protection de la jeunesse ou à l'avocat de l'enfant de conduire celui-ci au bureau du ministre de la Santé et des Services sociaux. Le Comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature conclut que ces ordonnances s'inscrivent dans un contexte « d'activisme qui ne sied pas à un juge » et qu'elles contreviennent à l'article 1 du Code de déontologie judiciaire : voir *Ruffo (Re)*, 2005 QCCA 1197 (par. 258 à 265), J.E. 2006-60 (C.A.).

¹⁶ R. PARENT, « Démission-choc de la juge en chef Lyse Lemieux », *Le Devoir*, vendredi 20 août 2004, p. A1. Madame la juge Lemieux a préféré démissionner, bien que d'autres avenues étaient possibles. En effet, le Conseil de la magistrature avait conclu, en 1991, qu'un juge ayant conduit avec les facultés affaiblies avait commis « une erreur de parcours » et était toujours apte à siéger à la Cour du Québec.

¹⁷ *Ruffo (Re)*, 2005 QCCA 1197 (par. 384 et suiv.), J.E. 2006-60 (C.A.).

¹⁸ Voir *Ruffo (Re)*, 2005 QCCA 1197, J.E. 2006-60 (C.A.); Andrée RUFFO, « Une lutte à poursuivre », *La Presse*, vendredi le 19 mai 2006, p. A17.

soumises par le public¹⁹. Le journaliste Yves Boisvert suggère des comportements qui pourraient être désavoués au nom de l'impartialité et de la réserve :

« Imaginons, demain, un juge de la chambre criminelle qui se lance dans une campagne contre la police, qu'il accuse d'incompétence crasse. Il y a des cas, vous savez! Si ce juge multiplie les conférences, les interventions médiatiques, commente des causes non terminées, rencontre des témoins en privé, que dira-t-on? Ou, si un autre devient un militant de la sévérité des tribunaux, se répand en déclarations incendiaires contre le système de justice qui laisse courir les criminels? On dira qu'ils n'ont pas ce qu'il faut pour être juge. »²⁰

Ces divers faits et gestes ont fait l'objet de discussions en différentes instances : ils ont pu mener tantôt à la démission sans enquête, tantôt à la démission après un rapport d'enquête défavorable. Ils auraient pu provoquer la révocation du juge pourtant nommé durant bonne conduite dans une procédure exceptionnelle de destitution soit par le Parlement soit par l'Assemblée nationale. Ils démontrent la pertinence de maintenir un standard élevé d'intégrité et d'impartialité dans une société sans cesse plus complexe. On ne peut certes demander à un juge de s'isoler de la société mais on peut exiger que son attitude en soit une de discrétion et de réserve²¹. En un mot, les notions « fondamentales de réserve, de modération, d'impartialité »

¹⁹ *Ruffo (Re)*, 2005 QCCA 1197, J.E. 2006-60 (C.A.).

²⁰ Yves BOISVERT, « Elle n'avait de juge que le titre », *La Presse*, vendredi le 19 mai 2006, p. A5.

²¹ Pour une opinion sur l'équilibre délicat que représente le droit des juges à l'expression de leurs idées, voir J.-C. HÉBERT, « Le droit de parole des juges », *La Presse*, jeudi 1^{er} août 1996, p. B2.

conservent tout leur sens pour décrire les exigences de la fonction judiciaire²².

9. *Comportement conforme à la mission judiciaire* – La suspicion naît de comportements, tantôt isolés, tantôt répétés, qui engendrent frustrations dans la communauté juridique et interrogations sérieuses chez le justiciable. La mission du juge est de protéger à la fois le citoyen, dans l'exercice de ses droits démocratiques, mais aussi d'appliquer les lois adoptées en conformité avec la Constitution et les valeurs démocratiques. Rien n'empêche un juge de déplorer que certaines procédures, telle l'injonction, soient utilisées de façon excessive, pour mettre fin à des conflits ouvriers²³. Rien n'empêche un juge de déplorer que des changements législatifs soient apportés de manière à neutraliser de façon systématique des jugements favorables aux contribuables à l'encontre du fisc²⁴. Rien n'empêche un juge de

²² Yves BOISVERT, « Elle n'avait de juge que le titre », *La Presse*, vendredi le 19 mai 2006, p. A5. Voir sur le sens de l'engagement d'un juge : Andrée RUFFO, « Une lutte à poursuivre », *La Presse*, vendredi le 19 mai 2006, p. A17. M^{me} Ruffo, dans sa démission, se demande si les juges doivent demeurer « silencieux, passifs, absents ». « Est-ce qu'on demande à des juges d'être complices par leur silence? Alors probablement que mes collègues ont répondu oui, puisqu'ils ont décidé non pas que ce que je faisais n'était pas acceptable, mais ce que j'ai fait n'était pas quelque chose qui était acceptable pour la confrérie des juges [...] ». »

²³ Monsieur le juge en chef Deschênes avait déploré le recours systématique à l'injonction, et ainsi aux tribunaux, dans le but d'enrayer toute forme de désobéissance civile et tout particulièrement de mettre fin aux grèves illégales. Il avait invoqué comme motif préalable le défaut de compétence juridictionnelle de la Cour supérieure mais il avait également rejeté la demande d'injonction sous prétexte que cette demande était inopportune à bien des égards sous les aspects sociaux et politiques. (*Commission de Transport de la Communauté urbaine de Montréal c. Syndicat du Transport de Montréal*, (1974) C.S. 227. infirmé en appel [1977] C.A. 476).

²⁴ Voir *Angelatos (In Re) : Druker & Associés inc. c. Sous-Ministre du Revenu du Québec*, [1981] C.S. 512 et *Sous-Ministre du Revenu du*

qualifier l'action gouvernementale comme étant « répréhensible, scandaleuse et outrageante » à l'égard des citoyens qui remettent en question la construction d'une ligne de transmission électrique²⁵. Rien n'empêche un juge de partager les frustrations des citoyens face au législateur qui écarte, par des lois spéciales, les victoires de groupes de citoyens contre certains projets nuisibles à l'environnement, telle la construction contestée de la ligne de transmission électrique connue sous le nom de Hertel – Des Cantons²⁶. Rien n'empêche un juge d'avoir comme gouverne personnelle de protéger les personnes davantage vulnérables, tel un enfant, un consommateur, une victime d'un acte criminel ou un présumé auteur d'un acte criminel, mais encore faut-il que les fondements du système judiciaire, telles l'impartialité et l'intégrité, n'en soient pas affectés ni en apparence ni effectivement et qu'ils puissent sauvegarder le droit à ce que justice soit rendue de façon juste et équitable. Rien n'empêche un juge de suggérer l'intervention législative pour mettre un terme à des débats doctrinaux ou à des controverses jurisprudentielles sur des questions de droit ou même de relever le danger de confier à des organismes administratifs certaines responsabilités qui relèvent des tribunaux²⁷. Rien n'empêche un juge de suggérer l'intervention législative pour remédier à certaines lacunes dans les régimes de

Québec c. Bellavance, Gobeil et Marquis, [1981] R.D.F.Q. 123 (C.S.) à la p. 124.

²⁵ *Coalition des citoyens et citoyennes du val St-François c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 511 (C.S.), [1999] J.Q. no 398 (au par. 249).

²⁶ *Val-St-François (Coalition des citoyens et citoyennes du) c. Québec (Procureure générale)*, [2001] R.J.Q. 2281 (C.S.), [2001] J.Q. no 3809.

²⁷ *Ruffo (Re) c. Ministre de la justice*, [2005] QCCA 1197, au par. 288, citant le juge Lebel dans *R. c. Morrison*, [1997] A.Q. no 3543 (C.A.) au par. 17.

protections prévus au *Code civil du Québec*, comme celui du mandat en cas d'inaptitude²⁸.

Rien n'empêche un juge de participer lors d'événements scientifiques, sous l'égide d'associations professionnelles ou universitaires, à la discussion ou à l'échange sur des tendances législatives ou jurisprudentielles. Le juge peut agir avec grande latitude dans l'exécution de ses fonctions; il a cependant deux balises majeures : la confiance du public et l'intégrité du système judiciaire.

10. Force de la perception négative – On est à même de le constater : le silence à un questionnaire de qualification, les gestes posés pendant le mandat comme juge, les propos et l'attitude lors d'un procès, autant d'incidents qui ont pu mener à la recommandation de destitution de juges nommés durant bonne conduite. Leur conduite, et non pas leur compétence car leur compétence faisait l'unanimité, ne satisfaisait pas aux exigences de l'impartialité et de la confiance que la société doit avoir dans le système juridique. Leur conduite était motif de suspicion. L'on voit dans un tel cas la force de la perception négative, de la méfiance, de la suspicion légitime. Dans un procès, la suspicion légitime peut être un motif de récusation. Le législateur a même recensé diverses situations qui peuvent engendrer un soupçon réel de partialité et qui couvrent la parenté, l'alliance ou l'inimitié, l'intérêt personnel ou comme membre d'une association professionnelle ou sociale ou comme administrateur de biens, la relation antérieure comme conseil²⁹. Pendant l'exercice de sa fonction, l'atteinte à l'impartialité, réelle ou apparente, devient motif de destitution ou raison de

²⁸ *Québec (Curateur public) c. D.S.*, [2006] R.J.Q. 466 (C.A.). (Voir les propos de Mme la juge M.-F Bich).

²⁹ Art. 234 C.p.c.

démission. La suspicion éprouve en ce contexte à la fois les libertés fondamentales et l'intégrité du système judiciaire. Et la confiance du justiciable dans le système judiciaire l'emporte en ces circonstances³⁰. Nous pourrions à cet égard reprendre les propos de M^e Hébert sur les devoirs déontologiques du juge :

« L'acte de justice s'arrime à la primauté du droit. Le système judiciaire fonctionne mieux et ses décisions inspirent confiance lorsque tous ses acteurs ou intervenants respectent la règle de droit. Voilà pourquoi la population requiert d'un juge qu'il ait une conduite quasi irréprochable. À tout le moins exigera-t-on qu'il paraisse avoir un tel comportement. En tout temps, il doit projeter une image exemplaire

³⁰ En effet, dans *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3; [2001] A.C.S. n° 36 (aux par. 150-151), le juge Gonthier a affirmé ce qui suit :

La conduite de l'appelant a suffisamment ébranlé la confiance de la population pour le rendre incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge. Ainsi, la recommandation de révocation de la commission de l'appelant est la conclusion qui s'impose.

En terminant, je dirai que je n'arrive pas à cette conclusion sans avoir pris conscience du fait que cette affaire représentait, en quelque sorte, une invitation pour la société à se dépasser. La réhabilitation accordée à l'appelant constitue un geste de générosité, de fraternité, mais aussi de justice posé par la société. Il est certes souhaitable que de tels gestes soient valorisés et encouragés. Par ailleurs, on ne saurait ignorer le rôle unique incarné par le juge dans cette même société, ainsi que l'extraordinaire vulnérabilité du justiciable qui se présente devant lui, alors qu'il cherche à faire déterminer ses droits ou encore, alors que sa vie ou sa liberté est en jeu. Ce justiciable a, avant toute chose, le droit à ce que justice soit rendue à son égard et que se dégage une perception à cet effet dans la population en général, de telle sorte que l'on ne saurait lui imposer un tel acte de générosité. Dans les circonstances particulières de cette affaire, les valeurs de pardon et de dépassement de soi doivent donc céder le pas à celles de la justice et de son importante intégrité.

d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité. Occupant, selon la Cour suprême (affaire Therrien), une « place à part » dans notre société, le magistrat doit se plier aux exigences liées à ce statut exceptionnel. »³¹

Voilà pour l'essentiel la question analysée lors des manquements d'un juge à ses obligations déontologiques.

B. Déontologie notariale

11. Déontologie notariale – L'attitude des professionnels peut aussi donner ouverture à suspicion. Suspicion parfois fondée, suspicion qui tient parfois de l'imaginaire. La déontologie professionnelle est destinée à encadrer le comportement des professionnels. Le Code de déontologie notariale va bien au-delà de la courtoisie envers les confrères et du « standing social » du professionnel du droit. L'impartialité, un devoir déontologique du notaire, est encore un trait distinctif de la profession notariale. Ce devoir demande au notaire (1) de consigner dans un acte authentique la volonté fidèle des parties (2) de bien transposer ces volontés dans le respect des droits et des obligations des parties et (3) de rédiger la convention de manière équilibrée.

12. L'impartialité, devoir déontologique – L'impartialité, fondement du notariat de type latin, est généralement circonscrite au devoir de conseil. Le professeur Alain Roy a vivement déploré cette conception étroite : « [L]e notaire est impartial, observe-t-on, lorsqu'il explique à chacune des parties comparaissant devant lui la portée des droits et obligations pouvant découler de l'acte notarié »³². C'est une impartialité

³¹ Jean-C. HÉBERT, « Justice et société, La police des juges », *Le Journal*, Barreau du Québec, mai 2006, p. 11.

³² Alain ROY, « Notariat et multidisciplinarité : reflet d'une crise d'identité professionnelle? », (2004) 106 *R. du N.* 1, 13.

plutôt passive, neutre, distante mais ne devrait-elle pas se transformer et devenir active et engagée³³. Son impartialité ne peut être celle du juge mais justement l'impartialité du notaire ne devrait-elle pas s'inspirer de celle du juge et l'analogie entre le notaire et le juge n'est pas nouvelle sur ce point. La question relative au manquement déontologique ne devrait-elle pas être justement analogue à celle posée relativement au magistrat? Le notaire a-t-il une conduite qui lui « mérite le respect du public [et entretient-il] une image d'intégrité, d'impartialité et de bon jugement [?] »³⁴. La conduite du notaire comporte-t-elle un manquement à l'intégrité et à l'impartialité professionnelles mais a-t-elle aussi ébranlé la confiance du justiciable dans l'essence même du notariat? Cette question est plus d'actualité que jamais étant donné la diversité des fonctions dévolues au notaire québécois : les plus traditionnelles étant liées à l'authenticité de l'acte notarié mais les plus nouvelles étant d'un spectre élargi sans attache nécessaire à l'impartialité telles la célébration du mariage ou la planification financière.

L'impartialité se réduit pour certains praticiens à une neutralité que peut refléter une convention inspirée par l'expérience et proposée par les pairs. Le praticien n'est-il pas, dans l'appréciation de sa responsabilité professionnelle, comparé au « notaire avisé, de compétence ordinaire, raisonnablement prudent et diligent »³⁵? Le praticien n'est-il pas invité à suivre la

³³ Alain ROY, « Notariat et multidisciplinarité : reflet d'une crise d'identité professionnelle? », (2004) 106 *R. du N.* 1, 13-14. Ces termes sont puisés à même l'extrait d'Éric Deckers cité par le professeur Roy.

³⁴ Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire*, version disponible au <www.cjc-ccm.gc.ca>, décembre 2005, p. 20. Les termes en italique sont empruntés à ce document.

³⁵ *Gestion Mécatriel c. Lopez*, REJB 2002-33238 (C.S.) par. 42; [2002] J.Q. no 3543 (C.S.). Ce critère est emprunté par le tribunal aux propos de M^e Marquis. Voir Paul-Yvan MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire*, Montréal, Centre de recherche en

pratique courante ou même les directives en provenance de la Chambre des notaires et n'entretient-il pas le mythe d'être ainsi protégé contre toute poursuite en responsabilité professionnelle? S'il est vrai que la jurisprudence ne dispense pas de responsabilité le notaire qui suit la pratique courante³⁶, elle n'agit pas autrement pour celui qui s'éloigne aussi de la pratique courante³⁷. Le spectre de la responsabilité notariale est donc fort étendu et la responsabilité n'est pas accrue ou atténuée du simple fait de s'éloigner de la pratique courante ou de s'en tenir à cette pratique³⁸. Voilà vraiment le dilemme du notaire qui souhaite favoriser une pratique notariale innovatrice et diversifiée ou qui souhaite adopter une attitude plus critique, plus active, moins passéiste. Il n'en demeure pas moins que le fait de suivre la pratique courante constitue un moyen de défense privilégié.

13. Norme d'appréciation de la responsabilité professionnelle – La norme de référence au praticien de compétence ordinaire et raisonnablement prudent nous inspire suspicion. La norme jurisprudentielle de l'appréciation de la responsabilité professionnelle est un frein à la pratique innovatrice du droit : elle incite à la rédaction de contrats standardisés. Où est donc le contrat qui répond aux besoins plus spécifiques du justiciable? La société n'est-elle plus monolithique mais davantage diversifiée culturellement et économiquement? Le recours au

droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 38.

³⁶ *Dorion c. Roberge*, [1991] 1 R.C.S. 374; [1991] A.C.S. no 15, voir juge L'Heureux-Dubé, par. 176.

³⁷ *Sasseville c. Bonneville (C.A.Q.)*, [1991] A.Q. n° 708, (C.A.) jj McCarthy, LeBel, Baudouin.

³⁸ P. DESLAURIERS, « La responsabilité des notaires », dans Collection de droit 2005-2006, École du Barreau du Québec, vol. 4, *Responsabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 105.

formulaire, comme modèle intangible de la conduite du praticien, est largement répandu pour ne pas dire généralisé³⁹. Les exemples abondent malheureusement. Les déclarations de copropriété, empruntées en majeure partie au formulaire notarial, ne répondent pas nécessairement aux besoins des diverses copropriétés divisées. Les actes de vente reproduisent les clauses suggérées au formulaire sans discernement sur l'importance d'en exclure certaines selon des situations spécifiques. L'utilisation de la fiducie comme mode de protection du patrimoine peut à certains égards détourner la fiducie comme institution au profit d'une exclusion de responsabilité qui peut être défavorable aux créanciers. Elle n'incite pas au comportement responsable d'un justiciable face à ses diverses obligations personnelles et sociales : elle détourne même la fiducie de ses objectifs initialement recherchés. Le mandat en cas d'incapacité démontre toujours son importance mais les clauses de consentement aux soins de santé suivies dans la pratique nous semblent fort limitées et même inadaptées aux circonstances qui se présentent de plus en plus lors d'urgences médicales. Les directives fort générales prévues pour les soins de santé en cas d'incapacité, dans les procurations notariées, peuvent ne pas satisfaire aux situations médicales de plus en plus complexes qui peuvent survenir. Les stipulations prévues dans les procurations notariées nous paraissent d'une grande timidité, pour ne pas dire, simplicité face aux dilemmes auxquels peut être confrontée la famille du mandant. La pratique des directives anticipées en ces circonstances est davantage nuancée chez nos voisins américains et dépasse la simple

³⁹ Le notaire a rédigé une donation et prévoit comme considération l'amitié du donateur envers le donataire. Le donateur a, semble-t-il, fait la donation par amitié mais aussi pour les services rendus pendant près de 20 ans. La question surgit lors d'une demande en nullité de la donation : pourquoi ne pas avoir précisé également pour les services rendus. Le notaire répond candidement : « c'est parce que c'est comme ça dans le formulaire. » *Gravel c. Bissonnette*, J.E. 2004-2207 (C.Q.).

consigne du seul refus de l'acharnement thérapeutique et de la possibilité des médicaments qui peuvent soulager la douleur. Rappelons qu'une pratique trop uniformisée peut mener à considérer certaines clauses comme étant de style ou même le contrat comme étant d'adhésion. Rappelons-nous également qu'une pratique trop uniformisée peut faciliter l'intervention du législateur pour modifier la règle de droit et rendre sans effet clauses ou contrats répandus. Certains nous opposeront que la pratique généralisée peut faciliter l'intervention législative pour reconnaître l'efficacité de certaines stipulations mais il n'en est pas toujours ainsi. Le législateur pourrait intervenir, comme il l'a fait à l'égard des conventions matrimoniales des années cinquante et soixante, qui sont devenues presque sans effet, lors de l'adoption du patrimoine familial comme un effet impératif du mariage. Le choix du régime matrimonial subsiste toujours mais la pertinence des autres stipulations a fortement été remise en question. La méfiance et la suspicion peuvent naître d'une pratique trop uniformisée et mal adaptée à l'évolution de la société comme l'a reflété le débat sur l'instauration du patrimoine familial. Les contrats de mariage, d'une similitude décourageante⁴⁰, justifiaient pour les uns l'intervention législative et l'adoption du patrimoine familial et pourtant la pratique judiciaire dans le contentieux familial n'était pas sans reproches⁴¹.

⁴⁰ Heureusement, il n'en est pas toujours ainsi. Certaines stipulations nous démontrent un souci de tenir compte des besoins spécifiques du couple. Voir *P.(R.) c. T.(H.)*, EYB 2005-94562 (C.A.).

⁴¹ Les critiques auraient pu aussi analyser la pratique qui avait cours dans le contentieux familial. Les tribunaux ne procédaient pas à la liquidation du régime matrimonial en conformité des règles qui prévalaient au *Code civil du Bas-Canada* mais se contentaient d'une renonciation au partage des acquêts sous réserve d'attribuer à l'épouse la résidence familiale. De même, la prestation compensatoire était interprétée de façon très restrictive et refusée à l'épouse qui était demeurée au foyer.

14. *Circonstances suspectes* – Certes, il nous est possible de nous interroger sur l’attitude des notaires appelés à intervenir dans au moins trois circonstances des plus délicates, soit la préparation d’un testament pour une personne âgée, la rédaction d’une déclaration de copropriété pour un promoteur immobilier et la vente d’un immeuble, en construction ou en rénovation, susceptible d’être grevé d’hypothèques légales. Ces circonstances peuvent engendrer des soupçons ou des suspicions dans le sens de notre conférence.

15. *Testaments des personnes âgées* – Les tribunaux sont de plus en plus appelés à se prononcer sur la validité de testaments rédigés par des personnes âgées. Nous ne sous-estimons pas le travail délicat qu’accomplit le notaire en ces circonstances mais le contexte qui prévaut alors mérite une attention toute particulière. Les situations peuvent être variées. La personne âgée subit les contraintes de son entourage et sa vulnérabilité est exploitée par son entourage. Elle rédige son testament sous l’influence de ses propres sentiments immédiats de colère, de vengeance ou de haine. Elle peut aussi être ballottée au gré de son entourage à tester de diverses manières.

On peut croire que le testateur, vindicatif dans ses sentiments, veuille laisser sa fortune à un organisme de charité et ainsi déshériter ses enfants. La liberté de tester le soutient dans sa démarche mais le geste, si louable soit-il, dissimule une intention malveillante. Rappelons-nous que, dans l’affaire *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*⁴², le couple est en voyage à Québec et le mari revient seul à Montréal. Ce dernier à son retour à Montréal loge une plainte pour kidnapping de son épouse. Il n’en est rien : son épouse, qui souffre de la maladie d’Alzheimer, s’est égarée et est retrouvée confuse. Or, la famille

⁴² *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, [2004] R.J.Q. 1089 (C.A.) J.J. Mailhot, Brossard, Rayle.

entend procéder à l'homologation de mandat en cas d'incapacité de leur mère et leur fils est prévu comme mandataire. L'époux est vexé de cette situation et souhaite se venger en déshéritant ses proches parents. Il sollicite les services d'un notaire de sa connaissance et qui avait déjà instrumenté peu de temps auparavant à sa demande. Dans cette affaire, le notaire connaît le testateur et témoigne au soutien de la lucidité du testateur. Le testateur agit sous impulsion et colère : il désire se venger de ses enfants. Dans son imaginaire, il se réjouit de l'air déconfit des enfants qui apprennent qu'ils sont déshérités. Le témoignage du notaire est déterminant en première instance au soutien de la validité du testament. Il en va autrement en appel. Les circonstances qui mènent à la rédaction du testament soulèvent le doute sur la capacité de tester et le notaire aurait dû s'interroger sur le comportement à tout le moins étrange du testateur. Les héritiers éventuels désignés par le testateur ne soulèvent aucune inquiétude en première instance mais il en est autrement en appel. Si pour le juge de première instance, l'œuvre caritative désignée comme légataire lui paraît tout à fait acceptable, il en aurait été autrement s'il s'agissait d'une œuvre étrangère sans véritable intérêt manifeste pour le testateur. Si pour les juges siégeant en appel l'œuvre caritative désignée par le testateur est fort respectable, aucune circonstance ne justifie de déshériter la famille pour qu'en profite l'œuvre désignée. Le testateur, d'après la Cour d'appel, est un homme perturbé, agressif et exacerbé en raison de sa maladie vasculaire-cérébrale. Et le notaire devrait refuser de recevoir le testament si le testateur est *manifestement incapable*⁴³.

Le testateur peut aussi modifier son testament au gré de l'humeur de son entourage. Et l'affaire *Elliott*⁴⁴ le démontre

⁴³ *Bertrand c. Opération Enfant Soleil*, [2004] R.J.Q. 1089 (C.A.) J. Mailhot, par. 61.

⁴⁴ *Elliott c. Elliott*, J.E. 2001-1261 (C.S.)

bien. La testatrice signe trois testaments notariés devant des notaires différents dans un intervalle de douze mois alors qu'elle est nonagénaire et elle y avantage ses enfants de diverses manières. La famille conteste la validité des trois testaments sous prétexte d'une incapacité de tester. Les notaires, tous d'expérience, s'en remettent au tribunal pour l'appréciation de la preuve après avoir pris bien soin d'affirmer qu'en aucun cas ils n'auraient instrumenté s'ils avaient détecté la déficience intellectuelle de la testatrice. Et lors de la signature du dernier testament, la légataire éventuelle remet, de sa propre initiative, au notaire instrumentant un certificat médical attestant de la lucidité de la testatrice. Fait à noter, les experts appelés à témoigner sont divisés sur la capacité de la testatrice d'exprimer ses volontés ultimes. Le tribunal analyse les divers testaments et constate que le contenu des testaments est fonction de l'entourage et du lieu de résidence de la testatrice. Il s'interroge sur les motifs qui ont pu amener la testatrice à avantager tantôt un seul de ses cinq enfants, tantôt la plupart de ses enfants, tantôt un seul de ses cinq enfants et des enfants de ce dernier. À la lumière de ces faits, le tribunal soutient que la testatrice n'avait pas la lucidité nécessaire à la pleine compréhension du geste posé. Et les trois testaments ont été annulés.

Les changements inopportuns de légataires peuvent être parfois un indice de la vulnérabilité du testateur et contribuent à soulever la suspicion du tribunal; il devrait également en être ainsi chez le notaire appelé à instrumenter. Dans l'arrêt *Stoneham et Tewkesbury c. Ouellet*⁴⁵, le testateur était profondément attaché à sa terre boisée, conservée dans son état naturel. Il avait donc légué dans un premier temps à la municipalité sa terre boisée dans un testament notarié. Quelques jours plus tard, toujours très affaibli, le testateur a légué en un second temps la même terre boisée à un voisin, qui vaquait à ses

⁴⁵ *Stoneham et Tewkesbury c. Ouellet*, [1979] 2 R.C.S. 172.

menues affaires; il l'a fait sous pression et sous insistance du voisin. La Cour suprême du Canada s'arrête tout particulièrement à la conduite constante du testateur qui souhaitait conserver sa terre dans son état naturel et le second testament, même notarié, a été invalidé. Dans l'affaire *Raymond c. Succession Maurice Gagnon*⁴⁶, le testateur avait légué, par testament notarié accompli depuis quelque temps déjà, ses biens à des parents, petit-fils et neveux qui lui étaient demeurés sentimentalement attachés. La veille de son décès, le testateur est incité à signer un testament olographe après y avoir indiqué dans les espaces prévus le nom des légataires pour les divers biens concernés; il le fait à la demande d'une personne qui en prend soin depuis peu. Les circonstances encore dans cette affaire rendent le tribunal méfiant : les liens que le testateur entretenait avec sa famille ne justifiaient pas, non plus, que celle-ci soit déshéritée au profit d'un bon samaritain de dernière heure.

Le notaire n'est certes pas la personne la plus qualifiée pour évaluer la capacité de tester du testateur. Dans l'affaire *Elliott*, les notaires se sont simplement informés de l'état du testateur et le tribunal affirme ce qui suit : « [L]e notaire n'a pas l'obligation de pousser plus loin son examen mais la valeur probante de ses conclusions ne va pas plus loin non plus ». Dans l'affaire *Bertrand*, la Cour d'appel soutient que le notaire ne doit pas instrumenter s'il constate que le testateur est manifestement incapable. Quant à son témoignage lors d'une instance en nullité de testament pour défaut de capacité du testateur, il est utile mais encore faut-il que la connaissance qu'il a du testateur ne se limite pas à la seule et unique rencontre lors de la signature du testament ou encore faut-il qu'il n'instrumente pas à la seule demande des légataires éventuels du testament. Ces faits en eux-mêmes n'ont pas de signification particulière mais ils peuvent

⁴⁶ *Raymond c. Succession Maurice Gagnon*, B.E. 2005BE-855 (C.S.).

susciter soupçons et interrogations et contribuer, dans le contexte de la preuve présentée au tribunal, à atténuer la crédibilité du notaire comme témoin privilégié ou même à en écarter complètement le témoignage.

16. Déclaration de copropriété immobilière divise – Quant au domaine de la copropriété immobilière en pleine expansion, le notaire est appelé à préparer et à recevoir en forme notariée portant minute la déclaration de copropriété. Or, la déclaration comporte trois divisions fondamentales, la première établissant la copropriété divise et présentant la destination de l'immeuble, ses parties communes et privatives, la seconde présentant le règlement de l'immeuble pertinent à la jouissance des diverses parties, communes et privatives et la troisième décrivant la désignation cadastrale des diverses parties, communes et privatives⁴⁷. Nous nous interrogeons sur deux circonstances : (1) le notaire, appelé à rédiger la convention, est désigné évidemment par le promoteur puis imposé aux éventuels acquéreurs d'unités dans l'immeuble en construction et (2) la déclaration de copropriété est calquée sur la formule proposée au formulaire notarial sans analyser les véritables besoins des éventuels acquéreurs.

Où est la suspicion? Le notaire a-t-il commis quelque manquement déontologique? Dans le contexte actuel de la déontologie notariale favorable à une impartialité passive, la réponse est sans doute négative. Dans un contexte contemporain d'une éthique davantage exigeante pour les professionnels en général et non pas nécessairement pour les notaires, cette situation serait vraiment critiquée. Convenons qu'il n'y a pas de gestes frauduleux ni répréhensibles en soi, mais le contexte lui-même soulève soupçons et suspicion. Ce contexte de vouloir centrer chez un notaire, plus près du promoteur que de

⁴⁷ C.c.Q., art. 1052 et suiv., 1059.

l'éventuel copropriétaire, l'ensemble des transactions immobilières liées à la réalisation d'un projet de copropriété ne laisse-t-il pas croire au comportement du professionnel du droit qui semble ou paraît au service d'une seule des parties, le promoteur. Nous pouvons reprendre ce que le notaire Alain Roy écrit à propos du notaire attitré de l'une des parties au contrat, tel un constructeur ou promoteur immobilier :

« Le notaire attitré du constructeur, dont l'unique tâche consiste à recevoir, à titre d'officier public, l'ensemble des actes de vente des maisons nouvellement construites n'a pas qu'un lien d'affaires avec son client, il en dépend économiquement. Il en est de même du notaire qui accepte de recevoir l'acte dans lequel comparait l'entreprise qui lui verse, en sa qualité de conseiller juridique, la quasi-totalité de son chiffre d'affaires annuel. L'intensité problématique peut également résulter d'une relation professionnelle "osmotique" avec l'une des parties. Tel est le cas du notaire qui, après avoir activement conseillé un client dans un contexte déjà conflictuel, se voit "totalement et unilatéralement identifié à son point de vue". Comment l'officier public pourra-t-il, dans ces circonstances, préserver l'apparence d'impartialité nécessaire à l'exercice de son ministère? »⁴⁸

Ne faut-il pas s'interroger sur la déclaration de copropriété rédigée en ces circonstances? Ne sous-estimons pas l'importance de la forme notariée pour la déclaration de copropriété; autrement, les administrateurs des immeubles détenus en copropriété, souvent inexpérimentés et parfois roitelets désagréables, n'hésiteraient pas à tronquer des éléments

⁴⁸ Alain ROY, « Notariat et multidisciplinarité : reflet d'une crise d'identité professionnelle? », (2004) 106 *R. du N.* 1, 21, 22.

significatifs de la déclaration, alors qu'ils gèrent les immeubles sans en respecter la teneur. La déclaration de copropriété est-elle rédigée à l'aveugle sans être véritablement adaptée à l'immeuble visé et à ses copropriétaires éventuels? Pourquoi se lancer dans des actes complexes de copropriété entrecroisée, horizontale et verticale, lorsqu'à vraiment dire, les circonstances ne l'exigent pas? Le législateur ne devrait-il pas conférer à l'éventuel copropriétaire d'une unité, alors que l'immeuble n'est pas encore construit ou est en voie de construction, le choix du notaire instrumentant ou même la possibilité d'être consulté? Et nous ne pouvons nous empêcher d'établir un parallèle avec un autre acte, également soumis à la forme notariée et également considéré comme contrat d'adhésion: la convention de l'hypothèque immobilière. Le notaire devrait s'interroger sur son devoir d'impartialité face aux déclarations de copropriété imposées aux éventuels copropriétaires comme il devrait le faire à l'égard de la convention de prêt hypothécaire, également un contrat d'adhésion, imposée à l'emprunteur. Voilà deux conventions majeures, soumises à la forme notariée pour une meilleure protection des parties au contrat et pourtant véritables contrats d'adhésion. Le notaire devrait en ces domaines agir avec plus de fermeté comme professionnel du droit et cesser d'être un juriste au service des promoteurs immobiliers ou des institutions financières. Et l'éventuel copropriétaire d'une unité, alors que l'immeuble n'est pas encore construit ou est en voie de construction, devrait, par disposition législative à cet effet, pouvoir choisir son notaire.

17. Immeubles en construction – Quant aux immeubles en construction ou en rénovation, le danger de l'inscription d'une hypothèque légale invite à la prudence. Encore là, le notaire fera-t-il les retenues de sommes d'argent pour protéger l'acheteur contre une éventuelle faillite du promoteur? Procédera-t-il à cette retenue de fonds pour protéger l'acheteur contre l'inscription plausible des diverses hypothèques légales, notamment de la construction? Suggèrera-t-il la retenue de fonds

ou incitera-t-il l'éventuel acquéreur à se satisfaire d'un plan d'assurance-garantie en ce qui a trait à la qualité de la construction ou d'un plan d'assurance-titre en ce qui concerne la validité du titre de propriété?

18. Attitude davantage critique – Le contexte de suspicion doit inciter le notaire à devenir plus critique dans son comportement d'officier public et de juriste et aller au-delà d'un devoir de conseil de premier niveau⁴⁹.

II. SUSPICION ET DÉNONCIATION (*WHISTLEBLOWING*)

19. Suspicion et activités répréhensibles – La suspicion est présente sous bien des facettes dans la société. Elle peut se manifester de diverses manières, autant dans les propos que peuvent tenir des justiciables à l'égard d'individus ou de groupes variés que de gestes répréhensibles sur le plan économique. C'est surtout la suspicion à l'égard d'activités répréhensibles telles le blanchiment d'argent et la fraude économique qui retiendra notre attention. Le législateur tend à assurer l'indépendance et l'impartialité de certains intervenants et à ainsi soutenir la dénonciation d'actes qui ne rejoignent pas l'intérêt public⁵⁰.

⁴⁹ Alain ROY, « Notariat et multidisciplinarité : reflet d'une crise d'identité professionnelle? », (2004) 106 *R. du N.* 1, 32.

⁵⁰ Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U. of T.L.J.* 1, 32. « Whistle-blowing protections emerge from a deceptively simple idea: civil servants or employees who speak out in the public interest should be protected from retribution or negative repercussions for doing so ».

A. Activités répréhensibles : blanchiment d'argent et fraude économique

20. *Suspicion et blanchiment d'argent* – La lutte au blanchiment d'argent témoigne d'une volonté de la société de freiner la criminalité sous ses formes diverses et d'enrayer l'utilisation des fruits de la criminalité dans la poursuite d'activités licites. Ces objectifs sont définis à l'article 3 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*. Ces objectifs veulent (1) « mettre en œuvre des mesures visant à détecter et décourager le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes et à faciliter les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions de recyclage des produits de la criminalité et aux infractions de financement des activités terroristes », (2) « combattre le crime organisé en fournissant aux responsables de l'application de la loi les renseignements leur permettant de priver les criminels du produit de leurs activités illicites, tout en assurant la mise en place des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes à l'égard des renseignements personnels les concernant » et (3) « aider le Canada à remplir ses engagements internationaux dans la lutte contre le crime transnational, particulièrement le recyclage des produits de la criminalité et la lutte contre les activités terroristes »⁵¹. Aux termes de l'article 7 de la même loi, la déclaration vise certaines opérations financières pour lesquelles « il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles sont liées à la perpétration d'une infraction de recyclage des produits de la criminalité ou d'une infraction de financement des activités terroristes ». Cette loi emploie le terme « soupçon » systématiquement et fait appel aux « soupçons de recyclage des produits de la criminalité ou de

⁵¹ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C., 2000, ch. 17, art. 3 a), b), c) tel que modifié par *Loi antiterroriste*, L.C., 2001, c. 41, art. 50.

financement des activités terroristes »⁵². Elle impose cette obligation de déclaration ou même de dénonciation de diverses opérations financières douteuses à certaines catégories de personnes, morales ou physiques. Elle exempte de responsabilité toute personne qui a fourni des renseignements fondés sur des soupçons de recyclage des produits de la criminalité ou de financement d'activités terroristes⁵³. Cette législation fait donc appel aux soupçons, à la dénonciation et même à l'exclusion de responsabilité pour toute personne qui dénonce de bonne foi une activité qui serait suspecte sans toutefois l'être vraiment. Cette lutte au recyclage des produits de la criminalité a un impact significatif sur les contrats en droit privé. En effet, le recyclage des produits de la criminalité est une activité illicite et tout contrat qui peut contribuer à un tel recyclage a tout au moins une considération illégale et est donc frappé d'une nullité absolue. L'hypothèque ne peut être utilisée comme moyen de recyclage. L'obligation garantie dans le domaine hypothécaire ne doit pas viser la poursuite d'activités criminelles ni le blanchiment d'argent. Aussi, on ne peut affecter valablement un bien acquis à même des activités criminelles ou répréhensibles ou utilisés dans le blanchiment d'argent. Les biens qui proviennent de ces activités criminelles peuvent être confisqués et le créancier hypothécaire s'expose à la perte de ses garanties s'il est de connivence avec l'emprunteur⁵⁴.

⁵² *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C., 2000, ch. 17, art. 10.

⁵³ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C., 2000, ch. 17, art. 10.

⁵⁴ *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 462.4; *Caisse populaire de Sorel c. Leblanc*, J.E. 95-2259 (C.Q.); *Villeneuve c. La Reine*, J.E. 96-674 (C.Q.).

La fraude économique, également une situation répréhensible et malsaine pour l'intégrité économique, ne peut être acceptée; diverses mesures sont adoptées pour la contrer, notamment la dénonciation et la délation ou encore la protection de l'indépendance et de l'impartialité de certains intervenants, comme les comptables ou les avocats.

La récente débâcle de plusieurs grandes sociétés américaines, entraînée par des manipulations comptables au sein de ces entreprises, a donné lieu à une série d'initiatives législatives aux États-Unis, puis au Canada, initiatives destinées à rétablir la confiance des investisseurs dans le marché boursier. Les investisseurs peuvent bénéficier de mesures destinées à dénoncer les irrégularités que contient l'information financière mise à leur disposition.

21. Suspicion et scandales financiers – Les scandales financiers des dernières années ont démontré les vicissitudes inhérentes à la vérification comptable. Des cabinets de comptables parmi les plus reconnus ont fait preuve de négligence ou de complaisance dans la vérification des bilans financiers des entreprises inscrites à la bourse; ils ont passé sous silence les diverses manœuvres destinées à enjoliver les rapports financiers de grandes sociétés tels la création de sociétés *ad hoc*, le report de l'inscription de dépenses à des exercices futurs et l'enregistrement de revenus fictifs⁵⁵. La gamme variée des services rendus par les sociétés de comptables ne se limitait pas aux activités usuelles de comptabilité mais s'étendait à la vérification et à la certification. Certains auteurs ont rappelé les dangers de ces interventions à multiples facettes. « Or, en raison de la nature des services offerts et de l'importance croissante des revenus provenant de

⁵⁵ Raymonde CRÊTE, Jean BÉDARD et Stéphane ROUSSEAU, « Les vérificateurs et la fiabilité de l'information financière : les messages de l'environnement institutionnel et juridique », (2004) 45 *C. de D.* 219-294, p. 222.

ces “services parallèles”, plusieurs craignent que ce cumul de services n’ait pour effet de placer les vérificateurs dans une forme de dépendance qui les rend plus vulnérables aux pressions de leurs clients et porte atteinte ultimement à la qualité de la vérification. »⁵⁶ Certaines des nouvelles règles adoptées par les autorités des marchés financiers ont pour but d’améliorer l’indépendance, l’objectivité et l’intégrité des vérificateurs, qui se doivent de refléter dans leurs rapports l’exacte santé financière des entreprises. Au Canada, ces mesures incluent l’intégration de normes d’indépendance explicites aux codes de déontologie des ordres provinciaux de comptables agréés, sous l’impulsion de l’Institut canadien des comptables agréés (ICCA)⁵⁷; la création du Conseil canadien sur la reddition de comptes, un organisme ayant le pouvoir de formuler des règles en matière d’indépendance et de contrôle de la qualité pour les cabinets de vérification et d’effectuer une inspection professionnelle des vérificateurs de sociétés cotées⁵⁸, ainsi que de nouveaux mécanismes assurant l’indépendance et le contrôle du travail des vérificateurs, sur le plan de la gouvernance interne des sociétés⁵⁹. À cet égard, certains administrateurs qualifiés

⁵⁶ Raymonde CRÊTE, Jean BÉDARD et Stéphane ROUSSEAU, « Les vérificateurs et la fiabilité de l’information financière : les messages de l’environnement institutionnel et juridique », (2004) 45 *C. de D.* 219-294, p. 224.

⁵⁷ Raymonde CRÊTE, Jean BÉDARD et Stéphane ROUSSEAU, « Les vérificateurs et la fiabilité de l’information financière : les messages de l’environnement institutionnel et juridique », (2004) 45 *C. de D.* 219-294, p. 225.

⁵⁸ Raymonde CRÊTE, Jean BÉDARD et Stéphane ROUSSEAU, « Les vérificateurs et la fiabilité de l’information financière : les messages de l’environnement institutionnel et juridique », (2004) 45 *C. de D.* 219-294, p. 225.

⁵⁹ Raymonde CRÊTE, Jean BÉDARD et Stéphane ROUSSEAU, « Les vérificateurs et la fiabilité de l’information financière : les messages de

siégeront désormais au sein d'un *comité de vérification* agissant comme intermédiaire entre la direction de l'entreprise et le vérificateur externe; ce comité de vérification sera également responsable d'établir des procédures de protection interne des employés qui, témoins de procédures comptables ou administratives discutables, voudraient les dénoncer auprès du conseil d'administration en toute confidentialité⁶⁰.

22. *Suspicion et profession juridique* – La profession juridique n'a pas échappé aux initiatives réglementaires destinées à prévenir de nouveaux Enron. Aux États-Unis, la *Loi Sarbanes-Oxley* de 2002 a permis à la Commission des valeurs mobilières d'imposer des règles de déontologie aux avocats représentant les sociétés cotées en bourse. Les avocats sont tenus de divulguer toute infraction significative aux lois sur les valeurs mobilières de leur client aux autorités responsables de l'entreprise. Ils peuvent, en certaines circonstances, dévoiler des informations confidentielles obtenues dans le cadre de leur mandat à la Commission sans obtenir au préalable le consentement de leur cliente. Il est même plausible pour l'avocat de cesser de représenter son client et d'aviser la Commission de ce retrait (*noisy withdrawal*)⁶¹.

l'environnement institutionnel et juridique », (2004) 45 *C. de D.* 219-294, 225.

⁶⁰ Voir Sukanya PILLAY, « Forcing Canada's Hand? The Effect of the Sarbanes-Oxley Act on Canadian Corporate Governance Reform », (2004) 30 *Man. L.J.* 285-314, p. 308-09.

⁶¹ Voir le site de la *Securities Exchange Commission*, le document *Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys*, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : <http://www.sec.gov/rules/final/33-8185.htm> [date de consultation : 25 avril 2006]. Pour une discussion soulevant ces nouvelles exigences par rapport au secret professionnel, voir le mémoire de l'Association du Barreau canadien adressé à la *Securities Exchange Commission*, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : <http://www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/02-51-fr.pdf> [date de consultation : 25 avril 2006]. Les règles qui y sont

Dans la foulée des mesures américaines, de nouvelles obligations déontologiques ont aussi été imposées aux avocats québécois. Le code de déontologie, modifié en 2004, édicte des règles d'indépendance en ce qui a trait à la participation de l'avocat aux missions de vérification financière des compagnies⁶². L'avocat a une obligation déontologique de dénoncer à son client « tout fait dont il a connaissance dans le cadre de sa prestation de services professionnels et qui, à son avis, peut constituer une violation d'une règle de droit par le client »⁶³. Si le client ne remédie pas à sa situation d'illégalité, l'avocat québécois doit, comme son vis-à-vis américain, dénoncer la situation d'illégalité aux autorités hiérarchiques de son client, en particulier lorsque celle-ci concerne « une règle de droit en matière de valeurs mobilières ou une règle de droit ayant pour objet la protection des détenteurs de valeurs mobilières »⁶⁴ ou « toute autre règle de droit, si elle susceptible d'entraîner des conséquences sérieuses pour son client »⁶⁵.

énoncées sont complexes et tout résumé peut se révéler incomplet et déficient.

⁶² Art. 3.05.19, *Code de déontologie des avocats*, L.R.Q., c. B-1, r. 1, disponible en ligne à partir du site du Barreau du Québec à l'adresse Internet suivante : <http://barreau.qc.ca/fr/barreau/mission.html> [date de consultation : 25 avril 2006].

⁶³ Art. 3.05.18, *Code de déontologie des avocats*, L.R.Q., c. B-1, r. 1. Une telle règle était déjà en vigueur à la *Law Society of Upper Canada* : voir Sukanya PILLAY, « Forcing Canada's Hand? The Effect of the Sarbanes-Oxley Act on Canadian Corporate Governance Reform » (2004) 30 *Man. L.J.* 285-314, p. 311-12. Divers aspects de cette question sont plus amplement analysés et discutés dans une étude de Claude-Armand SHEPPARD, « Professional Secrecy, terrorism and money laundering », (2002) *Meredith Lectures*, 49, 80 et suiv.

⁶⁴ Art. 3.05.18, *Code de déontologie des avocats*, L.R.Q., c. B-1, r.1.

⁶⁵ Art. 3.05.18, *Code de déontologie des avocats*, L.R.Q., c. B-1, r.1.

B. La dénonciation ou le *whistleblowing*

23. *Suspicion et programme des commandites* – En novembre 2003, le public canadien découvre, grâce au travail de la vérificatrice générale du Canada, qu'un « Programme de commandites et d'activités publicitaires » mis sur pied par le gouvernement fédéral a fait l'objet de malversations impliquant plusieurs membres influents du parti au pouvoir depuis dix ans⁶⁶. La commission d'enquête mandatée pour faire la lumière sur la gestion du programme et obliger ses responsables à en rendre compte révèle que les mécanismes de contrôle des décisions au sein de l'appareil exécutif sont déficients⁶⁷. On apprend par exemple que certains fonctionnaires témoins d'irrégularités dans l'opération du programme de commandites ont fait l'objet d'intimidation et même de renvoi pour s'être interposés dans la gestion du programme⁶⁸. On prend alors conscience de ce que la relation entre l'exécutif politique et la

⁶⁶ Bureau du vérificateur général du Canada, Rapport de la vérificatrice générale à la Chambre des Communes : Vérification à l'échelle gouvernementale des activités de commandite, de publicité et de recherche sur l'opinion publique (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada 2003), chapitre 3, § 3.1.

⁶⁷ Rapport du juge Gomery, disponible sur le site de la Commission d'enquête à l'adresse Internet suivante : http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/sponsorship-ef/06-03-06/www.gomery.ca/fr/phase1report/summary/french_es_full_v01.pdf, et http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/sponsorship-ef/06-03-06/www.gomery.ca/fr/phase2report/recommendations/fr_cispaa_recommandations_full.pdf, [date de consultation : 13 août 2006]. Voir en particulier les recommandations figurant à la Phase 2 du Rapport.

⁶⁸ Voir la partie du Rapport intitulé : *Qui est responsable? Rapport factuel*, p. 145, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/sponsorship-ef/06-03-06/www.gomery.ca/fr/phase1report/ffr/fre_ff_full_v01.pdf [date de consultation: 13 août 2006]

fonction publique est un domaine mal compris du droit⁶⁹. Le « scandale des commandites » révèle que l'imputabilité d'un gouvernement démocratique est plus complexe qu'il n'y paraît et que les responsabilités respectives des ministres et des fonctionnaires doivent être mieux définies pour éviter que ne s'installe la corruption.

La question de l'indépendance de la fonction publique peut être posée dans les termes suivants : si l'on distingue la *Couronne*, qui représente l'État dans sa continuité, du *gouvernement* dirigé par des représentants élus, dans quelle mesure et dans quelles circonstances le devoir de la fonction publique envers la Couronne – soit : préserver l'intérêt public – permet, ou même exige des fonctionnaires qu'ils refusent les instructions qu'ils reçoivent du gouvernement en place⁷⁰? Le degré d'indépendance dont doivent jouir les fonctionnaires dans un système démocratique varie en fonction du contexte de leur activité. On conçoit aisément, d'une part, que pour que le gouvernement soit efficace et serve l'intérêt public, fonctionnaires et politiciens élus doivent travailler conjointement aux fins de l'établissement et de l'administration des politiques publiques. Dans ces conditions, la ligne de démarcation entre l'exécutif politique et la bureaucratie est incertaine. Ce qu'on appelle globalement « l'exécutif » se caractérise alors par une étroite interdépendance entre ces deux sphères complémentaires du gouvernement. Toutefois, à d'autres moments, il est essentiel qu'une frontière étanche les sépare, par exemple pour préserver la discrétion du

⁶⁹ C'est le constat du Professeur Lorne SOSSIN, donnant lieu à son étude des fondements juridiques de l'indépendance de la fonction publique dans son article intitulé « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1.

⁷⁰ Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1, p. 3.

Procureur général en matière de justice criminelle⁷¹. Mais quels sont les critères qui permettent de trancher les situations floues? Quelles doctrines constitutionnelles empêchent un ministre de manipuler les membres de son ministère à sa guise? Quels mécanismes assurent non seulement que les fonctionnaires ne soient pas de simples pantins, mais qu'ils n'utilisent pas non plus leurs postes à des fins partisans⁷²?

Au Canada, il existe une convention constitutionnelle de neutralité de la fonction publique. En effet, la tradition démocratique canadienne reconnaît que « [l]a confiance du public dans la fonction publique exige sa neutralité politique et son impartialité dans la prestation de ses services, peu importe le parti politique au pouvoir. »⁷³ Cette neutralité signifie que « le fonctionnaire est tenu de faire preuve d'un certain degré de modération dans ses actions relatives aux critiques des politiques du gouvernement, de sorte que la fonction publique soit perçue comme impartiale et efficace dans l'accomplissement de ses fonctions »⁷⁴. Les membres de la fonction publique verront donc leurs prises de position politiques légitimement restreintes du fait même qu'ils servent

⁷¹ Ces exemples et les expressions citées sont tirés de l'article de Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1.

⁷² Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1 p. 3.

⁷³ *Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario c. Ontario (P.G.)*, [1987] 2 R.C.S. 2, par. 92; voir aussi Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1 p. 8.

⁷⁴ *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, par. 30 (p. 466), cité dans Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1 p. 12.

l'État. Par ailleurs, le fonctionnaire jouit également d'une *immunité conventionnelle* contre toute sanction s'il s'oppose à des politiques illégales ou qui mettent en danger la vie, la santé ou la sécurité des personnes⁷⁵. Cette protection accordée aux fonctionnaires dénonciateurs (*whistle blowers*) découle de leur devoir de neutralité : elle campe le devoir de loyauté des fonctionnaires envers l'intérêt public (envers la *Couronne*) comme étant supérieur à celui qu'ils ont envers le gouvernement au pouvoir⁷⁶.

24. *Suspicion et délation* – Le devoir de loyauté que les fonctionnaires, en vertu de la common law, ont envers le gouvernement élu est ainsi contrebalancé par une « défense de dénonciation »⁷⁷ autorisant la divulgation de méfaits « chaque fois qu'il en va de l'intérêt public »⁷⁸. L'origine de cette « *whistle blowing exception* » en common law remonte au milieu du XIX^e siècle⁷⁹. D'abord limitée à la divulgation d'actes criminels, elle a graduellement pris de l'expansion, culminant dans un prononcé de Lord Denning selon lequel les employés peuvent « divulguer n'importe quel méfait qu'il est dans l'intérêt

⁷⁵ *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 RCS 455, par. 41 (p.470).

⁷⁶ Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1 p. 13.

⁷⁷ *Haydon c. Canada*, [2001] 2 C.F. 82 (1^{re} instance), [2000] A.C.F. no. 1368, par. 83 (le juge Tremblay-Lamer), cité dans Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1, p. 26-27.

⁷⁸ *Haydon c. Canada*, [2001] 2 C.F. 82 (1^{re} instance), [2000] A.C.F. n° 1368, par. 83.

⁷⁹ Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1 p. 33 citant *Gartside c. Outram*, (1856), 26 L.J. Ch. 113.

public de faire connaître »⁸⁰. En common law canadienne, c'est l'État qui a le fardeau de prouver qu'une sanction prise à l'encontre d'un fonctionnaire est justifiée, c'est-à-dire que les dénonciations du fonctionnaire ne tombent pas parmi les exceptions d'intérêt public. Par contre, le dénonciateur doit être en mesure d'appuyer ses propos à l'aide de preuves crédibles. De plus, il doit avoir fait des tentatives raisonnables de résoudre ses préoccupations par les mécanismes internes du gouvernement avant de les porter sur la place publique⁸¹.

Suite à l'affaire des commandites, le Parlement fédéral a ajouté des mécanismes législatifs de dénonciation à ceux de la common law. La nouvelle *Loi prévoyant un mécanisme de divulgation des actes répréhensibles et de protection des divulgateurs dans le secteur public*⁸² vise à atteindre un juste équilibre entre le devoir de loyauté des fonctionnaires envers le gouvernement et leur liberté d'expression⁸³. Elle encadre la divulgation des actes répréhensibles par les fonctionnaires⁸⁴, les protège des

⁸⁰ Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1 p. 33 citant *Initial Services Ltd. c. Putterill*, [1968] 1 Q.B. 396 (C.A.), p. 398.

⁸¹ *Haydon c. Canada*, 2001 2 CF 82 (1^{re} instance), 2000 ACF n° 1368, par. 174 et 108-109, et Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », [2005] 55 *U.of T.L.J.* 1, p. 27.

⁸² *Loi prévoyant un mécanisme de divulgation des actes répréhensibles et de protection des divulgateurs dans le secteur public*, L.C. 2005, ch. 46 (Projet de loi C-11, Première session, trente huitième législature, 53-54 Elizabeth II, 2004-2005, sanctionné le 25 novembre 2005). Disponible sur le site du Parlement : <http://www.parl.gc.ca/PDF/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-11_4.PDF> [date de consultation : 23 avril 2006] [ci-après la *Loi protégeant les divulgateurs*].

⁸³ Voir le Préambule de la *Loi protégeant les divulgateurs*.

⁸⁴ Les actes répréhensibles sont définis à l'art. 8 de la *Loi protégeant les divulgateurs* comme étant la contravention aux lois pertinentes, l'usage abusif des fonds ou des biens publics, les cas graves de mauvaise gestion

représailles qu'on pourrait tenter d'exercer contre eux en rapport avec cette divulgation⁸⁵, et surtout, crée un office de *Commissaire à l'intégrité du secteur public* nommé par le gouverneur en conseil sur approbation du Sénat et de la Chambre des communes⁸⁶. Le commissaire à l'intégrité, qui occupe sa charge à titre inamovible pour un mandat de sept ans, reçoit les divulgations et conseille les divulgateurs en toute confidentialité⁸⁷, fait enquête sur les présumés actes répréhensibles⁸⁸, recommande des mesures correctives aux administrateurs concernés⁸⁹, et fait rapport directement au Parlement⁹⁰. Un aspect important de la nouvelle loi est que les

dans la fonction publique, le fait de causer, par action ou omission, un risque grave et précis pour la vie, la santé ou la sécurité humaines ou pour l'environnement (à l'exception du risque inhérent à l'exercice des attributions du fonctionnaire); la contravention grave du code de conduite et l'exercice de représailles contre un fonctionnaire; ou le fait de sciemment ordonner à une personne de commettre un acte répréhensible.

⁸⁵ Les représailles sont définies à l'art. 2 de la *Loi protégeant les divulgateurs* comme étant toute mesure disciplinaire prise contre un fonctionnaire parce qu'il a divulgué un acte répréhensible de bonne foi – notamment la rétrogradation, le congédiement, ou toute autre sanction portant atteinte à l'emploi ou aux conditions de travail du fonctionnaire, ou la menace d'une de ces mesures.

⁸⁶ Art. 39(1) de la *Loi protégeant les divulgateurs*.

⁸⁷ Art. 22 de la *Loi protégeant les divulgateurs*.

⁸⁸ Art. 22, 29 et 36 de la *Loi protégeant les divulgateurs*.

⁸⁹ Art. 22 de la *Loi protégeant les divulgateurs*.

⁹⁰ L'art. 38 de la *Loi protégeant les divulgateurs* prévoit que le commissaire doit faire rapport annuellement au Parlement, mais l'autorise également à soumettre en tout temps des rapports spéciaux au Parlement lorsque cela est requis par l'urgence de la situation. Le fait que le commissaire relève du Parlement et non du ministre désigné est l'un des amendements importants apportés au projet de loi C-11 par rapport à la version de première lecture ainsi que par rapport à son prédécesseur, le projet de loi C-25 (37^e législature, 3^e session), mort au feuillet lors de la dissolution

fonctionnaires peuvent s'adresser immédiatement au commissaire s'ils ne jugent pas approprié de recourir d'abord aux mécanismes internes de redressement des irrégularités au sein de leur ministère⁹¹.

L'un des premiers gestes posés par le gouvernement conservateur élu le 23 janvier 2006 a été le dépôt d'un projet de *Loi fédérale sur l'imputabilité* (par la suite renommée « *Loi fédérale sur la responsabilité* »), destiné notamment à renforcer la *Loi protégeant les divulgateurs*. Le projet de loi C-2 y ajouterait un « Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles » autorisé à ordonner des mesures de réparation en faveur des victimes de représailles de même que la prise de sanctions disciplinaires à l'encontre des personnes qui ont exercé les représailles⁹².

du Parlement le 23 mai 2004. Dans la version originale du projet de loi, le président de la Commission de la fonction publique (CFP) devait faire enquête sur les actes répréhensibles et il relevait directement du ministre responsable de l'Agence de gestion des ressources humaines de la fonction publique du Canada. Le Ministre devait déposer un rapport annuel au Parlement. Le président de la CFP n'aurait pu présenter de rapports directement au Parlement que sur les questions dont l'urgence aurait été telle qu'il aurait été contre indiqué d'en différer le compte rendu jusqu'au dépôt du rapport annuel.

⁹¹ Art. 13(1) de la *Loi protégeant les divulgateurs*.

⁹² Projet de loi C-2, *Loi prévoyant des règles sur les conflits d'intérêts et des restrictions en matière de financement électoral, ainsi que des mesures en matière de transparence administrative, de supervision et de responsabilisation*, 1^{ère} session, 39^e Parl. (3^e lecture le 21 juin 2006), disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : http://www.parl.gc.ca/PDF/39/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-2_3.PDF [date de consultation : 13 août 2006] (ci-après la « *Loi fédérale sur la responsabilité* »). Voir également le site Web du gouvernement fédéral entièrement consacré à l'élaboration de ce projet de loi, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : <http://www.faa-lfi.gc.ca/> [date de consultation: 13 août 2006].

Nous avons traité jusqu'à présent de la dénonciation d'actes répréhensibles ayant des impacts potentiels à grande échelle, soit sur l'ensemble des contribuables canadiens ou encore sur les intérêts d'innombrables investisseurs. À une tout autre échelle, des actes illégaux peuvent viser une personne en particulier à l'intérieur d'une organisation, portant ainsi atteinte à sa dignité ou à son intégrité physique ou psychologique. Ces conduites, définies comme du « harcèlement psychologique », ont récemment fait l'objet d'une interdiction explicite dans la *Loi sur les normes du travail*⁹³. La codification des droits, obligations et recours des travailleurs et des employeurs en vertu de cette loi ne fait que réitérer des normes déjà existantes à l'aide de dispositions du *Code civil du Québec* et de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Le but de les rappeler dans la *Loi sur les normes du travail* était surtout de « sensibiliser tant les employeurs que les salariés au harcèlement psychologique en milieu de travail et [de] permettre ainsi des actions en amont afin d'éviter une détérioration du milieu de travail pour le salarié »⁹⁴.

Il est reconnu depuis longtemps en droit québécois que le droit à la dignité, au respect et à l'intégrité de la personne inclut celui à des conditions de travail justes et suffisantes et à un milieu de travail sain. Le harcèlement psychologique est « une conduite vexatoire se manifestant soit par des comportements, des paroles, des actes ou des gestes répétés, qui sont hostiles ou non désirés, laquelle porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité

⁹³ Art. 81.18 à 81.20 et art. 123.6 à 123.16 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1. Ces dispositions sont en vigueur depuis le 1^{er} juin 2004.

⁹⁴ Voir la capsule « Interprétation », sous l'introduction et l'article 81.18 du chapitre sur le harcèlement psychologique de la *Loi sur les normes du travail*, disponible en ligne sur le site Web de la *Commission des normes du travail* à l'adresse Internet suivante <http://www.cnt.gouv.qc.ca/fr/site_hp/outils/lois/default.asp> [date de consultation : 13 août 2006].

psychologique ou physique du salarié et qui entraîne, pour celui-ci, un milieu de travail néfaste. »⁹⁵ Lorsqu'il est victime d'un tel comportement de la part de l'un de ses collègues de travail, l'employé doit dénoncer la situation à son employeur. Ce dernier, qui devait déjà « prendre les moyens raisonnables pour prévenir le harcèlement psychologique », a également une obligation de moyens pour le faire cesser, et ce aussitôt qu'il en a connaissance⁹⁶. Cette obligation inclut celle de mettre en place un mécanisme connu, efficace et adapté à la réalité de l'entreprise afin de permettre la divulgation des cas de harcèlement et une intervention rapide et objective⁹⁷.

En vertu de la *Loi sur les normes du travail*, la responsabilité pour le harcèlement échoit donc à l'employeur lui-même et non à l'auteur présumé du harcèlement psychologique. C'est l'employeur qui a la responsabilité de fournir à ses salariés des conditions de travail justes, raisonnables et de respecter leur santé, leur sécurité, leur dignité et leur intégrité psychologique et physique. Il est évidemment responsable du harcèlement qu'il commet lui-même, mais aussi de celui de ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions et, en général, il doit assurer dans son entreprise un climat et des conditions de travail convenables.

⁹⁵ Art. 81.18 de la *Loi sur les normes du travail*.

⁹⁶ Art. 81.19 de la *Loi sur les normes du travail*.

⁹⁷ Voir la capsule « Interprétation », sous l'art. 81.19 de la *Loi sur les normes du travail*, disponible en ligne sur le site Web de la Commission des normes du travail, à l'adresse Internet suivante : http://www.cnt.gouv.qc.ca/fr/site_hp/outils/lois/default.asp [date de consultation: 13 août 2006].

III. SUSPICION ET DROIT PRIVÉ

25. *Suspicion et droit privé* – La suspicion peut naître d'événements ou de circonstances qui concernent les contrats et les actes de la vie courante. La suspicion peut inciter le législateur à intervenir si le comportement suspect devient une quasi-norme contractuelle et remet en question la force juridique du contrat. Les pratiques qui ont cours dans le domaine de la consommation ont soulevé méfiance et suspicion chez les consommateurs et le législateur ne peut faire autrement que d'intervenir et de proposer des mesures de protection plus grandes tant lors de la formation du contrat que lors de son exécution. La suspicion est également inhérente à la possibilité de demander l'annulation d'actes et de contrats conclus antérieurement à l'établissement d'un régime de protection ou avant la survenance d'un événement majeur, tels la faillite, le décès, le divorce. Les périodes précédant l'ouverture d'un régime de protection ou la liquidation de biens lors de la faillite, du divorce ou d'un décès peuvent donner lieu à méfiance et à suspicion à l'égard de conventions et d'actes posés en certaines circonstances et sous certaines conditions par l'incapable, le failli, le divorcé et le *de cujus*.

A. Suspicion et protection du consommateur

26. *Suspicion et protection du consommateur* – Le monde de la consommation subit des transformations profondes. De nouveaux biens de consommation sont offerts au justiciable et les entreprises mettent au point des contrats similaires ou standardisés. Les techniques de vente, plus agressives, appuyées par une publicité alléchante, conditionnent le consommateur tant à l'achat-loisir qu'à l'achat-besoin. Les principes traditionnels axés sur l'égalité des contractants et sur la force du contrat équivalents à la loi des parties ont été sérieusement remis en question par les lois destinées à protéger le consommateur. Les

abus ont engendré la suspicion et le consommateur réclamait une protection plus adéquate. L'équité contractuelle que véhiculait bien inadéquatement l'égalité des contractants est mise en valeur par la reconnaissance de l'exploitation comme motif de nullité des contrats de consommation. La qualité du consentement du consommateur est remise en question, consentement que les principes usuels présument libre et éclairé, mais parfois impulsif et irréfléchi dans les contrats de consommation. Les recours usuels fondés sur la nullité des contrats n'assuraient pas au consommateur une protection instantanée et sont alors apparus les divers délais de réflexion ou *cooling-off periods* offrant au consommateur la possibilité de se dédire ou de résoudre unilatéralement le contrat dans un bref délai⁹⁸. Les conditions standardisées imposées unilatéralement et au seul bénéfice du commerçant ont été remises en question; elles ont fait place à des contrats standardisés imposés par le législateur et destinés à rendre illégales les conditions unilatérales et au seul avantage du commerçant et à prévoir des conditions plus équitables pour les parties au contrat. Ces mêmes contrats standardisés sont également axés sur la divulgation exacte d'informations auxquelles le consommateur n'avait pas toujours accès au moment du contrat. On est à même de le constater : la suspicion qu'ont pu engendrer les pratiques indésirables a été au nombre des facteurs qui ont permis l'évolution du droit des contrats.

⁹⁸ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 73, 209.

B. Suspicion et périodes « suspectes »

1. Période suspecte préalable à l'ouverture d'un régime de protection ou à l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité

27. *Période suspecte* – Les actes accomplis avant l'ouverture d'un régime de protection peuvent être remis en question et la période précédant l'ouverture d'un tel régime est une période suspecte. Les dispositions consacrées à la tutelle, à la curatelle et à l'homologation du mandat en cas d'incapacité prévoient la possibilité de demander l'annulation ou la réduction des obligations des contrats faits par l'incapable avant l'ouverture du régime de protection, sur la seule preuve que « l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés »⁹⁹.

28. *Annulation de l'acte posé par un incapable* – La validité de l'acte accompli par un incapable est appréciée de diverses façons. Le majeur seul a pu accomplir un acte avant l'ouverture d'un régime de protection : l'acte peut être annulé ou les obligations qui en découlent réduites si l'état de l'incapable était notoire ou connu du cocontractant à l'époque où l'acte a été passé. Le majeur seul a pu accomplir un acte après l'ouverture d'un régime de protection. L'acte peut être annulé s'il est posé seul par un majeur en curatelle sans demander la preuve d'un préjudice¹⁰⁰. L'acte peut être annulé également pour le majeur en tutelle agissant seul au-delà des limites fixées par le jugement établissant la tutelle en appliquant par analogie les règles relatives au mineur¹⁰¹. L'acte peut être, selon les circonstances,

⁹⁹ C.c.Q., art. 284, 290, 2170.

¹⁰⁰ C.c.Q., art. 283.

¹⁰¹ C.c.Q., art. 288, 287.

nul¹⁰², annulable sans preuve d'un préjudice¹⁰³ ou annulable sous réserve de la preuve d'un préjudice¹⁰⁴. Précisons *a contrario* que la validité d'un testament fait par un majeur après sa mise en tutelle, et non en curatelle, peut être confirmée par le tribunal aux termes de l'article 709 C.c.Q. en tenant compte des dispositions du testament et également des circonstances de sa confection.

29. *Période suspecte et présomptions* – La période précédant la mise en tutelle ou en curatelle ou l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité est donc une période suspecte et l'incapable de fait et non de droit est protégé par la possibilité de voir l'acte alors accompli annulé en certaines circonstances par le tribunal. La nullité possible de ces actes soulève le jeu des présomptions, présomption de bonne foi et présomption de capacité. Ainsi, s'exprime Fabrice Defferrard :

« Mais la remise en cause des actes antérieurs au jugement d'ouverture est uniquement envisagée sous l'angle de la suspicion légitime, autrement dit de la seule vraisemblance (et non pas la certitude) selon laquelle le cocontractant a voulu tirer avantage de la faiblesse de l'incapable. On constate, en effet, que dans la période précédant le jugement d'ouverture, deux présomptions s'affrontent : la présomption générale de bonne foi qui profite au cocontractant de l'incapable, et la présomption selon laquelle chacun est présumé sain

¹⁰² C.c.Q., art. 161.

¹⁰³ C.c.Q., art. 162. Cette disposition vise les actes posés par le tuteur.

¹⁰⁴ C.c.Q., art. 163.

d'esprit, dont bénéficie « l'incapable » (qui ne l'est pas encore à l'époque de l'acte). »¹⁰⁵

Cette phase antérieure à l'ouverture d'un régime de protection est axée essentiellement sur un désir de sauvegarder les intérêts de l'incapable. La vraisemblance et non la certitude de l'invalidité de l'acte profite à l'incapable de fait mais les circonstances peuvent favoriser le maintien des actes posés. Préalablement à l'ouverture du régime de protection, l'incapable de fait est présumé capable et les actes posés sont, en principe, valides. L'établissement d'une période suspecte facilite la preuve au bénéfice de l'incapable voulant que ses facultés intellectuelles étaient probablement affaiblies au moment de l'accomplissement de l'acte ou de la formation du contrat.

30. Conditions de nullité – La nullité sera obtenue ou les obligations réduites s'il y a preuve de trois éléments. Premièrement, est soumis le jugement établissant la tutelle ou la curatelle ou homologuant le mandat en cas d'incapacité. Sans ce jugement, l'incapable de fait ne peut tirer profit de cette période suspecte. Deuxièmement, est prouvée l'existence du motif de la tutelle, de la curatelle ou de l'homologation du mandat en cas d'incapacité à l'époque où l'acte contesté a été accompli. La preuve est donc celle d'un état habituel et non de faits isolés d'incapacité à des degrés variés. Troisièmement, la notoriété du motif de la tutelle ou de la curatelle ou de l'homologation du mandat sera prouvée. Il est possible d'y substituer la preuve que le cocontractant a connaissance du motif de l'incapacité sans pour autant que celle-ci soit notoire. Ce troisième élément n'est pas à négliger. Ainsi, un septuagénaire fait la rencontre d'une septuagénaire lors d'un événement social. Ils se fréquentent pendant plus de dix-huit mois sans toutefois faire vie commune.

¹⁰⁵ Fabrice DEFFERRARD, *La suspicion légitime*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 79, n° 104 (références omises).

Le septuagénaire fait des dons d'une valeur globale de près de 100 000 \$ à la septuagénaire. Le couple cesse de se fréquenter et le septuagénaire est mis sous curatelle. Son gendre, nommé curateur, demande l'annulation des dons et invoque l'article 284 C.c.Q. Les dons ont été maintenus valides car aucune preuve n'a été présentée, à la satisfaction du tribunal, de la notoriété de l'inaptitude ou de la connaissance de celle-ci par la cocontractante : au dire du tribunal, « (O)n peut bien avoir des soupçons à cet égard, mais les jugements ne peuvent être basés sur des soupçons et de la spéculation »¹⁰⁶.

Ces trois faits étant prouvés, l'annulation de l'acte accompli pendant la période suspecte est possible sans être imposée. L'ancien droit prévoyait à l'article 335 C.c.B.C. un régime similaire et Gérard Trudel écrivait alors :

« Les actes qui ont précédé le décret d'interdiction sont bien annulables en vertu de l'article 335, mais leur annulation n'est pas nécessaire. Le tribunal possède ici la faculté ou la discrétion de les annuler : il n'en n'a pas l'obligation. Tout dépendra des circonstances : bonne foi des tiers, importance du préjudice subi, nature de l'acte lui-même; un acte sage à sa face même ne sera pas annulé. La discrétion du tribunal est illimitée [...] »¹⁰⁷

31. Illustrations jurisprudentielles – Dans l'affaire *Béliveau c. Lampron*¹⁰⁸, une mère, devenue veuve, donne au plus jeune de ses enfants la terre familiale et près de neuf mois plus tard, est

¹⁰⁶ *Dobson c. Roussel-Perras*, [2001] R.L. 543, 546 (C.S.).

¹⁰⁷ *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 406.

¹⁰⁸ *Béliveau c. Lampron*, J.E. 2001-1890 (C.S.).

déclarée inapte sous un régime de curatelle. Les enfants sont divisés en deux clans, les plus âgés et les plus jeunes, et certains veulent l'annulation de la donation. Cette donation au plus jeune de la terre familiale est une suite logique de bien des événements, sur les plans tant économique qu'affectif. Les enfants plus âgés ont bénéficié du don d'une parcelle de la terre, mais certains souhaitent l'obtenir au complet en vue d'y poursuivre leurs activités de chasse et de coupe de bois. Les enfants les plus jeunes n'ont pu profiter de tels dons, car le zonage agricole, mis en vigueur entre-temps, s'oppose au morcellement des terres. Le plus jeune s'est installé sur la terre familiale et y a construit sa résidence, bien sûr avec la permission des parents mais sans pouvoir obtenir de titre de propriété, les dispositions sur le zonage agricole ne le permettant pas. Enfin, la mère consulte habituellement son frère avant de poser des gestes majeurs et elle a discuté de l'opportunité d'un tel don à son plus jeune enfant. La donation subsiste-t-elle dans un semblable contexte? Bien sûr, les circonstances favorisent la validité de la donation. Le tribunal déplore la division de la famille et discrédite nombre de témoignages contradictoires et intéressés des enfants. Les témoignages des experts sont également écartés : aucun médecin, témoin au procès, n'a examiné la mère au moment de la donation. Deux témoignages retiennent l'attention du tribunal : celui du frère de la donatrice et celui du notaire. Le frère de la donatrice se souvient d'avoir discuté de la possibilité de cette donation. Le témoignage du notaire est à la fois précis et vague. Le notaire a instrumenté plus de quarante fois pour le couple concerné et connaît la donatrice. En revanche, il n'a rencontré la donatrice que lors de la signature de l'acte de donation et elle ne présentait alors aucun signe de déficience quelconque. La donation au plus jeune est valide. Elle ne fait que confirmer les gestes posés antérieurement. Les parents lui avaient déjà donné le droit de construire sur la terre sans pouvoir lui conférer pour autant de titre de propriété et le plus jeune vaquait pour sa mère aux activités quotidiennes. De plus, l'inaptitude n'était pas notoire et

le donataire ne voyait aucun symptôme à cet effet. Ainsi, l'acte posé est valide si les circonstances le justifient ou pour emprunter les termes de Gérard Trudel s'il est un « acte sage à sa face même »¹⁰⁹.

Cette possibilité d'annulation de l'acte ou de réduction des obligations ne doit pas se limiter aux seuls actes à titre onéreux mais doit s'étendre aux actes à titre gratuit, donations et testaments¹¹⁰.

Précisons que la nullité des actes et contrats peut évidemment être demandée et la preuve peut en être présentée en tenant compte des seules dispositions de droit commun, consentement vicié ou dol, sans invoquer ce régime particulier de l'incapacité notoire ou connue du cocontractant ou faute de pouvoir l'invoquer¹¹¹.

En contrepartie, la présomption d'incapacité existant sous un régime de tutelle peut aussi être exceptionnellement écartée tout comme l'est la présomption de capacité avant l'établissement d'un régime de protection. Les circonstances peuvent permettre au tribunal de valider le testament fait par un majeur mis sous tutelle et non sous curatelle. Le testateur, dans l'affaire *Riportella c. Gaudreault-Houle*¹¹², était initialement sous un régime de curatelle puis mis sous un régime de tutelle. À peine

¹⁰⁹ *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 406.

¹¹⁰ *G.M. c. M.-C.O.*, J.E. 2005-1118 (C.S.). Le tribunal croit que le testament contesté n'est pas visé par l'article 284 C.c.Q. car, prétend-il, il n'y a pas de cocontractant ni de preuve de notoriété de l'incapacité du testateur. Toutefois, le testament est invalidé car la preuve est faite de l'incapacité du testateur au moment de la confection du testament.

¹¹¹ *Dobson c. Roussel-Perras*, [2001] R.L. 543 (C.S.).

¹¹² *Riportella c. Gaudreault-Houle*, J.E. 99-1543 (C.S.)

mis en tutelle, il dispose de ses biens au profit de sa fille et déshérite ainsi sa compagne de vie des 25 dernières années. Le testament au profit de sa fille est confirmé par le tribunal car il est raisonnable et sensé dans les circonstances. Le testateur s'est réconcilié avec sa fille mais les relations avec sa compagne de vie étaient rompues. Il est sous un régime de protection en raison de la détérioration de sa condition physique et de difficultés d'orientation spatio-temporelle, mais il conserve encore un jugement sensé pour un nonagénaire.

32. *Conclusion* – En conclusion, la suspicion permet en ces circonstances de protéger l'inapte, tout régime d'inaptitude et d'incapacité en résultant étant établi seulement en sa faveur, mais aussi dans une perspective d'assurer la stabilité contractuelle.

2. Période suspecte de la maladie réputée mortelle du donateur et de la protection du donateur ou du testateur contre le cocontractant sans scrupules

33. *Personnes affaiblies par la maladie, l'âge ou le handicap* – La personne hébergée dans un centre de soins ou affaiblie par la maladie, l'âge ou le handicap a besoin d'une protection accrue à l'égard de tout cocontractant sans scrupules. La suspicion provient d'une vraisemblance d'exploitation et ouvre la voie à une demande de nullité. La technique de protection en ces cas va bien au-delà d'une plausible nullité; la nullité est établie dès le départ à des degrés variés et avec possibilité ou non de confirmer le don ou de valider le legs selon les circonstances. La reconnaissance de droits protégés s'étend aussi aux personnes âgées ou handicapées dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : elle entend assurer une protection contre toute forme d'exploitation. La nullité présumée ou déclarée répond à une probabilité de suspicion que le législateur tient pour plus que vraisemblable.

34. *Nullité établie a priori* – La tradition civiliste ne se limite plus à prévoir une période suspecte, comme dans le cas de la maladie réputée mortelle, mais établit une nullité *a priori* sans possibilité de remédier au vice ou au défaut de consentement. Les circonstances peuvent aider à valider les dons faits pendant le cours de la maladie réputée mortelle. Elles ne peuvent être invoquées au soutien des dons et des legs faits pendant la période d'hébergement. Les régimes divergent mais les objectifs demeurent : la protection de la personne affaiblie par l'âge, la maladie ou le handicap.

35. *Donation faite pendant le cours de la maladie réputée mortelle* – La donation faite durant la maladie réputée mortelle du donateur est nulle comme faite à cause de mort sauf circonstances qui aident à la valider et sans égard à la survie du donateur. La donation peut valoir si le donateur se rétablit et laisse le donataire en possession pendant trois ans¹¹³. Le *Code civil du Québec* maintient ce motif de nullité décrié sous le *Code civil du Bas-Canada*¹¹⁴ en tant que vestige de la Coutume de Paris¹¹⁵. La liberté de tester et l'absence de réserve ou de légitime ne justifiaient pas alors le maintien, pour certains, de cette prohibition¹¹⁶. Il est possible de le constater : le désir de

¹¹³ Art. 1820 C.c.Q.

¹¹⁴ Art. 762 C.c.B.C.

¹¹⁵ Coutume de Paris art. 277. Voir T.R. RAMSAY, *Notes sur la coutume de Paris*, Montréal, Imprimerie de la Minerve, 1863, p. 64; Châteauguay PERRAULT, *Donations faites durant la maladie réputée mortelle du donateur*, (1942) 2 R. du B. 245, 246; Alastair M. WATT, *Dons manuels made during the last illness of the Donor*, (1934-1935) 13 R. du B. 230, 231-232

¹¹⁶ Châteauguay PERRAULT, *Donations faites durant la maladie réputée mortelle du donateur*, (1942) 2 R. du B. p. 246; Alastair M. WATT, *Dons manuels made during the last illness of the Donor*, (1934-1935) 13 R. du B. p. 235. Voir les propos de M. le juge Rinfret, dans *Pesant c. Pesant*, (1934) S.C.R. 249, 261.

protection du donateur durant la maladie réputée mortelle inspire tout autant les réformateurs modernes que les codificateurs sous l'ancien droit. Il est également possible de soutenir que le contexte social peut avoir changé, mais le comportement du donateur au fil des décennies ne s'est pas modifié : il a toujours une propension à vouloir se départir de ses biens ou plaire à son entourage.

36. *Conditions de la prohibition* – Cette prohibition est soumise à certaines conditions. Elles concernent la maladie réputée mortelle du donateur et l'absence de circonstances aidant à valider la donation. Premièrement, le donateur est atteint d'une maladie réputée mortelle. Cette condition est objective : l'imminence de la mort. Certaines maladies frappent le malade pour de longues périodes, telle la condition cardiaque ou encore la maladie dégénérative. En ces cas, seule la phase terminale est vraiment concernée par la présomption¹¹⁷. Deuxièmement, le donateur connaît les conséquences possibles de la maladie, caractérisée par l'imminence de la mort, au moment de la donation¹¹⁸. La maladie se caractérise par un trait prochain à la mort¹¹⁹. Le donateur est conscient d'être près de la mort. Le médecin l'informe de son état grave et l'invite même à régler ses diverses affaires¹²⁰. Test subjectif s'il en est : le malade se croit

¹¹⁷ *Michaud-Caron c. Dufour*, J.E. 2005-44 (C.S.).

¹¹⁸ Châteauguay PERRAULT, *Donations faites durant la maladie réputée mortelle du donateur*, (1942) 2 R. du B. p. 246; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 51.

¹¹⁹ Châteauguay PERRAULT, *Donations faites durant la maladie réputée mortelle du donateur*, (1942) 2 R. du B. p. 247; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 51.

¹²⁰ *Lachance c. Lachance*, (1926) 41 B.R. 260. Le médecin avise la malade atteinte d'une crise de paralysie de veiller à ses affaires temporelles et de recevoir immédiatement le sacrement des malades. Les contrats de vente consentis par cette malade sont annulés, car ils sont considérés comme des

mourant lors de la donation¹²¹. Ces deux premières conditions sont liées : imminence objective de la mort et croyance subjective du malade dans son état de mourant. Faut-il souligner que la présomption est interprétée restrictivement. Ainsi, la mort peut être imminente sans pour autant dépendre d'une maladie : la vieillesse ou l'opération chirurgicale majeure ne sont pas considérées maladies réputées mortelles¹²². Troisièmement, aucune circonstance n'aide à valider la donation¹²³. Le tribunal jouit d'une certaine discrétion dans l'appréciation de ces circonstances; il analyse les motifs susceptibles de neutraliser cette présomption réfragable. Ces circonstances susceptibles de justifier la validité de la donation sont diverses : elles tiennent de l'ignorance par le donateur du caractère mortel de sa maladie¹²⁴, de l'accomplissement de la donation à titre de satisfaction d'une obligation morale¹²⁵ ou civile antérieure, de récompense pour services rendus¹²⁶, de l'exécution de projets d'avenir ou de

donations déguisées consenties dans le cours de la maladie réputée mortelle de la donatrice.

¹²¹ *Bolduc c. Bolduc (Succession de)*, J.E. 2001-59 (C.S.).

¹²² *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 50; *Michaud-Caron c. Dufour*, J.E. 2005-44 (C.S.).

¹²³ *Gariépy c. Succession Émile Pilon*, (1969) 15 *McGill L.J.* 465, 473; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 53, 54; Châteauguay PERRAULT, *Donations faites durant la maladie réputée mortelle du donateur*, (1942) 2 *R. du B.* p. 247, 248.

¹²⁴ *Pesant c. Pesant*, (1934) S.C.R. 249.

¹²⁵ *Legris et Baulne c. Chené*, (1914) 23 B.R. 571.

¹²⁶ *Valade c. Lalonde*, (1897) 27 S.C.R. 551.

pension viagère¹²⁷. Ces circonstances excluent toute intention de donner à cause de mort¹²⁸.

Le donateur peut survivre et la donation demeure nulle sauf, cependant, circonstances qui peuvent la valider. La survenance ou non du décès n'altère pas la nullité prévue de la donation faite durant le cours de la maladie mortelle. Le fait, toutefois, pour le donataire de demeurer en possession des objets donnés pendant trois ans, nonobstant le retour à la santé du donateur, valide la donation et fait disparaître le vice de nullité. Le législateur n'établit qu'une nullité relative que seuls peuvent invoquer le donateur ou ses héritiers légaux et testamentaires¹²⁹. L'article 1820 C.c.Q. n'énonce qu'une présomption susceptible d'être repoussée par une preuve contraire¹³⁰.

37. Maladie réputée mortelle et période suspecte – La période de la maladie réputée mortelle est apparue suspecte en ce qui concerne les dons que le malade pouvait alors prévoir. La technique en ce cas diffère de celle prévue préalablement pour les actes précédant les régimes de protection. La nullité des dons pendant la maladie mortelle est expressément prévue. La sanction est établie au départ et non pas simplement la preuve de leur nullité plausible facilitée.

38. Dons et legs au personnel des centres d'hébergement et d'hospitalisation – C'est à la même technique que le législateur a recours pour contrer les libéralités faites par les personnes résidentes dans les centres d'hébergement et dans les centres

¹²⁷ *Raiche c. Alie*, (1869) 1 R.L. 77 (C.S.).

¹²⁸ *Gariépy c. Succession Émile Pilon*, (1969) 15 *McGill L.J.* 465, 473.

¹²⁹ Châteauguay PERRAULT, *Donations faites durant la maladie réputée mortelle du donateur*, (1942) 2 *R. du B.* p. 246.

¹³⁰ *Pesant c. Pesant*, (1934) S.C.R. 249, 262 j. Rinfret.

d'hospitalisation : la nullité des dons et des legs au personnel de ces centres est prévue expressément alors que le donateur y réside¹³¹. La présomption de captation, sous-jacente à cette disposition est absolue et la nullité est impérative¹³². Les circonstances et la volonté du donateur ou du testateur ne peuvent alors confirmer la donation ou le legs. Il en est autrement pour le don fait pendant la maladie mortelle : les circonstances entourant le don et le retour à la santé peuvent le valider. Le départ du centre d'hébergement ne peut en soi permettre la validité du don ni confirmer le legs. Le donateur ou le testateur doivent, le cas échéant, procéder à un nouveau don ou à un nouveau legs s'ils veulent avantager le personnel du centre d'hébergement. La période d'hébergement est une période suspecte : la nullité vise le don ou le legs à l'époque où le testateur ou le donateur y est soigné ou pour davantage de précision, au temps de son hébergement¹³³. Le terme « époque » laisse subsister une ambiguïté que révèle l'affaire *Aubry c. Acosta*¹³⁴. Aubry réside dans un centre d'hébergement. Une nouvelle préposée aux bénéficiaires, Ana, se révèle très attentive à l'égard d'Aubry, ce qui ne plaît pas à son entourage. Ana est alors remerciée de ses services, dit-on, pour des raisons d'abolition de postes de travail, mais aussi dans les faits sur les pressions de la famille Aubry. Aubry aménage dans un autre centre d'hébergement. Il communique avec Ana qui lui rend visite régulièrement. Aubry, sur sa propre initiative, fait préparer un testament notarié au profit d'Ana. À son décès, la famille soutient la nullité du testament aux termes de l'article 761 C.c.Q. Le legs à Ana est-il valide bien que rédigé alors que le testateur ne résidait plus et qu'Ana ne travaillait plus au premier

¹³¹ C.c.Q., art. 1817 pour les dons et C.c.Q. art. 761 pour les legs.

¹³² *Aubry c. Acosta*, [2001] R.J.Q. 423 (C.S.).

¹³³ *Aubry c. Acosta*, [2001] R.J.Q. 423 (C.S.).

¹³⁴ *Aubry c. Acosta*, [2001] R.J.Q. 423 (C.S.).

centre d'hébergement? C'est alors que le tribunal accorde à ce terme « époque » une interprétation restrictive : ne peuvent être visés que les actes qu'a pu poser le testateur ou le donateur alors qu'il résidait au centre d'hébergement et alors qu'à ce moment y travaillait le donataire ou le légataire. La prohibition ne peut s'étendre aux actes accomplis alors que le bénéficiaire ne réside plus au centre d'hébergement concerné. En revanche, la protection recevra une interprétation extensive en vue de protéger les personnes hébergées non seulement dans les centres accrédités mais aussi dans ceux qui opèrent en marge du réseau public¹³⁵.

39. *Protection des personnes âgées ou handicapées contre l'exploitation* – Autre régime tout à fait particulier, celui de la protection des personnes âgées ou handicapées contre toute forme d'exploitation dans le cadre de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹³⁶. Les dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* jouissent d'un statut privilégié comme règles fondamentales du système juridique québécois. La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* le rappelle en réaffirmant le rôle à la fois des dispositions de la Charte et des règles énoncées au Code civil : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. » L'exploitation n'est pas en soi un motif de nullité dans le *Code civil du Québec*. Certes, il est possible pour tout justiciable, y compris la personne âgée, d'invoquer la possibilité de réduire ou même d'annuler tout engagement qui découle d'une clause abusive

¹³⁵ *Lafortune c. Bourque*, [2000] R.J.Q. 1852 (C.S.); confirmé par *Masse-Lafortune (succession de)*, [2003] R.J.Q. 1437 (C.A.) contra *Dupaul c. Beaulieu*, [2000] R.J.Q. 1186 (C.S.); *Labbé c. Laflamme*, [1997] R.J.Q. 1054 (C.S.); *Blanchette-Miller c. Brochu*, J.E. 2000-1791 (C.S.).

¹³⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 48.

d'un contrat d'adhésion ou de consommation. Il est également possible de faire appel aux causes de nullité reconnues au Code dans le domaine des libéralités et ces causes de nullité peuvent comprendre l'exploitation sous l'égide soit des vices de consentement soit sous celui de la captation soit de la présomption de nullité des dons et des legs aux administrations ou aux salariés dans le domaine des établissements de santé et de leur personnel. Est-il possible de voir dans la disposition de la Charte sur l'exploitation une protection nouvelle pour les personnes âgées ou handicapées? L'interprétation généreuse de la Charte favorise assurément une telle interprétation : il y a alors la possibilité de l'indemnisation du préjudice subi et même en cas d'atteinte intentionnelle celle des dommages-intérêts punitifs¹³⁷. Dans l'arrêt *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, la Cour d'appel du Québec étudie l'impact de l'article 48 de la Charte sous trois dimensions. D'abord, elle analyse ce droit comme étant un droit strict de protection. Elle le fait en ces termes : « [L']article 48 de la Charte constitue une disposition de droit substantiel qui confère à la personne âgée le droit strict d'être protégée contre toute forme d'exploitation. »¹³⁸ Puis, elle considère cette protection comme indépendante et complémentaire de celle énoncée au Code civil et dans d'autres lois statutaires. Elle en soutient alors une interprétation libérale et une « reconnaissance d'un droit autonome et distinct de ceux énoncés au *Code civil du Québec* »¹³⁹. Elle y voit un « régime spécial destiné à tempérer les injustices en introduisant une idée de moralité dans les

¹³⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 49.

¹³⁸ *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 961, p. 967; J.E. 2005-781 (C.A.), par. 23, voir les propos de Madame la juge France Thibault.

¹³⁹ *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 961, p. 967; J.E. 2005-781 (C.A.), par. 25, voir les propos de Madame la juge France Thibault.

relations entretenues avec une personne âgée »¹⁴⁰. Enfin, la Cour d'appel estime que la personne âgée se voit protégée « contre toute forme d'exploitation même si, du strict point de vue des règles de droit civil, son consentement est valide ou encore lorsqu'elle ne satisfait pas les conditions pour être déclarée inapte »¹⁴¹. Et en empruntant les termes de la Cour d'appel, il est possible d'affirmer que l'exploitation visée par l'article 48 de la Charte diffère de la lésion énoncée au *Code civil du Québec* « – notamment en ce que celle-ci a trait à un vice de consentement lorsqu'une personne contracte une obligation –, il demeure qu'elle s'en rapproche en réprouvant toute forme d'abus dont peuvent être victimes les personnes âgées, un abus qui peut se manifester par une disproportion, un déséquilibre important et injuste dans leurs rapports avec autrui »¹⁴². Donc, au-delà du *Code civil du Québec*, la personne âgée ou handicapée peut bénéficier d'une protection additionnelle, même en l'absence de lésion, même en l'absence d'un régime de protection comme la tutelle ou la curatelle, même en l'absence d'un vice de consentement ou d'un dol, s'il est possible de déduire des circonstances des donations une exploitation équivalente à un abus, une disproportion majeure ou un déséquilibre significatif. En revanche, il ne faudrait pas pour autant croire à de l'exploitation dès la présence d'une donation par une personne âgée ou handicapée; il peut y avoir don fait de manière éclairée

¹⁴⁰ *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 961, p. 969; J.E. 2005-781 (C.A.), par. 37, voir les propos de Madame la juge France Thibault.

¹⁴¹ *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 961, p. 967; J.E. 2005-781 (C.A.), par. 26, voir les propos de Madame la juge France Thibault.

¹⁴² *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 961, p. 970; J.E. 2005-781 (C.A.), par. 41, voir les propos de Madame la juge France Thibault. Voir à propos de l'exploitation *Longtin c. Plouffe*, [2001] R.J.Q. 2635 (C.S.).

et spontanée de la part du donateur, ce qui écarte toute demande d'annulation en fonction du Code civil comme de la Charte des droits et libertés¹⁴³.

Qu'il nous soit possible d'affirmer brièvement que ce régime de nullité que nous voyons poindre aux termes de l'article 48 de la Charte est tout à fait exceptionnel et contestable et qu'il s'ajoute à ceux prévus au Code au lieu de le compléter. Nous pouvons dès lors constater que les techniques de protection divergent mais les objectifs demeurent : neutraliser les actes suspects en raison des circonstances de la maladie, de l'âge et du handicap. La stabilité contractuelle est évidemment recherchée tout autant que la protection de la personne âgée, malade et handicapée.

3. Attitude des tribunaux face au don manuel en périodes suspectes ou d'exploitation

40. Suspicion et interprétation du don manuel – Autre fait intrigant dans ces diverses mesures de protection : l'attitude que peut adopter le tribunal face au don manuel. Le donateur utilise, dans les circonstances préalablement présentées, le don manuel : l'intention libérale jointe à la tradition du bien meuble suffit à constituer un don manuel valide. Or, les tribunaux n'entretiennent pas nécessairement un sentiment favorable à cette modalité des libéralités. Ils sont donc enclins à interpréter

¹⁴³ *Lemire c. Huppé-Lambert*, J.E. 2004-923 (C.S.).

Les commentaires publiés relativement à l'arrêt de la Cour d'appel sont défavorables à l'analyse que fait cette Cour de l'article 48 de la Charte et préfèrent laisser au Code civil régir la validité du contrat dans sa formation et ses effets. D. GARDNER et D. GOUBAU, « L'affaire Vallée et l'exploitation des personnes âgées selon la Charte québécoise : quand l'harmonie fait défaut », (2005) 46 *C. de D.* 961, F. SABOURIN, « L'arrêt Vallée de la Cour d'appel : la Charte québécoise à la rescousse du Code civil en matière d'exploitation des personnes âgées », (2005-06) 36 *R.D.U.S.* 309.

restrictivement, par méfiance et suspicion, le don manuel; ils invalident le don manuel qui s'étend à la majeure partie des biens du donateur ou à d'importantes sommes d'argent¹⁴⁴. Ils veulent aussi favoriser la protection des personnes âgées contre l'exploitation ou celle des personnes hébergées dans les centres spécialisés. Aussi, ils favorisent une interprétation généreuse de la protection énoncée à l'article 48 de la Charte comme droit fondamental. La suspicion justifie alors l'interprétation libérale de la protection contre l'exploitation des personnes âgées au nom de la Charte mais peut-elle soutenir tout autant l'interprétation restrictive à l'encontre du don manuel, tout particulièrement qu'il soit invalidé s'il porte sur la presque totalité l'avoir du donateur ou sur des biens de grande valeur?

41. Suspicion et étendue du don manuel – Or, le don manuel étant une donation directe, ne devrait pas être apprécié de façon plus sévère que peuvent l'être les autres libéralités. Aussi, il est soumis aux règles de fond des libéralités entre vifs n'échappant qu'à la règle de la solennité quant à la forme; il peut donc être annulé s'il est accompli pendant la maladie réputée mortelle du donateur¹⁴⁵. Soulignons que la doctrine n'a jamais vraiment soutenu la thèse restrictive de son domaine d'application : le don manuel s'étend donc aux biens de grande valeur¹⁴⁶. Soulignons également que le don manuel est parfois analysé comme la manifestation d'une volonté arrêtée de donner et ainsi une circonstance aidant à valider le geste posé et à écarter toute nullité de la donation possiblement faite pendant la maladie

¹⁴⁴ *Michaud-Caron c. Dufour*, J.E. 2005-44 (C.S.).

¹⁴⁵ Châteauguay PERRAULT, *Donations faites durant la maladie réputée mortelle du donateur*, (1942) 2 R. du B. p. 249 ; ROCH, op. cit., t. 5, p. 96; Alastair M. WATT, *Dons manuels made during the last illness of the Donor*, (1934-1935) 13 R. du B., p. 235.

¹⁴⁶ *Lapierre c. Québec* (Sous-ministre du Revenu), [2004] R.D.F.Q. 151 (C.Q.).

réputée mortelle du donateur¹⁴⁷. Ainsi, la belle-mère remet un chèque à sa bru. Cette remise opère valablement un don manuel et même si elle survient quinze jours avant le décès de la donatrice, entraîne un dessaisissement complet et la présomption de la nullité des dons pendant la maladie réputée mortelle est écartée¹⁴⁸. La remise peut même survenir le jour du décès et la tradition, étant satisfaite en ce qui concerne le don manuel, confère à la donataire pleine discrétion sur le montant valablement donné¹⁴⁹. La remise d'un chèque pour acquitter une dette ou encore pour avantager immédiatement le donataire permet pour une certaine jurisprudence d'écarter la présomption de nullité¹⁵⁰; s'ajoutent également comme motifs la suffisance

¹⁴⁷ Fleury c. Boily et Canadian Pacific Express, (1939) 77 C.S. 569.

¹⁴⁸ *Cardinal c. Landes*, (1923) 61 C.S. 521 (j. de Lorimier), art. 762 C.c.B.C. et 1820 C.c.Q.

¹⁴⁹ M. le juge Puddicombe l'affirme en ces termes :

« In my view the moment plaintiff received the cheque she had the right to negotiate it, to cash it, or to deposit it in her own bank account. As she received it before the death of the donor it cannot be held that it was a gift in contemplation of death as it took effect immediately, that is to say, before the donor died ».

Gariépy c. Succession Emile Pilon, (1969) 15 McGill L.J. 465, p. 486.

¹⁵⁰ *Rochon c. Rochon*, (1928) 45 B.R. 170, p. 175. Dans l'arrêt *Pesant c. Pesant*, (1934) S.C.R. 249, 255, M. le juge Duff s'attache au dessaisissement irrévocable manifesté par la tradition au soutien de la validité du don manuel en ces circonstances : « I am forced to the conclusion that the finding of the learned trial judge that Dame Martineau intended to enter into a presently binding contract, by way of promissory note, and that she executed and delivered the document in question to her daughter, with that intention, could not properly be set aside ». Monsieur le juge Rinfret valide le don manuel, particulièrement pour ce motif d'un dessaisissement complet et immédiat en faveur du donataire, qui a accepté : « En plus, il faut se garder de confondre le terme d'échéance de la créance avec le droit du bénéficiaire qui a pris naissance dès son acceptation (art. 755 et 777 C.C., 1^{er} et dernier parags.). En l'espèce, la donation s'est réalisée au moyen de la remise du billet souscrit par la

des fonds et la négociabilité immédiate de l'effet de commerce. La remise ne peut pas comporter comme condition formelle que l'encaissement se fera après le décès du donateur : telle condition serait l'indice d'une donation à cause de mort, évidemment nulle en raison des principes généraux de la prohibition des donations à cause de mort et du principe plus spécifique de la présomption de nullité des dons pendant la maladie réputée mortelle¹⁵¹. Le décès y est alors vu comme une condition d'existence de la libéralité; il en serait autrement s'il était simplement un terme ou une échéance¹⁵². La remise ne peut être fictive car il ne peut y avoir alors de don manuel. Ainsi, un touriste canadien est terrassé par une crise cardiaque lors d'un séjour aux États-Unis et contrairement à ses prétentions, il n'est pas couvert par son contrat d'assurance-maladie. À son retour au Québec, il se prétend sans actif pour ne pas acquitter les frais médicaux encourus aux États-Unis : bien plus, il dissimule des liquidités dans un coffret chez une de ses filles et devant une partie de la famille réunie à Pâques, il lui remet une enveloppe prétextant un don désintéressé. Le donateur décède un mois plus tard. Mais au dam de la donataire, la remise est perçue par le tribunal comme étant fictive car elle vise à tromper les créanciers¹⁵³. Il ne peut y avoir don car la remise a été faite en fraude des droits des créanciers et pendant la maladie réputée

donatrice à la donataire, qui l'a acceptée. Elle était dès lors complète et définitive. Son effet fut immédiat. L'acte de Madame Pesant ne peut pas être caractérisé comme « une donation pour n'avoir effet qu'à cause de mort », suivant les termes de la prohibition de l'article 758 C.C. » (p. 263). Cette position du juge Rinfret suggère une plus grande tolérance à l'égard du don manuel qu'à l'égard des autres formes de libéralités entre vifs face à la présomption de l'article 762 C.c.B.C.

¹⁵¹ *Rochon c. Rochon*, (1927) 65 C.S. 108, j. Trahan.

¹⁵² *Belisle c. Sarrazin*, (1964) B.R. 471, 473 (citant le tribunal de première instance).

¹⁵³ *Guaiani (Succession de) c. Guaiani*, J.E. 98-1540 (C.S.).

mortelle du donateur. N'oublions pas l'attitude récente de certains jugements qui invalident le don manuel si le donateur se dessaisit de sommes importantes ou de la presque totalité de son avoir¹⁵⁴ : telle interprétation restrictive fait revivre l'influence d'une décision isolée de l'ancien droit qui analysait restrictivement à tous égards le don manuel¹⁵⁵ et aussi telle interprétation ne peut se justifier dans le contexte même du régime général des libéralités. Voilà donc une véritable suspicion à l'égard de ce mode de disposition à titre gratuit qui peut dissimuler captation ou fraude. Le don manuel n'a pas à être apprécié de façon plus sévère ni plus permissive que ne le sont les autres donations. Si les tribunaux veulent invoquer comme critère de nullité, en certaines circonstances, le fait que le donateur se soit dépouillé de la majeure partie de son actif ou mis en situation financière inconfortable, qu'ils le fassent sans égard à la modalité du don, donations directes ou indirectes, dons notariés ou dons manuels¹⁵⁶. Il est vrai que les tribunaux ont invoqué l'absence véritable d'intention de donner dans diverses décisions qui portaient sur la remise de sommes importantes : ils pouvaient le faire à la lumière des faits, car il n'y avait qu'apparence de don manuel sans dessaisissement véritable¹⁵⁷. Ils pouvaient également le faire, car il y avait atteinte à la règle de la donation affectée de nullité si elle est accomplie pendant la maladie mortelle du donateur¹⁵⁸. Ils

¹⁵⁴ *Évrard c. Lefrançois*, [2001] R.L. 550 (C.A.); *Goodale c. Sharples-McCall*, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 9343; J.E. 2004-1645 (C.S.).

¹⁵⁵ *Forest c. Parent*, [1949] R.L. 1 (C.S.). Cette décision, déjà isolée sous l'ancien droit, est de nouveau suivie, à notre avis avec erreur, dans les affaires *Évrard c. Lefrançois*, [2001] R.L. 550 (C.A.) et *Goodale c. Sharples-McCall*, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 9343; J.E. 2004-1645 (C.S.).

¹⁵⁶ *Descôteaux c. Descôteaux*, J.E. 2004-1904 (C.S.).

¹⁵⁷ *Turcotte c. Turcotte*, REJB 1998-06474 (C.S.); *Guaiani (Succession de) c. Guaiani*, J.E. 98-1540 (C.S.).

¹⁵⁸ *Guaiani (Succession de) c. Guaiani*, J.E. 98-1540 (C.S.).

pouvaient également le faire, car il y avait dissimulation d'actifs en fraude des droits des créanciers¹⁵⁹. Nous sommes à même de constater une incohérence dans le jeu de l'interprétation du don manuel dépendant des circonstances de réalisation. L'interprétation favorable au don manuel en raison de son dessaisissement s'il est fait pendant le cours de la maladie réputée mortelle et alors la présomption est interprétée restrictivement. À l'opposé, l'interprétation libérale de la protection de certaines personnes à l'encontre de l'exploitation tant sous le *Code civil du Québec* que sous la Charte des droits et libertés incite à limiter le domaine même du don manuel.

4. Protection des créanciers en périodes suspectes

42. Suspicion et créanciers – Les créanciers peuvent également voir leurs droits mis en péril à l'occasion de la survenance d'un événement, tel un divorce, un décès, une insolvabilité ou une faillite.

43. Suspicion et aliénation d'un bien du patrimoine familial – L'aliénation d'un bien peut avoir été accomplie au détriment d'un droit au partage de la valeur de ce bien. À titre d'exemple, l'égalité économique des conjoints est axée sur le partage de la valeur du patrimoine familial. Un époux pourrait donc disposer des biens immatriculés en son nom et susceptibles d'être compris dans un éventuel partage du patrimoine familial. Ainsi, il pourrait s'approprier une plus grande part dans le partage de la valeur des biens du patrimoine familial au détriment de son conjoint lésé. Le législateur prévoit la possibilité d'un paiement compensatoire s'il y a aliénation de biens familiaux sans qu'ils aient été remplacés. Cette possibilité respecte à la fois le droit de propriété qui est maintenu pour chaque conjoint sur les biens compris dans le patrimoine familial et immatriculés à leur nom

¹⁵⁹ *Turcotte c. Turcotte*, REJB 1998-06474 (C.S.); *Guaiani (Succession de) c. Guaiani*, J.E. 98-1540 (C.S.).

respectif et l'attribution d'un droit au partage de la valeur des biens familiaux lors de l'avènement du divorce, de la séparation de corps ou du décès. Cette possibilité respecte également la faculté pour chacun des époux de disposer de ses biens dans le patrimoine familial, en partie ou en totalité, sans pour autant avoir à les remplacer par d'autres biens compris dans le patrimoine familial. Tel geste posé par un époux en anticipation d'un divorce ou d'une séparation de corps ne peut être que suspect, sauf évidemment des circonstances qui peuvent le justifier tel le paiement des dettes du ménage¹⁶⁰ ou des dettes fiscales¹⁶¹. La possibilité d'un paiement compensatoire remédie à la distorsion que peut causer un tel geste suspect dans le calcul de la valeur du patrimoine familial.

S'il y a aliénation d'un bien du patrimoine familial dans l'année qui précède la survenance du décès de l'un des conjoints ou de la demande en divorce, en séparation de corps ou de l'annulation de mariage et que ce bien n'a pas été remplacé, il sera possible pour le tribunal de tenir compte de la valeur de ce bien dans l'établissement de la valeur nette partageable. Le tribunal pourra, à sa discrétion mais non pas d'une manière automatique¹⁶², ordonner un paiement compensatoire au bénéfice du conjoint lésé¹⁶³. Si le tribunal établit la valeur nette du patrimoine familial à la date de la cessation de la vie commune, il devait dès lors tenir compte de cette dernière date pour le calcul du délai d'un an¹⁶⁴. Aucune preuve additionnelle n'est exigée si ce n'est celle de l'aliénation d'un bien familial

¹⁶⁰ *Droit de la famille – 1915*, [1994] R.D.F. 42 (C.S.).

¹⁶¹ *Droit de la famille – 2384*, [1996] R.D.F. 410, [1996] R.J.Q. 912 (C.S.).

¹⁶² *Droit de la famille – 1915*, [1994] R.D.F. 42, 44 (C.S.).

¹⁶³ C.c.Q., art. 421.

¹⁶⁴ Voir au même effet : *C.-É.H. c. A.D.*, [2003] R.D.F. 564, 568 (C.S.).

non remplacé au cours de l'année précédant le décès ou la demande en divorce ou séparation de corps ou en annulation de mariage¹⁶⁵. En certaines circonstances, l'aliénation a pu être faite en vue de divertir le bien du patrimoine familial, il sera alors nécessaire d'établir la preuve d'une manœuvre malhonnête¹⁶⁶. Si l'aliénation est survenue plus d'une année avant le décès ou la demande en divorce ou séparation de corps ou en annulation de mariage, le tribunal peut ordonner également un paiement compensatoire sous réserve d'une preuve préalable d'une aliénation faite dans une intention préjudiciable, c'est-à-dire dans le but de restreindre les biens personnels compris dans le patrimoine familial¹⁶⁷. Autrement, une telle disposition est possible.

44. Suspicion et liquidation d'une succession – La suspicion peut se manifester de diverses manières lors de la liquidation d'une succession. Elle peut se manifester face aux libéralités survenues avant le décès qui diminuent de façon significative l'actif de la succession aux fins de calcul de la créance alimentaire versée au décès. Elle peut également survenir si les héritiers présomptifs ne sont pas informés de la demande de vérification d'un testament ou si les créanciers litigieux ne peuvent consulter l'inventaire des biens de la succession.

45. Suspicion et aliénation à titre gratuit faite avant le décès par le débiteur alimentaire – L'obligation alimentaire versée au décès dépend de la valeur de la succession. Or, certains gestes posés par le *de cuius* de son vivant peuvent diminuer d'autant la valeur de la succession et avoir un impact significatif sur le montant alloué de la créance alimentaire. Le législateur s'est

¹⁶⁵ *S.C. c. M.Co*, J.E. 2006-94 (C.S.).

¹⁶⁶ *Droit de la famille – 1915*, [1994] R.D.F. 42, 44 (C.S.).

¹⁶⁷ C.c.Q., art. 421.

révélé soucieux de protéger les créanciers d'aliments et exige que la valeur de biens aliénés à titre gratuit entre dans le calcul de la créance alimentaire. Le législateur prévoit donc une période suspecte de trois ans précédent le décès. Les gestes visés sont les libéralités accomplies pendant cette période. Ces libéralités sont même définies aux articles 689 à 691 C.c.Q. Ces libéralités comprennent toute aliénation qu'a pu consentir le *de cuius* pendant cette période telle l'aliénation d'un bien à vil prix, la désignation d'un bénéficiaire à une police d'assurance dont le produit aurait été autrement versé aux héritiers présomptifs de la succession, notamment le conjoint survivant, les enfants, etc. La valeur des biens aliénés est comptabilisée dans le calcul de la valeur de la succession. Les aliénations comme telles ne sont pas annulées; elles peuvent être évidemment affectées par la réduction de valeur qui pourrait se produire¹⁶⁸. Le législateur tient compte des impératifs d'ordre public mais aussi de la faculté dont jouit toute personne de disposer de ses biens de son vivant et à sa discrétion. Voilà donc un exemple additionnel de période suspecte.

46. Suspicion et vérification d'un testament – Il nous semble que les intéressés dans les procédures en vérification d'un testament olographe ou devant témoins ne peuvent être restreints à certains successibles sur la foi d'une interprétation restrictive des textes du *Code civil du Québec*. La vérification d'un testament doit être portée à la connaissance, aux termes de l'article 772 C.c.Q., des héritiers et successibles connus, sauf dispense du tribunal. À notre avis, les successibles devraient également comprendre les héritiers présomptifs et non se limiter aux seuls légataires universels ou à titre universel du testament soumis pour vérification. Or, la vérification entend conserver au greffe de la Cour supérieure le document produit comme testament et également en attester, quant à la forme, la conformité à la loi.

¹⁶⁸ C.c.Q., art. 693.

Monsieur le juge Gomery, dans l'affaire *Lamothe-McRobert (succession de)*, invoque les objectifs restreints de la vérification au soutien de l'interprétation restrictive¹⁶⁹. Mais la mise en cause des héritiers présomptifs, en tant que successibles au sens de l'article 619 C.c.Q., nous semble de loin préférable¹⁷⁰. La vérification peut être une occasion privilégiée pour mettre un terme aux soupçons et aux doutes que peut entretenir la famille déshéritée.

47. Suspicion et communication aux créanciers de l'inventaire de la succession – La confection de l'inventaire permet aux héritiers, légaux ou testamentaires, d'échapper à une responsabilité personnelle quant aux dettes de la succession. Or, les intéressés peuvent prendre connaissance de l'inventaire des biens d'une succession. Les créanciers litigieux se voient reconnaître cette possibilité, ce qui leur permet de se prévaloir

¹⁶⁹ *Lamothe-McRobert (succession de)*, (1995) R.J.Q. 2724, 2728, 2729 (C.S.). Il l'affirme ainsi :

« Considérant la portée limitée d'un jugement de vérification et la faveur que la loi accorde à la succession testamentaire, il serait inutile et déraisonnable d'obliger la personne qui recherche la vérification d'un testament à essayer d'éliminer toute source potentielle de contestation. L'objectif du législateur n'était pas de convertir la procédure en vérification en procédure de contestation; il ne voulait qu'accorder "plus de poids aux effets du jugement", sans pour autant modifier radicalement sa nature.

Il serait d'ailleurs illogique d'appeler à la vérification toute la parenté immédiate ou éloignée du défunt; une telle exigence demanderait à la partie requérante d'anticiper l'annulation du testament qu'il veut prouver. Le résultat prévisible d'un appel à la vérification des personnes qui n'ont pas, à première vue, le droit d'hériter quoi que ce soit, serait des contestations prématurées, le ralentissement d'une procédure essentiellement préliminaire et des coûts accrus, le tout au détriment des intérêts des héritiers véritables. »

¹⁷⁰ *Durand (succession de)*, [1997] R.J.Q. 617 (C.S.).

de mesures préventives et non d'être contraints seulement de réagir *a posteriori*¹⁷¹. La protection des intérêts des créanciers mène à lever tout doute ou tout soupçon; que ce soit au profit des créanciers, non seulement connus mais également litigieux.

48. *Suspicion et faillite* – Dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité, les dispositions de biens peuvent aussi être remises en question dans une perspective de protection des

¹⁷¹ Voir les propos de Madame la juge Bich dans l'affaire *Bergeron c. Fortier*, 2005 QCCA 319, n° 38- 39 ; [2005] R.J.Q. 982 n° 38- 39

« Enfin, l'idée que le seul recours dont dispose le créancier litigieux à l'encontre d'une provision insuffisante (ou d'une quelconque violation des articles 808 à 814) soit celui de l'article 815 ou de l'article 817 C.c.Q me paraît erronée et, pour tout dire, contraire au principe de protection des créances sous-jacent aux articles 808 et suivants et, en fait, sous-jacent, comme on l'a vu plus tôt, à toutes les dispositions du Code civil sur l'inventaire et la liquidation d'une succession. Il n'y a pas de raison d'empêcher le créancier litigieux de prendre les mesures préventives qui lui permettent de protéger l'exécution éventuelle de sa créance plutôt que de le condamner à laisser les choses se faire puis à tenter de les défaire en usant des recours curatifs des articles 815 et 817 C.c.Q. Mieux vaut prévenir que guérir, dit le proverbe, qui trouve à s'appliquer ici pleinement.

Je suis donc d'avis que le créancier litigieux visé par les articles 808 et suivants a le droit d'en exiger le respect, s'il peut agir en temps utile : or, pour pouvoir agir, il doit préalablement se renseigner sur la solvabilité ou l'insolvabilité de la succession et pour cela, il doit nécessairement consulter l'inventaire, qui lui permettra précisément de s'assurer de la solvabilité ou de l'insolvabilité de la succession et du traitement que reçoit sa créance. C'est ce que veulent les intimés et on doit leur donner raison, comme l'a fait en l'espèce le juge de première instance. De toute évidence, le créancier litigieux est un intéressé au sens de l'article 795 C.c.Q. en ce qu'il tire ou peut tirer un avantage direct et personnel de la consultation de l'inventaire, consultation qui est le préalable à l'exercice efficace des droits que lui confèrent les articles 808 et s. C.c.Q. »

créanciers. Il est possible de signaler à cet égard la période suspecte d'une année et de cinq années prévues pour certaines dispositions accomplies avant la date de la faillite¹⁷². Nous devrions dire, pour reprendre l'exacte formulation de la loi, que la période visée est celle du premier jour de l'année ou de la cinquième année précédant l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement. Le législateur entend assurer la conservation des biens du failli par une présomption générale d'inopposabilité et il fait de même par une présomption plus limitée d'inopposabilité pour une période de cinq années si cette disposition mettait en péril la solvabilité du disposant. Évidemment, la disposition de bonne foi faite pour contrepartie valable n'est pas affectée par cette présomption. Nous pouvons également signaler la période de trois mois qui précède la faillite et pendant cette période sont tenus comme frauduleux et inopposables « tout transfert de biens ou charge les grevant, tout paiement fait, toute obligation contractée et toute instance judiciaire intentée ou subie par une personne insolvable en faveur d'un créancier ou d'une personne en fiducie pour un créancier, en vue de procurer à celui-ci une préférence sur les autres créanciers »¹⁷³.

CONCLUSION

49. *Conclusion* – La suspicion est sans doute un phénomène que l'on ne peut ignorer au su des diverses dispositions législatives, soit au *Code civil du Québec*, soit dans les lois statutaires, qui remettent en question ou qui permettent la remise en question d'actes juridiques survenus pendant une période prédéterminée avant la survenance d'un événement bien identifié. La période

¹⁷² *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R. (1985), ch. B-3, art. 91 (version consolidée).

¹⁷³ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R. (1985), ch. B-3, art. 95(1) (version consolidée).

est parfois circonscrite à un délai fixé et précisé en fonction d'un nombre de jours, mois ou même d'années. La période peut en d'autres circonstances s'en remettre à un délai qui coïncide en partie ou en totalité avec la durée de l'événement visé, telle la période de la maladie mortelle, etc. La remise en question des actes survenus pendant la période identifiée provient bien souvent d'un état psychologique chez la personne qu'entend protéger le législateur : les sentiments de doute, de frustration et d'exploitation mènent essentiellement à la remise en question des actes alors accomplis. En ces cas, ce sont des principes d'ordre public, de liberté contractuelle, de capacité de contracter, de l'exclusion des donations ou actes équivalents qui ne prendraient effet qu'au décès. En ces cas, ces principes sont mis en péril par les actes suspects et ne sont-ils pas suspects pour la simple raison qu'ils se détournent des politiques législatives? Il en est de même pour les professionnels au service des institutions fondamentales du pays : l'intégrité des institutions, telle la confiance dans la magistrature et dans des ordres professionnels, ne souffre pas les dérapages qui soulèvent la suspicion. La suspicion serait-elle devenue une forme de mise en garde pour tout comportement qui pourrait déroger à la confiance que méritent nos institutions? C'est là sans doute une arme qui a pu se révéler efficace mais aussi qui est fort dangereuse en elle-même. Ne faudrait-il pas, bien au contraire, se méfier de la suspicion car les soupçons ne sont pas et ne devraient pas être source de droit?