

La Revue juridique Thémis

Volume 39, numéro 3 (2005)

On peut se procurer le présent ouvrage à:

Les Éditions Thémis
Faculté de droit, Université de Montréal
C.P. 6128, Succ. Centre-Ville
Montréal (Québec) H3C 3J7
Canada

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

Internet : www.themis.umontreal.ca

Téléphone : (514) 343-6627

Télécopieur : (514) 343-6779

Les Éditions Thémis

Conseil d'administration

Louis BORDELEAU
Jean-Maurice BRISSON
Isabelle DUPLESSIS
Guy LEFEBVRE
Didier LLUELLES
Benoît MOORE
Magdalena TWAROWSKA

Président

Stéphane ROUSSEAU

Membre honoraire

Albert BOHÉMIER

Directeur

Stéphane ROUSSEAU

Conseiller spécial

Albert BOHÉMIER

Directeurs adjoints

Guy LEFEBVRE
Didier LLUELLES
Benoît MOORE
Stéphane ROUSSEAU

Responsable de l'édition (livres)

Christian SAINT-GEORGES

Comptabilité et service à la clientèle

Stéphanie PAIEMENT

Adjoint à l'administration

Vincent BLANCHARD

Revue juridique Thémis

Conseil de rédaction

Diane BRUNEAU
Pierre CIOTOLA
François DOYON
H. Patrick GLENN
Bartha Maria KNOPPERS
Hélène LE BEL
Paul MARTEL
Patrick MOLINARI
Hugues PARENT
Jean PINEAU
Adrian POPOVICI
Hélène TRUDEAU

Directeur

Didier LLUELLES

Responsable de l'édition

Ginette GAUTHIER

Édition

Renée MALO

La Revue juridique Thémis paraît trois fois l'an.

- Abonnement annuel : 48 \$ CAN (TPS et TVQ en sus)
États-Unis : 54 \$ CAN
Autres pays : 60 \$ CAN
- Prix du numéro : 20 \$ CAN (TPS et TVQ en sus)

Les prix peuvent être modifiés sans préavis.

Tous les chèques doivent être faits payables à Montréal, en argent canadien ou américain, au nom des Éditions Thémis inc. L'abonné qui ne désire plus recevoir la revue est prié de faire parvenir à l'administration un avis à cet effet. Sans cet avis, l'abonnement expiré sera automatiquement renouvelé.

Les articles publiés dans cette revue sont répertoriés dans l'Annuaire de Jurisprudence du Québec, Repère (Index analytique d'articles de périodiques de langue française), Index To Canadian Legal Periodical Literature, Index to Legal Periodicals et Lexis-Nexis. Les articles publiés dans cette revue sont aussi disponibles sur le réseau Internet à l'adresse suivante : <http://www.themis.umontreal.ca>. La table des matières de chaque numéro est désormais reproduite dans le périodique américain **Legal Contents**.

Normes concernant la publication

Chaque texte soumis doit être accompagné d'un résumé en français et en anglais et être acheminé directement à **didier.luelles@umontreal.ca**. Pour les références et les abréviations, on doit suivre la méthode établie dans Didier LLUELLES, *Guide des références pour la rédaction juridique*, 6^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2000.

Pour tout renseignement, veuillez communiquer avec :

LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

a/s Didier Luelles (droit)
Université de Montréal
C.P. 6128, Succ. Centre-ville
Montréal, Qc H3C 3J7
Téléphone : (514) 343-6096
Télécopieur : (514) 343-2057
Adresse électronique : didier.luelles@umontreal.ca
Site Internet: www.themis.umontreal.ca

Les opinions exprimées dans cette revue n'engagent que la responsabilité des auteurs.

© Éditions Thémis inc., 2005

ISSN 0556-7963

Les Éditions Thémis autorisent la reproduction, pour fins d'enseignement, des textes sur lesquels elles détiennent les droits, pourvu qu'il soit fait mention, tant du nom de l'auteur que de celui de la Revue juridique Thémis. La reproduction pour d'autres fins sera régie par le principe de l'utilisation équitable. Dans les autres cas, l'utilisateur éventuel devra obtenir une autorisation écrite.

Dépôt légal :

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

Envoi de Poste-publications-Enregistrement n° 09200 – convention n° 40019121

Composition : Claude Bergeron

Table des matières

Constitutionnalisme sociétal et globalisation : alternatives à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État	
Gunther TEUBNER	435
La régulation procédurale de la recherche biomédicale et la procéduralisation du droit de la bioéthique	
Mourad MEDJNAH	459
Comparative Legal Education in Canada	
Catherine VALCKE	483
LA LETTRE D'ANGLETERRE	
Estelle DERCLAYE et Paul L.C. TORREMANS	509
LES PAGES DU CDACI	
 Centre de droit des affaires et du commerce international	
Les limites de la «juridiction inhérente» du tribunal et le cas du financement débiteur-exploitant («DIP Financing») en droit civil québécois	
Antoine LEDUC	551
CHRONIQUES SECTORIELLES	
Les enjeux qui sous-tendent le relativisme culturel des droits humains, les cas de la <i>Charte arabe des droits de l'Homme</i> et de la <i>Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme</i>	
Osire GLACIER	597
LIVRES REÇUS	621
INDEX DU VOLUME 39	623

Constitutionnalisme sociétal et globalisation : alternatives à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État*

Gunther TEUBNER**

Résumé

Comment la théorie constitutionnelle réagit-elle aux trois grandes tendances contemporaines (numérisation, privatisation et globalisation) en ce qui a trait au problème de l'inclusion/exclusion de secteurs entiers de la population dans la communication globale ? C'est ainsi que la « question constitutionnelle » devrait se poser aujourd'hui, comparativement à la question posée aux 18^e et 20^e siècles à l'époque des États-nations. Alors que les constitutions de jadis libéraient simultanément le dynamisme de la démocratie tout en disciplinant les pouvoirs politiques par la loi, le problème aujourd'hui consiste à libérer et à discipliner des dynamiques sociales très différentes. La question est de savoir comment la théorie constitutionnelle réussira à généraliser sa tradition de nation-

Abstract

How is constitutional theory to respond to the challenge arising from three current major trends – digitisation, privatisation and globalisation – for the problem of inclusion/exclusion of whole segments of the population in processes of global communication? That is how today's "constitutional question" ought to be formulated, by contrast with the 18th and 19th century question of the constitution of nation-states. While the old constitutions were simultaneously liberating the dynamics of democratic politics and disciplining repressive political power by law, the point today is to liberate and to discipline quite different social dynamics. The question is how constitutional theory will manage to generalise its nation-state tradition in contemporary terms and re-specify it.

* Traduction de Wanda Capeller, Professeur des Universités IEP de Toulouse.

** Professeur de droit privé et de sociologie juridique à l'Université Johann Wolfgang Goethe à Frankfurt et « Centennial Visiting Professor » à la London School of Economics.

état dans des termes contemporains et à la redéfinir.

La thèse principale veut que, dans une société globale, une multiplicité de constitutions civiles apparaisse hors des univers politiques institutionnalisés. La constitution de la société mondiale ne se fait pas exclusivement dans les institutions créées en vertu de la politique internationale, pas plus qu'elle ne se manifeste dans une constitution globale unitaire recouvrant tous les domaines de la société; cette société mondiale devrait plutôt émerger graduellement, par la constitutionnalisation de multiples sous-systèmes autonomes.

Ces changements importants rendent plausible un pluralisme constitutionnel planétaire. Premièrement, le constitutionnalisme sociétal est une conséquence normative du dilemme de la rationalisation sociétale. La dérive évolutionniste des procédés de rationalisation planétaire exige que soient institutionnalisées des sphères d'autonomie propices à la réflexion. Deuxièmement, la globalisation polycentrique a notamment pour conséquence de permettre à la politique internationale de poursuivre sa propre constitutionnalisation, mais non celle de toute la société mondiale. Troisièmement, la relation nécessaire entre juridification et constitutionnalisation implique que des secteurs autonomes de la société planétaire disposent d'une certaine capacité d'avoir leur propre constitution.

Quelles caractéristiques fondamentales doivent exister pour démontrer les éléments constitutionnels des divers secteurs mondiaux? En fait, la constitution politique de l'État-

The main thesis is that within global society a multiplicity of civil constitutions outside institutionalized politics is emerging. The constitution of world society is coming about not exclusively in the representative institutions of international politics, nor can it take place in a unitary global constitution overlying all areas of society, but will emerge incrementally in the constitutionalisation of a multiplicity of autonomous subsystems of world society.

Three major changes render a global constitutional pluralism plausible. First, societal constitutionalism is a normative consequence of the dilemmata of societal rationalisation. The evolutionary drift of global rationalisation processes makes it necessary to guarantee institutionally spheres of autonomy for reflection. Second, it is a consequence of polycentric globalisation that international politics can at best pursue its own constitutionalisation, but not that of the whole world society. Third, the necessary connection between juridification and constitutionalisation implies that autonomous sectors of global society possess the potential for constitutions of their own.

What basic features must be present for demonstrating constitutional elements in the various global sectors? In fact, the political constitution of the nation-state may serve as the great historical model for civil constitutions. Here a stock of historical experience, of procedures, terms, principles, and norms, is available as an analogy for the present situation. Yet analogies must be handled with extreme caution, since they can be over-hastily transposed, ignoring

nation peut servir de grand modèle historique pour les constitutions civiles. Voilà un bagage d'expérience historique, de procédures, de termes, de principes et de normes, susceptible de servir d'analogie pour la situation contemporaine. Et pourtant, toute analogie doit être abordée avec beaucoup de prudence, dans la mesure où on risque de transposer trop vite des situations, en ignorant les caractéristiques des secteurs sociaux globalisés. L'article porte sur les éléments fondamentaux suivants des constitutions civiles: (1) le raccord structurel entre un secteur social et la loi; (2) la hiérarchie des normes: droit constitutionnel vs droit ordinaire; (3) l'étude juridique des normes; (4) la double constitution des secteurs organisés et des secteurs spontanés.

the specific features of globalised social sectors. The lecture focuses on the following basic features of civil constitutions: (1) structural coupling between a social sector and law; (2) hierarchy of norms: constitutional versus ordinary law; (3) judicial review of norms; (4) dual constitution of organised and spontaneous sectors.

Plan de l'article

I. Verba docent, exempla trahunt	441
II. Effets en théorie constitutionnelle	443
III. La thèse principale: constitutionnalisation sans l'État	445
IV. Trois tendances de développement	447
A. Diagnostic I: Le dilemme de la rationalisation	447
B. Diagnostic II: Globalisation polycentrique	450
C. Diagnostic III: Constitutionnalisme rampant.....	451
V. Les traits fondamentaux des constitutions civiles (l'exemple de l'Internet)	452
A. Premier trait: le couplage structurel entre sous-système et droit.....	452
B. Deuxième trait: la hiérarchie des normes – droit constitutionnel versus droit ordinaire	455
C. Troisième trait: le test judiciaire des normes.....	456
D. Quatrième trait: la constitution duelle du secteur organisé et du secteur spontané	457

I. *Verba docent, exempla trahunt*

Un groupe de critiques de la globalisation poursuit en justice un fournisseur d'accès commercial sur l'Internet. Dans le prolongement du célèbre arrêt *Cubby c. Compuserve*¹, ils font appel à la liberté de l'Internet pour faire valoir juridiquement le droit d'accès auquel ils prétendent. Les offres du fournisseur d'accès rassurent les fournisseurs sur la possibilité de créer des sites Web sur ses ordinateurs. Le fournisseur d'accès fut longtemps pris dans les imbroglios des juristes et des actions collectives engagées parce que certains des sites Web contenaient de la pornographie pédophile et de la propagande Nazie. Le facteur décisif est venu de la décision récente du Tribunal de grande instance de Paris, ordonnant à Yahoo d'interdire aux utilisateurs français l'accès aux ventes aux enchères d'objets Nazis². Le coup final a été donné quand le fournisseur d'accès a alors interdit l'accès électronique à tous les sites Web où il considérait comme trop élevé le risque d'actions criminelles ou civiles³. Ont été aussi affectés des groupes politiques considérés par Compuserve comme politiquement radicaux ou trop proches des campagnes de protestation violentes. Ces groupes cherchent maintenant à contraindre Compuserve par une action civile.

Le cas regroupe en un seul point central une série de problèmes fondamentaux que relance la digitalisation de la communication. Il ne s'agit pas seulement d'un débat sur l'ensemble des questions techniques juridiques relatives à l'obligation pour des fournisseurs privés de conclure un contrat, sur le droit d'accès à Internet, la validité et la mise en œuvre de normes nationales dans un Internet transnational, ou l'effet sur les tiers de droits fondamentaux dans l'espace virtuel, mais la question plus fondamentale d'un droit politique

¹ 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

² Trib. gr. inst. Paris, Ordonnance de référé du 20 nov. 2000, disponible sur Internet à l'adresse : [http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.html]; Trib. gr. inst. Paris, Ordonnance de référé du 22 mai 2000, disponible sur Internet à l'adresse : [http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.html].

³ États-Unis: *Protection of Children from Sexual Predators Act*, 1990 42 U.S.C. § 13032; *Digital Millenium Copyright Act*, 1998 17 U.S.C. 512 (C); Europe: Directive 2000/31.

universel d'accès à la communication digitale⁴. En fin de compte, ce sont les problèmes d'exclusion du processus de la communication globale qui sont levés. Ce qui se cache à l'arrière-plan, c'est la question théorique de savoir si, de la dynamique évolutive de différenciation fonctionnelle, il s'ensuit que les divers codes binaires des systèmes mondiaux sont subordonnés à une différence d'inclusion/exclusion⁵. L'inclusion/exclusion deviendra-t-elle le méta-code de notre temps, servant d'intermédiaire à tous les autres codes? Ne risque-t-elle pas de saper en même temps la différenciation fonctionnelle elle-même et d'avoir un impact sur d'autres problèmes socio-politiques en raison de l'exclusion de groupes de population entiers?

La question centrale est la suivante : Comment la théorie constitutionnelle est-elle à même de répondre au défi résultant des trois tendances majeures actuelles – digitalisation, privatisation et globalisation – face au problème énoncé en termes d'inclusion/exclusion ?

C'est ainsi que doit être aujourd'hui formulée la « question constitutionnelle », en contraste avec les 18^e et 19^e siècles où la question de la constitution se posait en termes d'État-nation. Tandis que cela concernait la libération du pouvoir politique démocratique et en même temps l'encadrement du pouvoir politique répressif par le droit, la question aujourd'hui est de discipliner des dynamiques sociales différentes. La théorie constitutionnelle réussira-t-elle à

⁴ Benoît FRYDMAN et Isabelle RORIVE, «Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA», (2002) 23 *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 41; Bernd HOLZNAGEL, «Meinungsfreiheit oder Free Speech im Internet: Unterschiedliche Grenzen tolerierbarer Meinungsäußerungen in den USA und Deutschland», (2002) 9 *Archiv für Presserecht* 128; Bernd HOLZNAGEL, «Responsibility for Harmful and Illegal Content as well as Free Speech on the Internet in the United States of America and Germany», dans Christoph ENGEL et Kenneth H. KELLER (dir.), *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, Baden-Baden, Nomos, 2000; dans le même volume : Bernd HOLZNAGEL, «Responsibility for Harmful and Illegal Content as well as Free Speech on the Internet in the United States of America and Germany»; David J. GOLDSTONE, «A Funny Thing Happened on the Way to the Cyber Forum: Public vs. Private in Cyberspace Speech», 69 *Colorado L. Rev.* 1 (1998).

⁵ Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, p. 582 et suiv.

généraliser sa tradition d'État-nation en termes contemporains et à la re-spécifier⁶ ?

II. Effets en théorie constitutionnelle

La généralisation contemporaine et la re-spécification, c'est un problème qu'ont retourné en vain plusieurs tentatives ambitieuses de postuler une constitution mondiale universelle au-delà de l'État-nation. Cela est vrai des efforts juridiques pour faire reconnaître la Charte des Nations Unies comme constitution mondiale mise en vigueur par un souverain mondial et légitimant l'exercice d'un pouvoir politique mondial⁷. Cela est, cependant, également vrai d'un certain nombre d'efforts philosophiques dans la tradition kantienne pour concevoir une constitution mondiale universelle où l'introduction mondiale de nouvelles institutions et procédures est supposée être utilisée pour fonder un centre fédératif et un forum de politique interne commune au monde entier (Tenu, Habermas, Rawls)⁸.

Il y a plus de réalisme dans les tentatives de dissocier clairement État et constitution, et de concevoir explicitement une constitution mondiale sans un État mondial. Cette construction innovatrice a plus récemment été échafaudée en détail dans le débat sur la constitution européenne, mais à un niveau mondial la tentative a été faite aussi pour traquer des éléments constitutionnels dans le processus

⁶ P. ZUMBANSEN, « Spiegelungen von Staat und Gesellschaft: Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte », dans Michael ANDERHEIDEN, Stefan HUSTER et Stephan KIRSTE (dir.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts: Vorträge der 8. Tagung des jungen Forums Rechtsphilosophie, 20. und 21. September 2000 in Heidelberg*, Stuttgart, Steiner, 2000.

⁷ B. FASSBENDER, « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », 37 *Colum. J. of Transnat'l L.* 529 (1998) ; P. DUPUY, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », 1 *Max Planck Y.B.U.N. Law* 1 (1997).

⁸ Otfried HÖFFE, « *Königliche Völker* »: *Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 2001 ; Jürgen HABERMAS, *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998 ; John RAWLS, « The Law of Peoples », dans Stephen SHUTE et Susan L. HURLEY (dir.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books (1993).

actuel d'une politique internationale qui n'a aucun corps central comme le sujet/objet d'une constitution⁹.

La faille vient du point de départ, lequel repose sur des positions qui transforment explicitement des acteurs non traditionnellement reconnus comme des sujets de droit international, en sujets constitutionnels¹⁰. Ces acteurs sont, d'une part, des organisations internationales, des entreprises multinationales, des syndicats internationaux, des groupes d'intérêt et des organisations non gouvernementales en tant que participants au processus décisionnel mondial et, d'autre part, des individus, non définis par le droit international comme des personnes juridiques, mais en tant que porteurs de droits fondamentaux et des droits de l'homme¹¹. Implicitement, de telles conceptions reconnaissent que les processus de digitalisation et de gestion de réseau globaux sont incontestablement portés par des acteurs non gouvernementaux, dont devrait tenir compte une constitution mondiale.

Enfin, un pas supplémentaire est accompli avec les théories de l'effet horizontal des droits fondamentaux, qui n'affirment plus des positions de droits fondamentaux exclusivement contre des corps politiques, mais aussi contre des institutions sociales, en particulier vis-à-vis des centres de pouvoir économique¹². Les Nations

⁹ De l'Europe: Christian JOERGES, Yves MENY et J.H.H. WEILER (dir.) *What Kind of Constitution for What Kind of Policy? Responses to Joschka Fischer (Florence: Robert Schuman Centre, 2000)*, Firenze, Robert Schuman Centre, 2000; Udo DI FABIO, «Eine europäische Charta», 55 (2000) *Juristenzeitung* 737; Armin von BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform: Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Baden-Baden, Nomos, 1999; sur la constitution mondiale: Robert UERPMANN, «Internationales Verfassungsrecht», 56 (2001) *Juristenzeitung* 565; Christian TOMUSCHAT, «Obligations Arising for States Without or Against Their Will», (1993) *Recueil des Cours* 195.

¹⁰ Neil WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism», (2002) 65 *Mod. L. Rev.* 317; C. WALTER, «Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law», 44 (2001) *German Y.B. Internat'l L.* 170.

¹¹ Andreas FISCHER-LESCANO, «Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft», 88 (2002) *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 349.

¹² Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001; Hans D. JARASS, «Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung»,

Unies sont supposées avoir à leur égard des obligations protectrices correspondantes pour combattre les menaces aux droits fondamentaux dans des secteurs éloignés de l'État¹³.

III. La thèse principale : constitutionnalisation sans l'État

Les desseins d'une constitution mondiale mentionnés ci-dessus se présentent comme des extensions assez impressionnantes de la tradition constitutionnelle, encore que, en fin de compte, ils ne puissent pas se libérer de la fascinante architecture de l'État-nation en cherchant simplement à compenser ses inadéquations évidentes par toute sorte de pièces, accessoires, reconstructions, fouilles et ravalements – qui ne font que complexifier la construction au lieu de faire du neuf. Mais l'erreur de conception se trouve déjà dans le fait de centrer la constitution sur l'État¹⁴. En dépit de leur courage pour repenser la constitution dans la direction d'un globalisme politique, à la lumière d'un processus intergouvernemental, par l'inclusion d'acteurs dans la société et en termes d'effets horizontaux des droits fondamentaux, ils restent néanmoins collés à une observation de la constitution liée à l'action politique étatique.

Ma thèse principale est la suivante : on assiste à l'apparition d'une multiplicité de constitutions civiles. La constitution d'une société-monde ne se produit pas exclusivement dans les institutions représentatives de la politique internationale. Elle ne peut avoir lieu non plus dans une constitution mondiale englobant tous les

dans Peter BADURA et Horst DREIER (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001 ; K. PREEDY, « Fundamental Rights and Private Acts: Horizontal Direct or Indirect Effect? – A Comment », (2000) *Eur. Rev. Private L.* 125.

¹³ De l'Europe : Dierk SCHINDLER, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten: Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und Drittwirkungslehre*, Berlin, Duncker-Humblot, 2001 ; Andrew CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Oxford University Press, 1996 ; Jordan J. PAUST, « Human Rights Responsibilities of Private Corporations », 35 *Vand. J. Transnat'l L.* 801 (2002) ; Peter T. MUCHLINSKI, « Human Rights and Multinationals: Is There a Problem? », 77 (2001) *Internat'l Affairs* 31.

¹⁴ N. WALKER, *loc. cit.*, note 10.

secteurs de la société. Elle se développe plutôt de manière progressive dans la constitutionnalisation d'une multiplicité des sous-systèmes autonomes de la société-monde.

Les batailles qui font rage autour de la cyberanarchie de l'Internet, de la réglementation gouvernementale et de la commercialisation sont en première ligne des conflits de politique constitutionnelle, dont le cours chaotique dessine graduellement la forme de ce qui n'est pas autre chose que la loi organisationnelle d'une constitution digitale¹⁵. L'un des problèmes soulevés par les droits fondamentaux dans une constitution digitale se présente sous la forme juridique d'un cas où cette proposition a été ouverte¹⁶. Qu'il existe ou non un droit d'accès vis-à-vis d'un fournisseur d'accès à Internet est une question qui doit être tranchée sur la base des principes d'inclusion de la communication digitale. Ce qui est le lieu adéquat de normes digitales constitutionnelles, ce ne sont pas les principes d'une constitution politique externe (laquelle ? La constitution des États-Unis ? Une autre constitution nationale ? Une constitution transnationale ?), qui viseraient à l'accumulation de pouvoir et à la formulation d'une politique pour l'Internet, mais les principes d'une constitution propre de l'Internet, visant à la liberté de la communication digitale et à la délivrance des menaces électroniques qui y sont faites. Mais ces principes doivent encore être mis au point et validés au cours d'une constitutionnalisation de l'Internet¹⁷.

L'extension du secteur de combat, de Seattle à Gênes, ce qui a lieu dans les halls de conférence et dans la rue, ce sont des batailles relatives à une constitution de l'économie globale, dont le résultat donnera une impulsion constitutionnelle à la Banque Mondiale, au FMI et à l'OMC. Une constitution du secteur mondial de la santé

¹⁵ Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books (1999) ; David R. JOHNSON et David G. POST, «The New "Civic Virtue" of the Internet: A Complex System Model for the Governance of Cyberspace », disponible sur Internet à l'adresse suivante: [<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Newcivicvirtue.html>], 1998.

¹⁶ LG Bonn MMR 2000, 109 ; OLG Köln MMR 2001, 52 ; Karl-Heinz LADEUR, «Rechtsfragen des Ausschlusses von Teilnehmern an Diskussionforen im Internet: Zur Absicherung von Kommunikationsfreiheit durch netzwerkgerichtetes Privatrecht », 5 (2002) *Multimedia und Recht* 787.

¹⁷ Vaïos KARAVAS et Gunther TEUBNER, «<http://www.CompanyNameSucks:Grundrechte> gegenüber "privaten" im autonomen Recht des Internet? », dans W. HOFFMAN-RIEM et Karl-Heinz LADEUR (dir.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 272.

prend forme dans les débats ardents qui sont menés au sein et à l'extérieur de la science, sur la recherche sur l'embryon et la médecine de la reproduction aussi bien que dans la chasse aux génériques des droits traditionnels fondamentaux liés à l'État.

IV. Trois tendances de développement

Quelles circonstances justifient le rejet du modèle lié à l'État-nation d'une constitution exclusivement politique, qui semble avoir fait ses preuves à travers les siècles ? Très schématiquement et de façon préliminaire, je souhaite esquisser trois tendances séculaires renversant la pensée constitutionnelle centrée sur l'État, et montrant l'émergence d'un constitutionnalisme sociétal à un niveau global empiriquement et normativement plausible.

A. Diagnostic I: Le dilemme de la rationalisation

Ici la théorie du constitutionnalisme sociétal développé par le sociologue américain David Sciulli fournit les premiers jalons pour ce projet de recherche¹⁸. En partant du dilemme du processus de rationalisation de la modernité analysée en détail par Max Weber, il pose la question de savoir quelles contre-forces peuvent exister pour faire face à une dérive évolutive massive manifestée sur quatre axes : (1) la fragmentation des logiques d'action, avec pour conséquence une différenciation fortement avancée, la pluralisation et la compartimentalisation sectorielle de sphères sociales séparées ; (2) la prédominance du calcul instrumental comme la seule rationalité permettant une reconnaissance à travers les sphères ; (3) le remplacement compréhensif d'une coordination informelle par une organisation bureaucratique ; et (4) l'emprisonnement croissant dans « la cage de fer d'une servitude à venir », particulièrement dans les sphères sociales. Cette dérive finirait inévitablement par placer la « grande société » dans une situation de compétition intensive pour

¹⁸ David SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992 ; voir aussi : David SCIULLI, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York, New York University Press (2001) ; David SCIULLI, « The Critical Potential of the Common Law Tradition », 94 *Colum. L. Rev.* 1076 (1994) ; David SCIULLI, « Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality », (1988) 39 *British Journal of Sociology* 377.

l'acquisition des positions de pouvoir et d'influence sociale, de contrôle social fortement formalisé et d'autoritarisme politique et social¹⁹.

La seule dynamique sociale qui ait efficacement œuvré contre cette dérive évolutionniste dans le passé et qui puisse opposer une résistance dans le futur sera trouvée, selon Sciulli, dans les institutions « de constitutionnalisme sociétal ». La question décisive est de savoir comment institutionnaliser les procédures de normes non rationnelles (au sens de « *rational choice* ») ce qui peut être empiriquement identifié par ce qu'il appelle « des formations collégiales », c'est-à-dire des formes organisationnelles particulières aux professions et autres institutions productrices de normes et délibératives²⁰.

Cette théorie du constitutionnalisme sociétal peut être reliée directement aux approches post-Rawlsiennes pour une théorie délibérative de la démocratie qui cherche à identifier le potentiel démocratique dans des institutions de la société et à en tirer des conséquences normatives et institutionnelles²¹. L'important, ici, est que l'on ne considère pas la démocratisation délibérative comme confinée à des institutions politiques, mais qu'on la considère explicitement dans son extension aux acteurs sociaux dans le contexte national et international²². Plus importants encore sont les parallèles avec la théorie constitutionnelle de la sociologie des systèmes, qui dépeint un développement tout à fait similaire de l'expansion du système et de sa restriction concomitante. D'un point de vue systémique, le rôle historique de la constitution, particulièrement quand il s'agit des droits fondamentaux, ne s'épuise pas dans l'organisation normative étatique (l'édition de normes) et les droits individuels juridiques, mais consiste principalement dans la garantie de la mul-

¹⁹ D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, *op. cit.*, note 18, p. 56.

²⁰ *Id.*, p. 80.

²¹ Philip SELZNICK, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley, University of California Press, p. 229 et suiv. (1992); Philip SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, Russell Sage (1969); Jürgen HABERMAS, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Cambridge, Polity, 1992.

²² Michael C. DORF et Charles Frederick SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », 98 *Colum. L. Rev.* 267 (1998); Joshua COHEN et Charles SABEL, « Directly-Deliberative Polyarchy », 3 (1997) *Eur. L.J.* 313.

tiplicité de la différenciation sociale contre le déluge des tendances²³. Considérées historiquement, les constitutions apparaissent comme une contrepartie de l'apparition de sphères autonomes d'action typique dans les sociétés modernes. Aussitôt que des tendances expansionnistes surgissent dans le système politique, menaçant de ruiner le processus de différenciation sociale lui-même, des conflits sociaux se produisent, comme conséquence de l'institutionnalisation de certains droits fondamentaux en tant que contre-institutions sociales, là où précisément la différenciation sociale est menacée par les tendances à l'autodestruction qui y sont inhérentes.

Dans la constitutionalisation, la question est de libérer le potentiel de dynamique hautement spécialisée en les institutionnalisant et, en même temps, d'institutionnaliser les mécanismes d'auto-restriction contre l'expansion d'un secteur social hégémonique. Ces tendances à l'expansion se sont manifestées dans des situations historiquement très diverses, d'abord principalement dans la politique, aujourd'hui plutôt dans l'économie, la science, la technologie et d'autres secteurs sociaux. Renforcer l'autonomie des sphères d'action comme un contre-mouvement par rapport aux tendances de différenciation semble être la réponse générale à l'œuvre à la fois dans les constitutions politiques traditionnelles et dans les constitutions civiles émergentes. Si c'est la tâche centrale des constitutions politiques de soutenir l'autonomie d'autres sphères d'action contre l'expansion du politique, alors dans les constitutions civiles contemporaines on doit vraisemblablement garantir les chances d'articulation de logiques d'action prétendues non rationnelles contre la tendance de rationalisation sociale dominante. Cela se fera en conquérant des aires d'autonomie pour la réflexion sociale dans des conflits durables et en les institutionnalisant²⁴.

²³ Oliver GERSTENBERG et Charles SABEL, « Directly Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe? », dans Christian JOERGES et Renaud DEHOUSSE (dir.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, p. 289 (2002); Joshya COHEN, « Can Egalitarianism Survive Internationalization? » in Wolfgang STREECK (dir.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt, Campus, 1998.

²⁴ Gunther TEUBNER, « Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors? », dans Karl-Heinz LADEUR (dir.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Ashgate, Aldershot 2004, 71; Gunther TEUBNER, « Contracting Worlds: Invoking Discourse Rights in Private Governance Regimes », 9 (2000) *Social and Legal Studies* 399; Gunther TEUBNER, « After Privatisation? The Many Autonomies of Private Law », 51 (1998) *Current Legal Problems* 393; Graf-Peter CALLIESS, « Reflexive Transnational Law: The

B. Diagnostic II : Globalisation polycentrique

La société-monde s'édifie non pas sous la houlette de la politique internationale, mais accompagnée de manière la plus réactive qui soit par cette dernière – comme l'a récemment montré la globalisation du terrorisme. Au lieu de cela, la globalisation est un processus polycentrique dans lequel simultanément les différents secteurs de la vie transgressent leurs limites régionales, chacun constituant en soi un secteur autonome global²⁵.

Une remarque décisive est que la globalisation de la politique, en comparaison avec d'autres sous-systèmes, est restée relativement à la traîne et continuera sans nul doute à l'être dans un avenir prévisible. Vu la faiblesse notoire des institutions des Nations Unies, la politique mondiale demeure au fond une politique internationale, c'est-à-dire un système d'interactions entre des États-nations autonomes vers lequel l'organisation internationale est aussi graduellement attirée, sans que le monde des États-nations soit remplacé ni même repoussé au second rang. Cette asymétrie de sous-systèmes sociaux entièrement globalisés et de politiques purement internationalisées est au fondement de la situation où les institutions politiques avec leurs propres constitutions pourraient en même temps être aussi la constitution de la société tout entière. En laissant persister les vieux concepts d'une société politique hiérarchique dans laquelle le monarque était le chef de la société, l'État-nation a pu continuer à laisser croire que le sous-système politique a constitué la nation entière au travers de la constitution étatique, même si la fragilité de cette construction était déjà claire. Cela est démontré par l'émergence répétée de l'idée d'une constitution indépendante économique, tout comme d'autres constitutions dans des sous-secteurs sociaux, avec les concepts de l'effet horizontal des droits

Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law», 24 (2002) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 185; Peer ZUMBANSEN, «The Privatization of Corporate Law? Corporate Governance Codes and Commercial Self-Regulation», 3 (2002) *Juridicum* 32.

²⁵ John W. MEYER, John BOLI, George M. THOMAS et Francisco O. RAMIREZ, «World Society and the Nation-State», 103 *Am. J. of Sociology* 144 (1997); Boaventura de Sousa SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995; Rudolf STICHWEH, *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000; Klaus GÜNTHER, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, 2001; Martin SHAW, *Civil Society and Media in Global Crisis: Representing Distant Violence*, New York, Pinter (1996).

fondamentaux dans la société civile, prévalant sur leur ordonnancement par l'État²⁶. Pour la société-monde, cependant, une telle revendication ne peut plus tout simplement être affirmée. C'est une illusion que de percevoir les Nations Unies comme un souverain du monde à l'œuvre donnant non seulement aux organisations de l'ONU, mais aussi à la politique internationale, et même aux systèmes non gouvernementaux de la société mondiale, une constitution avec une revendication d'obligatorité, de légitimité et de contrainte – comme quelques juristes internationaux cherchent à l'imaginer.

C. Diagnostic III : Constitutionnalisme rampant

Il y a un important rapport entre juridicisation et constitutionnalisation. L'hypothèse est que chaque processus de juridicisation contient en même temps des processus latents de normativisation constitutionnelle. Au bout du compte, cela établit la qualité constitutionnelle de l'émergence de n'importe quel système juridique, qui mène directement aux questions épineuses des fondements non essentiels du droit, autour desquelles tournent les principales théories juridiques de notre temps. Les problèmes techniques qui doivent être traités sont : l'autojustification du droit ; les paradoxes consécutifs qui bloquent le processus du droit ; et les « solutions » pratiques de ces paradoxes, qui restent toujours aussi problématiques, en raison des qualités autologiques de la constitutionnalisation. Ces qualités ont été définies dans des variations nombreuses, par Hans Kelsen dans la relation de la norme fondamentale avec les normes constitutionnelles les plus élevées, par Herbert Hart dans la théorie de règles secondaires et la règle suprême de reconnaissance, par Niklas Luhmann dans le rapport entre le paradoxe juridique et la constitution et par Jacques Derrida dans la violence paradoxale qui est le fondement non essentiel du droit²⁷. La question continue à être celle de la compréhension du processus para-

²⁶ N. WALKER, *loc. cit.*, note 10 ; P. BEHRENS, « Weltwirtschaftsverfassung », 19 (2000) *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 5.

²⁷ Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, p. 116 et suiv. (1946) ; Herbert Lionel A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, p. 77 et suiv. ; Niklas LUHMANN (dir.), *Political Theory in the Welfare State*, Berlin, de Gruyter, 1990 ; Jacques DERRIDA, *Otobiographies : l'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre*, Paris, Galilée, 1984 ; Jacques DERRIDA, « Force of Law: The Mystical Foundation of Authority », 11 *Cardozo L. Rev.* 919 (1990).

doxal selon lequel n'importe quelle création de droit présuppose toujours déjà des éléments rudimentaires de sa propre constitution tout en les constituant en même temps uniquement par leur mise en œuvre.

Dans notre contexte, il n'est plus possible, maintenant, de confiner à la communauté politique le rapport problématique entre juridicisation et constitutionnalisation. La proposition célèbre de Hugo Grotius *ubi societas ibi ius* doit être reformulée dans les conditions de différenciation fonctionnelle de la planète de telle manière que, partout où des secteurs autonomes sociaux se développent, du droit autonome est produit en même temps, avec une relative distance par rapport à la politique. La création du droit a aussi lieu à l'extérieur des sources classiques du droit international, dans des conventions entre des joueurs globaux privés, dans la régulation du marché privé par les multinationales, les réglementations internes des organisations internationales, les systèmes de négociation inter-organisationnels et les processus de standardisation mondiaux qui débouchent en partie en marchés, et en partie en processus de négociation parmi les organisations²⁸.

V. Les traits fondamentaux des constitutions civiles (l'exemple de l'Internet)

Plus concrètement, la question se pose : Quels traits fondamentaux doivent exister pour l'édification d'une constitution civile dans les divers secteurs globaux²⁹ ?

A. Premier trait : le couplage structurel entre sous-système et droit

Des constitutions civiles ne sont pas de simples textes juridiques et ne sont pas non plus les structures *de facto* de systèmes

²⁸ Mathias ALBERT, *Zur Politik der Weltgesellschaft: Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung*, Weilerswist, Velbrück, 2002 ; Jean Philippe ROBÉ, « Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order », dans Gunther TEUBNER (dir.), *Global Law Without A State*, Aldershot, Dartmouth Gower, 1997 ; B.de S. SANTOS, *op. cit.*, note 25.

²⁹ N. WALKER, *loc. cit.*, note 9 ; C. WALTER, *loc. cit.*, note 10, 188 et suiv.

sociaux³⁰. On peut parler d'éléments d'une constitution civile au sens strict seulement lorsque se produit une interaction de processus autonomes sociaux d'un côté et des processus autonomes juridiques de l'autre. Dans le langage de la théorie de systèmes : quand sont établis des liens structurels à long terme entre structures spécifiques des sous-systèmes et normes juridiques³¹.

La constitution, par là, dans la mesure où on l'institutionnalise comme un couplage entre deux sphères de signification, répond à un problème qui surgit dans toute construction normative autonome dans la société : le problème de la corruption structurelle. Ainsi en va-t-il de la question très discutée aujourd'hui de savoir si, comment et par quels acteurs l'Internet doit être régulé³². La réglementation nationale a tendance à échouer en raison des problèmes de mise en œuvre soulevés par la nature transnationale de la communication digitale. Cette régulation d'Internet que souhaitent aujourd'hui tous les hommes de bonne volonté, au moyen de la législation internationale légitime, menace, hélas, d'échouer à son tour à cause des difficultés qu'il y a à parvenir à un consensus intergouvernemental. Cela n'exclut pas, bien sûr, la possibilité de continuer à essayer l'un et l'autre, avec, même, quelque chance de succès. Encore les difficultés *de facto* avec l'une et l'autre forme de régulation font que cette autorégulation de l'Internet comme système autonome prend infiniment plus de valeur. Le droit autoproduit par l'Internet tire profit non seulement des problèmes rencontrés avec les deux autres formes de régulation, mais en plus des avantages techniques que l'architecture du code offre pour une régulation hautement efficace. Grâce aux moyens électroniques de contrainte, il peut en grande partie le faire sans une régulation contrôlée par des attentes socio-juridiques, mais les moyens électroniques sont à leur tour contrôlés

³⁰ P. BEHRENS, *loc. cit.*, note 26.

³¹ Gunther TEUBNER, « Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and Legal Institutions in the Varieties of Capitalism », dans Michal WHEELER, John ZIMAN et Margaret A. BODEN (dir.), *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, Oxford, Oxford University Press, 2002 ; N. LUHMANN, *op. cit.*, note 5, p. 440 et suiv.

³² B. HOLZNAGEL, « Sectors and Strategies of Global Communications Regulation », 23 (2002) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 3 ; COMMITTEE TO STUDY GLOBAL NETWORKS AND LOCAL VALUES, *Global Networks and Local Values: A Comparative Look at Germany and the United States*, Washington, National Academy Press, 2001 ; L. LESSIG, *op. cit.*, note 15 ; D.R. JOHNSON et D.G. POST, *loc. cit.*, note 15.

par des normes méta-juridiques³³. La tendance alors va clairement dans la direction d'une *lex electronica* autonome, en parallèle avec la *lex mercatoria* autonome du droit économique autonome³⁴. Par exemple, les cours d'arbitrage de l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), qui décident sur la base de la norme juridique autonome non nationale du paragraphe 12a de la politique ICANN sur l'attribution de domaines, qui lie juridiquement et a force exécutoire électronique, sont un exemple remarquable d'une législation autonome digitale³⁵. Mais, dans un parallèle exact avec le droit global économique, la *lex electronica* apporte avec elle le problème de la corruption structurelle, c'est-à-dire de l'influence massive et non filtrée d'intérêts « privés » sur la production du droit. C'est là que surgit la question constitutionnelle de l'Internet³⁶.

À la dépendance diffuse de loi prémoderne par rapport aux pressions politiques, à la terreur politique et aux positions de pouvoir social et économique, on a donné une double réponse par les institutions de couplage structurel. Ainsi la corruption pourrait-elle non pas, bien entendu, être évitée, mais néanmoins réduite efficacement : en rendant illégal le trafic d'influence, d'une part, et en augmentant l'irritabilité légitime de l'autre. Une réponse réaliste aux problèmes de corruption structurelle du cyber-droit doit, de la même façon, ne provenir que de la propre constitution de l'Internet, tant qu'il y a un couplage structurel fonctionnant entre des structures fondamentales digitales et des normes juridiques. Tout à fait différente est la question de savoir si et dans quelle mesure cette sorte de constitution autoproduite l'est politiquement de l'extérieur, si elle l'est unilatéralement par le gouvernement des États-Unis ou selon une convention internationale, ou si elle prend forme comme un processus d'organisation autonome interne de l'Internet, au travers d'institu-

³³ L. LESSIG, *op. cit.*, note 15, p. 43 et suiv.

³⁴ Henry FARRELL, « Hybrid Institutions and the Law: Outlaw Arrangements or Interface Solutions », 23 (2002) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 25.

³⁵ Dirk LEHMKUHL, « The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems », 23 (2002) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 61 ; Beth G. THORNBURG, « Going Private: Technology, Due Process and Internet Dispute Resolution », 34 *U. Cal. Davis L. Rev.* 151 (2000).

³⁶ D. LEHMKUHL, *loc. cit.*, note 35, 67 et suiv. ; Michael GEIST, « Fair.com? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP », 2001, disponible sur Internet à l'adresse suivante : [http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf].

tions comme l'ICANN, des cours d'arbitrage internes, des organisations de standardisation comme le Consortium du World Wide Web ou l'Internet Engineering Task Force et des mouvements digitaux civils³⁷. Cela ne change cependant rien au besoin d'une constitution digitale autonome pour un lien structurel efficace entre droit et communications digitales.

B. Deuxième trait : la hiérarchie des normes – droit constitutionnel versus droit ordinaire

En plus de la qualité de norme juridique et de son couplage structurel avec un système social doit exister un rapport spécifique autologique, une hiérarchisation entre normes de « très haute » qualité constitutionnelle et celles de qualité « inférieure » de droit ordinaire. En premier lieu, il y a les règles d'autoproduction, c'est-à-dire les normes constitutionnelles qui rencontrent l'exigence paradoxale de régler la production de normes juridiques primaires, mais en même temps régler aussi leur propre production et se référer comme fondation à un acte révolutionnaire de violence, un contrat social, une fondation divine ou quelque autre mythe fondateur. Le défi pour une constitution civile se trouve dans l'identification de règles d'autoproduction séparées qui dépassent le cercle étroit de l'exercice d'une production du droit centrée sur la politique. Il y a eu trente années de débats vigoureux pour ce qui concerne la *lex mercatoria*³⁸ ; dans le cas de la *lex electronica*, cela commence seulement à s'échauffer graduellement³⁹. Le problème est de savoir comment des normes secondaires donnent une réponse non seulement à la question cognitive « Qu'est-ce que du droit valide ? », mais aussi à la question

³⁷ H. FARRELL, *loc. cit.*, note 34.

³⁸ K. BERGER, « Understanding International Commercial Arbitration », dans CENTER OF TRANSNATIONAL LAW (dir.), *Understanding International Commercial Arbitration*, Münster, Quadis, 2000 ; Dirk LEHMKUHL, « Commercial Arbitration – A Case of Private Transnational Self-Governance? », *Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 2000* ; Gunther TEUBNER, « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », dans G. TEUBNER (dir.), *op. cit.*, note 28 ; Ursula STEIN, *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt, Klostermann, 1995.

³⁹ D. LEHMKUHL, *loc. cit.*, note 35 ; M. GEIST, *loc. cit.*, note 35 ; A. Michael FROOMKIN, « Semi-private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process », 2000, disponible sur Internet à l'adresse suivante : [http://personal.law.miami.edu/~froomkin/articles/TPRC99.pdf].

normative plus complexe « Quels sont les acteurs légitimes et quelles sont les procédures légitimes pour la production du droit ? ».

Quelles sont les normes secondaires qui définissent la transformation de la *nétiquette*, c'est-à-dire des bonnes manières sur l'Internet (pas de *spamming*, etc.) en droit coutumier digital avec une prétention à la validité universelle? De quelle habilitation constitutionnelle peuvent se prévaloir les organisations de standardisation de l'Internet lorsqu'elles dictent les règles de communication digitale et les mettent simultanément en œuvre dans l'architecture de l'Internet? Quelles règles de reconnaissance guident les cours d'arbitrage privées de l'Internet qui décident sur les affaires de domaine avec une revendication d'obligatorité juridique et les met en vigueur directement par des moyens électroniques une fois écoulé un bref délai pour l'appel devant des cours nationales? Quelles normes secondaires régissent la qualité juridique des *click wrap rules*, les clauses d'affaire générales des fournisseurs d'accès et des hôtes, qui, comme dans notre cas initial, décident d'une façon qui lie, du mode d'accès aux institutions juridiques?

C. Troisième trait : le test judiciaire des normes

Hierarchie des normes ne signifie pas seulement des règles pour l'autoproduction, mais aussi pour le test du droit par lui-même. Le droit lui-même déclare juridiquement posées des normes illégales si elles sont substantivement en contradiction avec des normes constitutionnelles supérieures. Dans des constitutions politiques hautement développées cela a conduit, nous le savons, à la différenciation entre la juridiction constitutionnelle et la juridiction ordinaire, et entre le droit constitutionnel et le droit commun. Si une différenciation aussi explicite ne peut pas être trouvée dans les divers sous-secteurs sociaux, cela signifie-t-il qu'il n'y a aucune hiérarchie de normes, ou qu'aucun test des normes n'a lieu? Le test judiciaire des contrats d'affaires standard, de la standardisation par des associations privées, des décisions de cours d'arbitrage dans la sphère à la fois nationale et internationale constituent autant d'exemples d'un test constitutionnel *de facto* du droit non législatif.

Dans sa relation avec le politique, le test juridique constitutionnel de législation n'a jusqu'ici fonctionné que de manière rudimentaire par rapport à d'autres sous-systèmes. Dans quelle mesure la loi doit-elle s'adapter à la rationalité intrinsèque des autres sous-

systèmes et dans quelle mesure faut-il résister aux influences qui corrompent le droit? Où sont les combinaisons de libération et de contrainte s'agissant des secteurs a-politiques de la société, quand des mécanismes de création du droit non législatifs sont à l'œuvre comme ici? Évidemment, les critères de test et les mécanismes d'ajustement de la constitution politique doivent être remplacés par ceux de chaque constitution spécifique. Des standards technologiques mondiaux supposent un test juridique différent, des critères différents et des procédures différentes, provenant, disons, des clauses générales internationales du commerce ou des codes de conduite globaux d'associations professionnelles.

D. Quatrième trait : la constitution duelle du secteur organisé et du secteur spontané

Si le droit constitutionnel politique doit *de facto* assurer la régulation de deux grands secteurs de la politique – l'organisation juridique de l'État et les droits fondamentaux des citoyens – comment cela sera-t-il être généralisé et spécifié de manière appropriée? Mon hypothèse est ici que la question est toujours celle de la *normativisation d'un secteur formellement organisé et d'un secteur spontané à l'intérieur d'un sous-système, et en particulier celle du rapport précaire qui existe entre eux*⁴⁰. Le caractère démocratique d'une constitution semble dépendre de ce qu'on puisse institutionnaliser avec succès un dualisme de rationalité formellement organisée et de spontanéité informelle comme une interaction dynamique – sans la primauté de l'un ou l'autre.

Dans l'espace virtuel, nous voyons se produire à nouveau des événements similaires. Lessig craint un développement de l'Internet vers une densité intolérable pour un contrôle par une coalition d'intérêts économiques et politiques⁴¹. Tandis que, dans ses débuts anarchiques, l'Internet a été créé sur les principes de l'inclusion de tous, de l'anonymat, de la liberté face au contrôle et d'hétérarchie, aujourd'hui une tendance politiquement et économiquement motivée à l'apparition de prétendus intranets – c'est-à-dire des réseaux fermés, basés sur l'exclusion, le contrôle, la hiérarchie et la stricte

⁴⁰ G. TEUBNER, « Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomus Sectors? », *loc. cit.*, note 24.

⁴¹ L. LESSIG, *op. cit.*, note 15.

orientation vers un but précis – devient fortement croissante. Le même développement, cependant, peut aussi être interprété différemment, à savoir comme une différenciation interne de l'espace virtuel dans un secteur anarchique spontané (l'Internet) et divers secteurs spécialisés hautement organisés (l'intranet). Le parallèle avec d'autres systèmes sociaux où s'est développé un rapport de contrôle mutuel entre le secteur formellement organisé et le secteur spontané, est clair. Politiquement, la question serait non pas, comme Lessig et d'autres le pensent, de combattre un développement vers le cybercorporatisme, mais de stabiliser et de garantir institutionnellement la différence spontané/organisé comme telle. La constitution de l'Internet distinguerait entre des secteurs publics spontanés (semblables à la section des droits fondamentaux de la constitution, ou au droit constitutionnel du marché) et des secteurs organisés fortement formalisés (ressemblant au droit organisationnel de l'État, ou au droit des entreprises), l'un et l'autre stabilisés dans leur logique intrinsèque, et se verrait attribuer comme tâche principale celle de les voir mettre en place un contrôle mutuel.

La régulation procédurale de la recherche biomédicale et la procéduralisation du droit de la bioéthique

Mourad MEDJNAH*

Résumé

Pratiquée de force par les nazis durant la Seconde Guerre mondiale, la recherche biomédicale, en tant qu'expérimentation sur la personne humaine dans un but thérapeutique ou scientifique, fait peur. Les démocraties modernes ont compris que l'on ne pouvait pas expérimenter dans n'importe quelles conditions et de façon arbitraire sans mettre en danger le droit fondamental de toute personne à son intégrité physique et morale.

Or, les expérimentations biomédicales présentent une complexité technique évidente. Elles ne peuvent alors être encadrées par des lois de portée générale et imprécise. C'est pourquoi, le pouvoir étatique central a délégué son pouvoir de contrôle à des autorités spéciales chargées de réguler l'activité de recherche biomédicale par la mise en œuvre de procédures de contrôle contraignantes

Abstract

Forcibly practised by the Nazi during the Second World War, biomedical research, as experimentation on human beings for therapeutic or scientific aim, frightens people. Modern democracies have understood that experimentations could not be carried out in any conditions and arbitrarily without endangering the fundamental right of any people to its physical and moral integrity.

Now, biomedical experimentations reveal an obvious technical complexity. Thus, they cannot be supervised by general and imprecise laws. That's why the state control has delegated its control power to special authorities responsible for regulating biomedical research by implementing restricting control procedures at every decision-making stage. For instance, that's the case in France under the system of December 20th 1988 law relating to the protection of people

* Juriste consultant d'affaires. Doctorant en droit à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1).

à chaque stade du processus décisionnel. C'est le cas notamment en France sous le régime de la Loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

Ce contexte de régulation procédurale des expérimentations sur la personne humaine ne peut être efficace sans l'intervention des autorités de régulation spécialement créées pour assurer cette mission de protection. Leur action favorise l'émergence d'un phénomène nouveau: la «procéduralisation» du droit de la bioéthique. L'activité du chercheur est désormais contenue dans des procédures d'encadrement spécifiques qui ne sont plus déterminées a priori par la loi générale mais, au contraire, dans leur contexte.

Cela étant, des différences existent entre les modèles français et anglo-saxons en ce qui concerne la régulation procédurale des activités de la recherche biomédicale. Pour éviter une différenciation de protection des sujets qui se prêtent à des expérimentations thérapeutiques ou scientifiques selon le droit national applicable, les autorités nationales ont tout intérêt à coopérer pour faire de la procéduralisation un mode universel de régulation de la recherche biomédicale.

who lend themselves to biomedical researches.

This context of procedural regulation of experimentations on human beings cannot be effective without the intervention of regulation authorities, specially created to carry out this protection mission. Their action favours the emergence of a new phenomenon: the "proceduralization" of bioethics law. The researcher's activity is, from now on, supervised by specific control procedures which are not determined a priori by the general law but, on the contrary, in their own context.

However, there are differences between the French and the Anglo-Saxon models as far as procedural regulation of biomedical research is concerned. In order to avoid a protection differentiation among therapeutic or scientific experimental subjects according to the national applicable law, it is in the national authorities' interest to cooperate in order to make proceduralization become a universal mode of regulation in biomedical research.

Plan de l'article

Introduction	463
I. La procéduralisation du droit de la bioéthique comme mode opératoire de la régulation procédurale de la recherche biomédicale	465
A. La régulation procédurale de la recherche biomédicale au sens de la Loi de 1988	466
1. L'apport de critères de fond	466
a. La notion de procéduralisation du droit de la bioéthique.....	466
b. Le champ d'application et l'objectif de la Loi de 1988	467
c. Les contraintes posées par la Loi de 1988.....	467
2. L'apport de critères de forme.....	468
a. La sollicitation d'un avis obligatoire auprès du Comité d'éthique	468
b. Le contrôle <i>a priori</i> des autorités administratives compétentes	470
c. Le consentement du sujet de la recherche biomédicale	470
B. La régulation procédurale de la recherche biomédicale au sein des textes spécifiques	471
1. L'objet des règles spéciales	471
a. La détermination de la finalité de l'acte de recherche biomédicale	471
b. La définition de l'acte de recherche biomédicale	472

2. La portée des règles spéciales.....	473
a. L'extension du domaine d'application de la Loi de 1988.....	473
b. L'exercice d'un contrôle <i>a posteriori</i> par les autorités judiciaires	474

**II. La procéduralisation du droit de la bioéthique
comme mode d'analyse pour la comparaison
avec les modèles étrangers de régulation
procédurale de la recherche biomédicale 474**

A. La procéduralisation comme mode universel de régulation?.....	475
1. Les différences entre les modèles anglo-saxons et le modèle français	475
a. L'absence de régulation étatique.....	475
b. Le critère du « ratio bénéfice/risque ».....	476
2. Les ressemblances des modèles anglo-saxons avec le modèle français	477
a. La dévolution du pouvoir décisionnel à des Comités d'éthique	477
b. Le caractère universel de la procéduralisation du droit de la bioéthique	477
B. La procéduralisation comme mode d'analyse des modèles de régulation.....	478
1. L'analyse comparative des modèles de référence.....	478
a. Le principe	478
b. La pratique.....	479
2. L'analyse comparative fondée sur la procéduralisation	479
a. La régulation juridique	479
b. La « contextualisation »	480

Conclusion 481

La « science de la vie » constitue un facteur de renforcement du « droit à la vie » bien qu'elle présente des dangers pour le droit de disposer de son corps et le droit à l'intégrité physique. Elle est le prisme d'un conflit entre la dignité humaine et la liberté de recherche.

Pratiquée de force par les nazis pendant la Seconde Guerre mondiale, la recherche biomédicale, en tant qu'expérimentation sur la personne humaine dans un but thérapeutique ou scientifique, fait peur. C'est la raison pour laquelle, aujourd'hui, l'encadrement normatif de la recherche biomédicale sur l'être humain se caractérise par une réglementation rigoureuse et adaptée en vue « d'étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition de vie » (art. L. 209-2 CSP).

Inscrite dans le *Code de la santé publique* au Livre IIbis, la loi fondatrice du 20 décembre 1988¹, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, précise clairement que cette recherche tend « à organiser et à pratiquer sur l'être humain des essais ou expérimentations en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales » (art. L. 209-1 CSP). Ainsi, la loi française de 1988 régleme-t-elle aussi bien les essais de nouveaux médicaments que l'utilisation chez l'homme, à titre expérimental, d'organes, de tissus d'origine humaine ou animale afin d'assurer la protection effective et efficace de l'intégrité physique et morale de la personne humaine participant à l'expérimentation.

Ce contexte normatif exhaustif², du moins nécessaire en droit de la bioéthique, reflète parfaitement la volonté du législateur d'encadrer minutieusement toutes les initiatives en matière d'expérimentations biomédicales, en exigeant notamment :

1° Sur le plan théorique :

- une compétence confirmée de l'investigateur ;

¹ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, J.O. 20 déc. 1988, p. 16032 (ci-après citée « Loi de 1988 »).

² Marie-Catherine CHEMTOB CONCÉ, *La recherche biomédicale : encadrement juridique – déontologie et éthique – cas de la thérapie génique*, coll. « Essentiel », Bordeaux, Les Études hospitalières, 2002, p. 44 et suiv. ; Jean-Pierre DUPRAT (dir.), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, coll. « Droit économique », t. 1, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002.

- la non-rémunération du participant à l'expérimentation thérapeutique ;
- l'absence de tout risque prévisible pour la santé.

2° Sur le plan juridique (art. L. 209-2 CSP) :

- l'obtention du consentement (révocable à tout moment), par écrit, du sujet et le respect de son anonymat ;
- l'utilité et la proportionnalité entre le bénéfice et le risque de la recherche ;
- la référence au dernier état des connaissances scientifiques, biologiques et médicales ;
- un matériel performant et des techniques adaptées à l'essai.

3° Sur le plan procédural :

- un contrôle administratif exercé par des autorités de tutelle administrative (l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) et le ministre chargé de la santé) en vue d'une sécurité sanitaire générale ;
- l'avis obligatoire des Comités consultatifs de protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales (CCPPRB) pour la mise en œuvre du projet de recherche biomédicale ;
- le contrôle juridictionnel de l'activité de recherche exercé par les autorités judiciaires, précisément celui de la Cour d'appel de Paris.

Toutes ces instances régulatrices, exerçant un pouvoir étatique de contrôle dans le cadre de la régulation juridique de la recherche biomédicale à chaque stade du processus décisionnel (initiative et réalisation du protocole), donnent aux règles juridiques applicables un caractère procédural : on parle, selon la théorie du professeur Lenoble, de « procéduralisation du droit »³ de la bioéthique en matière de recherche biomédicale. Cette qualification juridique signifie, selon Isabelle Vacarie, que « la norme, l'action juste, rationnelle ne sont pas données d'avance mais sont, au contraire, déterminées dans leur contexte ».

³ Jacques LENOBLE et Jean DE MUNCK, « Droit négocié et procéduralisation », dans Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 191.

Autrement dit, la procéduralisation du droit de la bioéthique se caractérise par l'émergence de normes juridiques dont le contenu est déterminé *a priori* mais déterminable dans le contexte de l'action. Ce qui revient à contenir dans la loi l'action du chercheur, à n'importe quel stade du processus décisionnel, afin de protéger au mieux la vie humaine. On ne peut, en effet, expérimenter dans n'importe quelles conditions et de façon arbitraire. Il est alors nécessaire que la procéduralisation du droit de la bioéthique, sur la base de la Loi de 1988, favorise l'émergence d'une régulation⁴ rationnelle et efficace des expérimentations biomédicales dans l'intérêt du sujet.

Au demeurant, quel est le bien-fondé, en droit français et en droit comparé, de la procéduralisation, comme structuration de la régulation procédurale du processus de recherche biomédicale conformément à l'exigence législative d'une action rationnelle du promoteur ?

La procéduralisation du droit de la bioéthique en matière de recherche biomédicale présente l'avantage d'apparaître à la fois comme un mode opératoire de la régulation procédurale de la recherche biomédicale en droit français (I) et comme un mode d'analyse pour la comparaison avec les modèles étrangers de régulation procédurale des expérimentations biomédicales au regard du droit comparé (II).

I. La procéduralisation du droit de la bioéthique comme mode opératoire de la régulation procédurale de la recherche biomédicale

La législation française subordonne la recherche biomédicale à la Loi de 1988 (A) et à des textes spécifiques (B) en vue d'une régulation procédurale rationnelle et complète des expérimentations biomédicales conformément aux attentes de la procéduralisation du droit de la bioéthique.

⁴ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les différentes définitions de la régulation », dans *Industrie de réseaux: la régulation pour une meilleure concurrence*, (mai-juin 1998) *Revue de la concurrence et de la consommation* 43 ; Laurent COHEN-TANUGI, « La régulation : monisme ou pluralisme », *Petites Affiches*, 1998.82 ; Jérôme GALLOT, « Qu'est-ce que la régulation ? Contribution pour une définition », (2001) 119 *Revue de la concurrence et de la consommation* 5.

A. La régulation procédurale de la recherche biomédicale au sens de la Loi de 1988

Dans un souci de cohérence et de rationalité de la régulation procédurale de la recherche biomédicale, la Loi de 1988 a su apporter des solutions satisfaisantes s'attachant tant au fond (1) qu'à la forme (2) des préoccupations du législateur.

1. L'apport de critères de fond

a. La notion de la procéduralisation du droit de la bioéthique

La Loi de 1988 envisage, conformément à la dimension procédurale du droit de la bioéthique, l'activité de recherche biomédicale comme un processus composé de plusieurs étapes (élaboration du protocole de recherche et sa réalisation), dont la régulation est appréciée par des institutions régulatrices compétentes chargées de mettre en œuvre la règle juridique dans le contexte de l'action de recherche. En effet, le législateur français se refuse à édicter des « lois standards »⁵ de portée générale sous peine d'être imprécises face à la complexité technique de l'activité de recherche biomédicale⁶. La solution adéquate est donc d'attribuer un pouvoir décisionnel, de contrôle et de sanction à des autorités indépendantes de proximité sans doute plus aptes à juger, à chaque stade du processus des expérimentations biomédicales, la justesse de l'action du chercheur. Ce qui revient à considérer, dans le cadre de la procéduralisation, que le droit de la bioéthique donne aux acteurs de la recherche la faculté de décider librement de la justesse de leur action mais développe aussi des contraintes limitant leur liberté d'action⁷.

⁵ *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Aix-en-Provence, septembre 1988, (1988) 4 RRJ, conclusions de Philippe Jestaz.

⁶ Christian BYK, « Le droit français et la recherche biomédicale : l'épreuve de la pratique », (1996) 37 *C. de D.* 995.

⁷ G. BENEZRA, « La reproduction humaine : rapports entre les normes éthiques et les règles juridiques », (1993) *R.D.G.* 555.

b. Le champ d'application et l'objectif de la Loi de 1988

La Loi de 1988 s'applique dès lors que l'être humain est exposé à des essais ou des expérimentations dans le but de fournir aux malades, eu égard au développement des connaissances biologiques et médicales, les meilleurs traitements visant à améliorer leur condition d'existence. L'article L. 209-1 CSP dispose, en effet, que « les essais ou expérimentations organisés et pratiqués sont autorisés dans les conditions prévues par la loi en cas de recherche biomédicale ». Par exemple, la recherche portant sur l'évolution du virus du sida dans l'organisme de l'être humain pour la mise au point d'un vaccin ou d'un autre traitement efficace entre dans le champ d'application de la Loi de 1988.

Encore faut-il que l'expérimentation biomédicale soit structurellement organisée afin d'éviter toute atteinte à la dignité humaine du sujet de la recherche⁸. D'où l'objectif de maintenir un équilibre entre le respect du corps humain et la liberté de la recherche biomédicale pour en faire une recherche acceptable et respectueuse des valeurs essentielles de notre démocratie.

c. Les contraintes posées par la Loi de 1988

La Loi de 1988 impose aux acteurs de la recherche biomédicale des impératifs afin d'en structurer la démarche. Ces contraintes législatives sont de trois ordres.

Premièrement, les contraintes issues du respect des droits fondamentaux de la personne humaine se caractérisent par :

- le respect de la santé de la personne par l'utilisation d'un matériel performant et de techniques adaptées à l'essai thérapeutique en vue de la sécurité du sujet (art. L. 209-3 CSP) ;
- le respect de l'autonomie de la personne, tiré du consentement libre, éclairé et révoquant à tout moment, ainsi que de l'information de ces personnes (art. L. 209-9 CSP) ;

⁸ Marcela IACUB, « De l'éthique à la responsabilité juridique des médecins : bioéthique et écologie, l'élaboration d'un nouveau statut pour le corps humain », (1994) 26bis *Rapport MIRE* 39.

- le respect du statut du corps humain impliquant, en cas de préjudice subi, l'indemnisation des personnes qui se prêtent aux recherches biomédicales.

Deuxièmement, les contraintes relatives au respect de la rationalité scientifique se limitent à deux exigences :

- la recherche biomédicale doit se fonder sur « le dernier état des connaissances scientifiques et une expérimentation préclinique suffisante » (art. L. 209-2 CSP) ;
- la recherche doit être utile et bénéfique pour le patient surtout s'il est condamné à mourir en l'absence de traitement efficace (art. L. 209-3 CSP).

Troisièmement, les contraintes tirées de l'introduction d'un raisonnement conséquentialiste sont au nombre de deux :

- la recherche empirique et rationnelle d'un résultat implique que les chercheurs prennent conscience de la portée de leurs actes et évaluent les conséquences sur les participants à la recherche biomédicale avant de prendre une décision ;
- l'évaluation des conséquences avant toute pratique expérimentale interdit toute recherche arbitraire.

Toutes ces contraintes constituent des impératifs d'ordre public, en ce sens qu'elles ne peuvent pas faire l'objet de dérogation par un accord de volonté des parties (médecin et patient).

2. L'apport de critères de forme

a. La sollicitation d'un avis obligatoire auprès du Comité d'éthique

Dans une première phase de procédure, l'investigateur doit soumettre son projet de recherche auprès des Comités consultatifs de protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales (CCPPRB), habilités à apprécier le bien-fondé du protocole de recherche qui leur est soumis⁹. Ces Comités constituent des auto-

⁹ Jacques CHEVALLIER, « Les agences, effet de mode ou révolution administrative ? », dans *Mélanges Dupuis*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 47.

rités de régulation dans le domaine de la recherche biomédicale. Seul un avis favorable de ces instances régulatrices permet au projet de voir le jour. *A contrario*, un avis défavorable suspend la mise en œuvre du projet de recherche biomédicale¹⁰.

L'attribution d'un avis favorable à la réalisation de l'expérimentation biomédicale suppose néanmoins que soient réunies les conditions cumulatives suivantes :

- Conditions de formes
 - l'investigateur doit faire l'objet d'une audition auprès des membres du Comité d'éthique ;
 - le protocole de recherche doit faire l'objet d'un débat au sein du Comité avant qu'un avis favorable ou défavorable soit donné ;
 - le promoteur est tenu de transmettre au directeur général de l'AFSSAPS une lettre d'intention¹¹ accompagnée dudit avis ;
 - l'autorité administrative compétente doit enregistrer le protocole de recherche.
- Conditions de fond
 - obligation d'information et devoir de conseil personnalisé à la charge du chercheur à l'égard des personnes participant à une expérimentation biomédicale afin que leur consentement soit libre, éclairé et certain ;
 - obligation d'obtenir le consentement exprès (par écrit) du sujet qui peut unilatéralement le révoquer à tout moment de la procédure ;
 - obligation générale de sécurité à la charge du promoteur ;
 - obligation de respecter les impératifs posés par la loi.

Par ailleurs, la rigueur de la régulation juridique de la recherche biomédicale, conditionnée par l'obtention d'un avis favorable délivré par le CCPPRB, est accentuée par l'exercice d'un contrôle administratif dans l'intérêt des patients.

¹⁰ L'investigateur ne peut solliciter qu'un avis par projet de recherche aux termes de l'article L 1123-6 CSP.

¹¹ Cette lettre d'intention est rédigée sur un Formulaire Cerfa n° 65-0038, arrêté du 14 février 1991.

b. Le contrôle *a priori* des autorités administratives compétentes

La seconde phase de la régulation procédurale de la recherche biomédicale consiste à soumettre le projet de recherche à un contrôle *a priori*, de nature administrative¹², relevant de la compétence de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSPS) ou du ministre chargé de la santé. Ce contrôle administratif inscrit le protocole de recherche dans un régime d'autorisation préalable, puisqu'« en cas de risque pour la santé publique [...], l'AFSSPS ou le ministre chargé de la santé peut, à tout moment, suspendre ou interdire une recherche biomédicale » (art. L. 209-18, al. 7 CSP). Ainsi, ces autorités administratives compétentes vont évaluer les risques prévisibles pour la santé du patient selon le principe de précaution qui exige que des mesures nécessaires et appropriées soient prises en cas de risque sérieux pour la santé publique¹³. Par exemple, en cas de constatation d'un danger pour la santé des personnes humaines, l'AFSSPS ou le ministre chargé de la santé peut aussi bien suspendre ou interdire des expérimentations biomédicales qu'ordonner le retrait des produits du marché ou leur destruction.

c. Le consentement du sujet de la recherche biomédicale

Dans une dernière phase procédurale, la Loi de 1988 organise une procédure de recueil du consentement exprès – par écrit¹⁴ – de la personne qui se prête à une expérimentation biomédicale. Elle exige notamment qu'un contrat soit conclu entre les parties conformément au principe de l'autonomie de la volonté. Par conséquent, la rigueur du droit commun de la santé publique est renforcée par

¹² Jean-Louis AUTIN, « Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public », dans Michel MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Colloque du Centre d'Études et de Recherches sur la Théorie de l'État, 1^{er} et 2 octobre 1992, Université de Montpellier I, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 43.

¹³ Gilles MARTIN, « Précaution et évolution du droit », D. 1995.299.

¹⁴ Catherine LABRUSSE-RIOU, « Aux frontières du contrat : l'expérimentation biomédicale sur les sujets humains », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et Société », t. 5, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 335.

l'application du droit civil des contrats dans l'intérêt direct du sujet¹⁵ de la recherche biomédicale.

En outre, l'article L. 209-9 CSP exige que ce dernier soit préalablement informé du déroulement de la recherche et des éventuels risques encourus. Cette exigence a été réitérée par la Première Chambre civile de la Cour de cassation qui, dans un arrêt de principe rendu le 25 février 1997, a affirmé, en matière d'information du patient, que « l'investigateur est tenu d'informer la personne qui se prête à la recherche biomédicale des risques qui peuvent être connus même si leur réalisation est exceptionnelle ».

Au demeurant, la Loi de 1988 s'est efforcée de réglementer les démarches de la recherche biomédicale en imposant un cadre juridique cohérent propice à la protection effective des droits fondamentaux du sujet de la recherche. Cependant, face au progrès scientifique croissant, le législateur a jugé opportun de renforcer ce cadre juridique par des textes spécifiques.

B. La régulation procédurale de la recherche biomédicale au sein des textes spécifiques

À la différence de la loi fondatrice de 1988, des textes spécifiques viennent encadrer juridiquement les activités de la recherche biomédicale. Ces règles spéciales ont une importance quant à leur objet (1) et leur portée (2).

1. L'objet des règles spéciales

a. La détermination de la finalité de l'acte de recherche biomédicale

En vertu des textes spécifiques, les actes de recherche ne sont conformes à la loi que dans la mesure où ils répondent aux finalités

¹⁵ La doctrine justifie également cette protection légitime de la volonté du sujet par le fait que « le consentement est devenu un principe éthique fondamental depuis « les “lois bioéthiques” » du 29 juillet 1994 ». À propos des principes éthiques fondamentaux : P. PASCAL et autres, « Greffes de tissus d'origine humaine : aspects juridiques », (2001) 47 *Revue Médecine et droit* 20.

qui leur ont été imposées par le législateur¹⁶. Par exemple, le décret-loi du 19 octobre 1987¹⁷ traite de la préparation, de la conservation, de la distribution, de l'importation et de l'exportation des produits de thérapie génique ou cellulaire à des fins de recherche scientifique. De même, la loi du 13 juillet 1992¹⁸ s'applique en matière d'« organismes génétiquement modifiés » (OGM) auxquels la science tente de définir leur impact sur l'homme et les animaux. On en déduit alors que la finalité fonde la licéité de l'acte de recherche.

Selon la législation spéciale, la réalisation d'actes de recherche biomédicale a une finalité soit thérapeutique (telle que le prélèvement d'organes pour sauver, par voie de greffe, une vie humaine), soit scientifique (telle que le prélèvement d'organes sur un défunt pour connaître les causes de son décès). Ce qui signifie, *a fortiori*, que toute poursuite d'une finalité commerciale dans une opération expérimentale est illicite. Par conséquent, l'exigence d'une finalité thérapeutique ou scientifique oblige le chercheur à conceptualiser à l'avance son action afin de garantir, à tous les stades du processus de recherche biomédicale, la légitimité et la licéité de l'action entreprise.

b. La définition de l'acte de recherche biomédicale

La définition de l'acte de recherche biomédicale est une autre technique de régulation prévue par les règles spéciales. Précisément, les activités de recherche biomédicale sont réputées licites à condition de correspondre à leur définition posée par la loi spéciale qui leur est applicable.

Exemple 1 : L'utilisation des OGM est définie par l'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 1992 comme étant « toute opération ou ensemble d'opérations au cours desquelles des organismes sont génétiquement modifiés ou au cours desquelles des OGM sont cultivés, mis en œuvre, stockés ou éliminés ».

¹⁶ Arnaud DE LAJARTRE, « La notion de recherche biomédicale sur l'être humain à travers les textes et les comportements professionnels en sciences du comportement », (1997) *R.D. Sanit. Soc.* 47, 54.

¹⁷ Décret n° 87-646 du 19 octobre 1987 relatif aux expériences pratiquées sur les animaux, *J.O.* 20 oct. 1987, p. 12245.

¹⁸ Loi n° 92-654 du 13 juillet 1992 relative au contrôle de l'utilisation et de la dissémination des organismes génétiquement modifiés et modifiant la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, *J.O.* 16 juil. 1992, p. 17568.

Exemple 2 : La collecte d'organes humains désigne, selon la circulaire du 16 avril 1996¹⁹, « la réunion à des fins de recherche génétique, de prélèvements biologiques effectués sur un groupe de personnes identifiées et sélectionnées en fonction des caractéristiques biologiques d'un ou plusieurs membres du groupe, ainsi que des dérivés de ces prélèvements ».

Ceci étant, ces deux critères de licéité des actes de recherche biomédicale n'ont un sens que si, d'une part, ils s'harmonisent avec les dispositions de droit commun du Livre II du CSP et si, d'autre part, leur respect est assuré au moyen d'un contrôle judiciaire prévu à cet effet.

2. La portée des règles spéciales

a. L'extension du domaine d'application de la Loi de 1988

Les textes spécifiques portant sur les activités de la recherche biomédicale s'articulent parfaitement avec les dispositions générales de la Loi de 1988 conformément à l'exigence d'une harmonisation législative et d'unité du droit de la bioéthique. Cette situation de complémentarité des textes trouve son fondement dans deux motivations essentielles.

D'une part, le législateur a volontairement édicté des lois spéciales pour donner à la loi générale de 1988 une facilité d'application et une approche pragmatique par la réglementation de cas concrets.

D'autre part, ces lois spéciales viennent élargir le champ d'application de la Loi de 1988 en vue d'une protection efficace des personnes se prêtant à la recherche biomédicale.

Par exemple, la loi du 29 juillet 1994²⁰ relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, vient compléter le droit commun de la santé publique en énonçant des règles spécifiques de protection des personnes participant à des recherches

¹⁹ *Circulaire du 16 avril 1996 relative aux utilisations confinées d'OGM à des fins de recherche, de développement ou d'enseignement*, J.O. 2 juin 1996, p. 8167.

²⁰ *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal*, J.O. 30 juil. 1994, p. 11056.

comportementales. En pratique, la cohérence et l'unité de l'ordonnement juridique sont garanties en matière d'expérimentation biomédicale grâce à l'application cumulative, le cas échéant, des règles en présence par le juge.

b. L'exercice d'un contrôle *a posteriori* par les autorités judiciaires

À l'instar du projet de recherche biomédicale dont la régulation juridique est assurée par un contrôle *a priori* exercé par les autorités administratives compétentes, la réalisation de l'acte de recherche fait l'objet, en revanche, d'un contrôle *a posteriori* par le juge.

En effet, aux termes de l'article 16-2 du *Code civil*, le juge de l'ordre judiciaire est compétent « pour prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite du corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments et produits de celui-ci ». Ainsi, ce double contrôle judiciaire et administratif du processus de recherche biomédicale est un puissant facteur de protection des sujets d'expérimentation.

S'il n'est pas contesté que la procéduralisation du droit de la bioéthique permet de réguler efficacement les activités de la recherche biomédicale dans l'ordre juridique interne, a-t-elle sa place en droit comparé ?

II. La procéduralisation du droit de la bioéthique comme mode d'analyse pour la comparaison avec les modèles étrangers de régulation procédurale de la recherche biomédicale

En droit comparé²¹, une analyse comparative des modèles étrangers – limités volontairement à ceux du droit anglais et américain – de régulation procédurale de la recherche biomédicale avec celui du droit français relève et révèle l'existence d'une différenciation conceptuelle du droit de la bioéthique « procéduralisé », même s'il existe des centres de convergences dans la pratique expérimentale. Ainsi, la technique de la procéduralisation du droit de la bioéthique a un

²¹ P. RIIS, « Medical Ethics in European Community », (1993) 19 *Journal of Medical Ethics* 7.

caractère hybride : elle apparaît tantôt comme un mode universel de régulation (A), tantôt comme un cadre d'analyse des modèles de régulation existants (B) en matière de recherche biomédicale.

A. La procéduralisation comme mode universel de régulation ?

En matière d'expérimentation biomédicale, la procéduralisation du droit anglo-saxon présente à la fois des différences (1) et des ressemblances (2) avec le modèle juridique français.

1. Les différences entre les modèles anglo-saxons et le modèle français

a. L'absence de régulation étatique

En droit anglais, la recherche biomédicale n'est pas régie par des lois étatiques mais plutôt par des « *guidelines* » (ou codes de conduite) dépourvus de base juridique²². Cette différence se fonde sur plusieurs critères.

- Ce sont les acteurs de la recherche biomédicale qui définissent les règles applicables au détriment de l'État-régulateur²³.
- Les chercheurs n'ont aucune obligation formelle de consulter les Comités d'éthique pour valider leur projet de recherche²⁴. Même en cas de consultation, l'avis de ces instances régulatrices indépendantes n'a aucune force contraignante à leur égard, si ce n'est d'autoriser le financement ou la publication du protocole de recherche biomédicale.
- L'absence de régulation étatique est due aussi à l'effacement du juge, étant donné que l'ordre constitutionnel anglais n'accorde

²² ROYAL COLLEGE OF PHYSICIANS, *Guidelines on the Practice of Ethics Committees in Medical Research Involving Human Subject*, London, 1990.

²³ Selon la doctrine, « l'État régulateur ne se substitue pas aux agents [...] mais [...] s'efforce d'harmoniser leurs actions » : Jacques CHEVALLIER, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », (1998) 301 *Rev. Adm.* 43, 46 ; Jean-François LEPETIT, « État, juge et régulateur », *Les Petites Affiches* 2003.17.9-14.

²⁴ Raanan GILLON, « Medical Ethics in Britain », (1988) 9-3 *Theoretical Medicine* 251.

que peu de place à la protection des droits fondamentaux des personnes qui se prêtent à des expérimentations biomédicales.

- Enfin, le simple consentement du patient suffit pour que la recherche biomédicale puisse être mise en œuvre : l'autonomie de la volonté prime sur l'intégrité physique de la personne.

En droit américain, les règles applicables à la recherche biomédicale sont définies par le ministère de la santé (Department of Health and Human Services : DHHS)²⁵, mais, leur mise en œuvre par les institutions spécialisées (Institutional Review Board : IRB) dépend étroitement du financement accordé par l'État fédéral. L'indépendance de ces instances régulatrices paraît alors fragile. En outre, n'est exigé qu'un risque minimal alors qu'en droit français, le risque doit impérativement être sérieux.

Dans les deux modèles, le droit anglo-saxon laisse une grande liberté d'action aux chercheurs, ce qui peut être dangereux pour les participants à une recherche biomédicale dans ces pays.

b. Le critère du « ratio bénéfice/risque »

Le particularisme de la procéduralisation du droit anglo-saxon en matière de recherche biomédicale, eu égard au modèle français, s'explique par l'absence de référence aux droits fondamentaux de la personne humaine, sujet de l'expérimentation biomédicale, au profit de la référence au « ratio bénéfice/risque ». Ce critère signifie que pour bénéficier d'une régulation juridique de l'action du chercheur conformément au droit anglo-saxon, la recherche biomédicale doit être utile et favorable aux patients. De même, les risques prévisibles doivent être raisonnables eu égard aux bénéfices escomptés et à l'apport que l'on peut raisonnablement attendre de la recherche biomédicale du point de vue de l'état des connaissances scientifiques.

²⁵ U.S. Department of Health and Human Services, 200 Independence Avenue, S-W, Washington, D.C 20201 ; site Internet : [<http://www.hhs.gov>].

2. Les ressemblances des modèles anglo-saxons avec le modèle français

a. La dévolution du pouvoir décisionnel à des Comités d'éthique

Le droit américain, à l'instar du droit français, a institué un système de dévolution du pouvoir décisionnel à des Comités d'éthique, dits Institutional Review Boards (IRB), soumis à un contrôle étatique de l'État fédéral. Précisément, l'instance régulatrice dite Good Clinical Practice (GCP) est compétente pour émettre un avis sur le projet de recherche biomédicale. Avant toute prise de décision, elle consulte d'autres autorités indépendantes, les National Institutes of Health (NIH) et l'Independent Ethics Committee (IEC), dont la mission est d'assurer la protection des droits, la sécurité et le bien-être du sujet de l'expérimentation biomédicale. Mais, en réalité, l'action de tous ces régulateurs spécialisés se limite à une protection relative du participant à la recherche biomédicale. En effet, ces instances régulatrices spécialisées se contentent, dans la pratique, de vérifier seulement que le chercheur a bien obtenu le consentement éclairé du patient avant de donner leur avis favorable à la réalisation du projet de recherche²⁶.

Le droit anglais prévoit également la possibilité pour l'investigateur de consulter un Comité d'éthique (Local and Multi-Centre Research Ethics Committees : LREs and MRECs) dont les pouvoirs sont restreints, dans la mesure où ils ont pour seul domaine d'application la vérification du consentement du sujet et l'utilité de la recherche biomédicale.

b. Le caractère universel de la procéduralisation du droit de la bioéthique

La procéduralisation est un mode universel de régulation en matière de bioéthique, alors qu'elle ne l'est pas dans le cas précis de la recherche biomédicale en raison de la spécificité comparative des systèmes juridiques nationaux.

Ce caractère universel de la procéduralisation du droit de la bioéthique s'explique par l'avènement de deux critères essentiels.

²⁶ J. BLACK, « Regulation as Facilitation », (1998) *MRL* 621.

D'une part, la régulation juridique de la bioéthique est d'essence procédurale en raison des liens étroits entre le droit et la science dans ce domaine.

D'autre part, le droit de la bioéthique préfère les principes généraux du droit (souvent d'application universelle) aux lois nationales restrictives.

Tout ceci a pour effet de rendre les contraintes législatives peu fréquentes, à tel point que le droit de la bioéthique perturbe l'analyse du droit interne en matière de recherche biomédicale.

Ainsi, l'assimilation de la procéduralisation du droit à un mode universel de régulation juridique n'est pas une vérité absolue dans tous les domaines. Il est donc opportun de faire également de la procéduralisation du droit de la bioéthique un mode d'analyse des règles juridiques applicables à la recherche biomédicale afin de contourner la difficulté.

B. La procéduralisation comme mode d'analyse des modèles de régulation

En droit comparé, la comparaison des méthodes de régulation des activités de la recherche biomédicale adoptées dans les autres pays à l'aide de procédures adaptées et propres, est un outil d'analyse efficace et pertinent visant à améliorer la régulation procédurale de la recherche biomédicale en droit français. Se référer aux expériences transnationales pour améliorer le modèle français est un gage d'efficacité. Cette méthode comparative se fonde sur deux modes d'analyse : les modèles de référence (1) et la procéduralisation proprement dite (2).

1. L'analyse comparative des modèles de référence

a. Le principe

De manière générale, le modèle anglo-saxon, fondé sur l'autonomie de la volonté des acteurs de la recherche biomédicale, s'oppose au modèle français qui se fonde sur la nécessaire protection de l'intégrité physique de la personne. De ce fait, la régulation procédurale de l'activité de recherche biomédicale n'aura pas le même

objet selon que l'on se situe dans le modèle consensuel (plutôt libéral) ou dans le modèle protecteur (plutôt restrictif).

En référence au modèle anglo-saxon, l'analyse de la régulation procédurale de l'activité de recherche biomédicale porte sur le consentement du patient alors que, pour le modèle français, elle porte sur un système procédural *stricto sensu* (consultation obligatoire des Comités d'éthique tenant leurs prérogatives d'une délégation de pouvoir étatique²⁷) à l'instar des autres autorités administratives indépendantes²⁸ intervenant dans des secteurs différents.

b. La pratique

Dans la pratique des expérimentations biomédicales, cette classification comparative des modèles n'a qu'un intérêt limité et relatif. En effet, la comparaison des différents modèles existants, en droit comparé, permet seulement au patient de choisir librement le modèle qui lui paraît le plus fiable et de tirer toutes les conséquences de son choix.

D'autant plus que la méthode comparative des modèles de régulation ne remet pas en cause la spécificité des procédures mises en place dans tel ou tel pays concerné. Ceci nous amène à procéder à une analyse complémentaire.

2. L'analyse comparative fondée sur la procéduralisation

Cette analyse se caractérise par deux phases.

a. La régulation juridique

Ce premier niveau d'analyse consiste à définir la règle applicable à l'action du chercheur²⁹ pour conférer à celle-ci des procédures

²⁷ J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 23, 43.

²⁸ Jean-Louis AUTIN, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », (1998) *R.D.P.* 1213 ; RAPPORT PUBLIC DU CONSEIL D'ÉTAT, « Les autorités administratives indépendantes », 2001 ; Nicole DECOOPMAN (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes*, coll. « CEPRISCA », Paris, PUF, 2002.

²⁹ Antoine JEAMMAUD, « Normes juridiques et action », dans M. MIAILLE (dir.), *op. cit.*, note 12, p. 107.

d'encadrement conforme à la régulation juridique³⁰ pratiquée dans le domaine de la recherche biomédicale. Cette mission revient, quel que soit le modèle de référence, aux Comités d'éthique qui assurent indépendamment le lien entre l'investigateur et l'État. Ils apprécient notamment la validité de la décision de réaliser une expérimentation biomédicale et prennent en compte la pertinence de celle-ci au regard des besoins et de la santé du sujet de la recherche.

Néanmoins, ces Comités de régulation ne peuvent agir arbitrairement mais doivent se référer aux contraintes posées par le législateur³¹ : respect des droits fondamentaux de la personne humaine (dignité, intégrité physique, etc.), consentement par écrit du patient, proportionnalité entre le risque et le bénéfique, utilité de la recherche, etc. Par conséquent, l'action de ces institutions régulatrices spécialisées est incontestablement un facteur incontournable dans la nécessaire régulation juridique des activités de la recherche biomédicale. Faut-il en déduire une influence incontestable du droit de la régulation³² dans ce domaine ?

b. La « contextualisation »

Ce second niveau d'analyse consiste, par définition, à mettre en œuvre la règle de droit, ainsi définie, dans le contexte de l'action. L'étude de la procéduralisation du droit de la bioéthique en matière de recherche biomédicale suggère, par exemple, d'analyser la motivation de la décision ou de l'avis rendu par les membres du Comité d'éthique saisi. Cette démarche est également guidée par l'analyse des principes contraignants étudiés précédemment : utilité de la recherche, liberté de la recherche, sauvegarde de la dignité de la personne humaine, etc. Ainsi, la mise en œuvre de procédures régulatrices des activités de recherche biomédicale dépend du contexte de l'action du chercheur. Ce phénomène est dit « contextualisation » de régulation procédurale de la recherche biomédicale. Cette étape

³⁰ J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *op. cit.*, note 14 ; voir plus particulièrement, dans cet ouvrage, à la page 47, l'étude d'Antoine JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique » ; Robert CHARVIN, « Régulation juridique et mondialisation néolibérale. Droit « mou », droit « flou » et non-droit », (2002) *Actualité et droit international*, disponible sur Internet à l'adresse suivante : [<http://www.ridi.org/adi>].

³¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation », (2001) 60 *Revue d'économie financière* 85.

³² Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », D. 2001.chr.610, n° 7.

d'analyse doit être franchie pour aboutir, dans un cadre plus général, à la procéduralisation du droit de la bioéthique.

Ainsi, on déduit de ces deux critères que la méthode comparative n'est efficace que si l'analyse porte successivement sur la règle de droit et le contexte scientifique dans lequel elle a vocation à s'appliquer.

*
* *

En définitive, la procéduralisation du droit de la bioéthique apparaît clairement, sur le plan technique, comme le nouveau fondement de la régulation juridique de la recherche biomédicale. En revanche, sur le plan strictement juridique, on pourrait lui reprocher de ne pas faire preuve de la même rigueur selon le modèle de référence en cause.

C'est la raison pour laquelle le Québec et la France ont décidé de conjuguer réciproquement leurs apports au sein d'une structure commune : l'Institut international de recherche en éthique biomédicale (IIREB) résultant de la coopération étroite de deux institutions, le Laboratoire d'éthique médicale de Necker et le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. Cette coopération bilatérale³³ est unanimement saluée par les experts³⁴ en ce qu'elle favorise l'émergence de modèles réciproques indispensables à la mise en place d'une régulation rationnelle et efficace dans le domaine de la recherche biomédicale.

³³ Il serait opportun de pousser le raisonnement plus loin en déduisant que l'efficacité de la régulation dans le domaine de la recherche biomédicale a pour intermédiaire un renforcement de la coopération entre les instances régulatrices, au plan national ou international, dans le cadre d'une « interrégulation » ou « corégulation ».

³⁴ Consulter les réflexions du premier séminaire d'experts tenu à Paris, les 12 et 13 décembre 2001, dans le cadre des premières Journées scientifiques de l'IIREB, dans Christian HERVÉ, Bartha M. KNOPPERS et Patrick A. MOLINARI (dir.), *Les pratiques de recherche biomédicale visitées par la bioéthique*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2003.

En outre, en France, le législateur a récemment eu recours au principe de précaution³⁵, destiné à éviter tout risque de dommages graves et irréversibles dans le cadre de la recherche biomédicale. En effet, ce principe moderne met à la charge de l'investigateur, selon le professeur Godard, « l'obligation de s'astreindre à une action ou de refuser en fonction du risque possible, de sorte qu'il ne suffit pas de conformer sa conduite à la prise en compte des risques connus ». De ce fait, ne serait-il pas judicieux de mettre en concours la technique de procéduralisation et le principe de précaution pour mieux mesurer le degré de proportionnalité et d'acceptabilité de l'activité de recherche biomédicale ?

³⁵ Pierre LASCOUMES, *La précaution, un nouveau standard de jugement*, Paris, Esprit, 1997, p. 130.

Comparative Legal Education in Canada

Catherine VALCKE*

Résumé

Parmi les nombreuses initiatives prises par les facultés de droit au Canada en matière de droit comparé, certaines remontent à fort longtemps alors que d'autres sont relativement récentes. Les initiatives les plus anciennes furent généralement le fruit d'une situation géographique particulière dans la mosaïque juridique canadienne, alors que les initiatives plus récentes découlèrent davantage de la globalisation du marché des services juridiques. Ces dernières initiatives n'ont cependant pas encore donné lieu à des stratégies pédagogiques cohérentes. Elles demeurent ponctuelles, désordonnées, dépourvues de plan d'ensemble et découlent davantage d'une réaction d'automatisme que d'une réflexion institutionnelle soutenue. L'objectif principal de cet article est de souligner l'importance de la réflexion institutionnelle dans l'élaboration des programmes d'enseignement dans un contexte de globalisation, et de soumettre quelques idées sur la façon dont cette réflexion pourrait s'élaborer en

Abstract

Among the various comparative law initiatives in place at Canadian law schools, some have been long standing, while others are more recent. Long-standing initiatives have typically resulted from a school's capitalizing on its geographical position in the Canadian polyjurial landscape, whereas more recent initiatives emerged as a response to the globalization of the market for legal services. The latter initiatives have yet to congeal into coherent pedagogical strategies, however. They have remained largely disjointed, piecemeal, lacking in overarching design, the product of a knee-jerk reaction more than of careful institutional reflection. The primary purpose of this paper is to underscore the importance of institutional reflection on curriculum design in the global context, and to offer preliminary thoughts on how this reflection might proceed with respect to comparative law teaching in particular. The author ascribes the lack of institutional reflection on global initiatives to law

* Professor at the Faculty of Law of the University of Toronto. I wish to thank Jesslyn Maurier for her careful and patient research assistance.

matière d'enseignement du droit comparé. L'auteure lie le manque de réflexion institutionnelle au fait que les facultés de droit considèrent aujourd'hui leurs étudiants comme autant de consommateurs de services de formation en droit, et soutient que ce modèle devrait être remplacé par un modèle «fiduciaire» en vertu duquel les formateurs sont investis de la responsabilité d'orienter les préférences de leurs étudiants en fonction d'objectifs pédagogiques valables, plutôt que de considérer ces préférences comme étant immuables. Enfin, l'auteure suggère que toute réflexion institutionnelle sur les objectifs de la formation en droit comparé emporte l'analyse préalable de questions fondamentales concernant une étude de sujets fondamentaux comme la nature et l'objet du droit comparé, ses relations avec le système juridique du pays, le droit international, la théorie juridique et les autres disciplines connexes, et les raisons pour lesquelles le droit comparé a sa place dans la formation juridique.

schools viewing law students as consumers of legal education services, and argues that this consumer model should be replaced with a "soft fiduciary model," under which legal educators take on responsibility for channelling student preferences in line with sound pedagogical objectives, rather than simply accept these preferences as fixed. The author then suggests that institutional reflection upon the objectives of comparative legal education must inevitably begin with an exploration of such fundamental issues as the nature and object of comparative law, its relation to domestic law, international law, legal theory, and other law-related disciplines, and the reasons for having it play a role in legal education.

Table of Contents

Introduction	487
I. Description	491
II. A Partial Explanation	495
III. Some Thoughts on a New Direction	499
Conclusion	504

As the tentacles of globalization reach into all aspects of our daily lives, it would have been surprising – perhaps even worrisome – if it had spared our law schools. It hasn't. In Canadian schools of common law, as in other institutions of higher learning around the world¹, “going global” is fashionable these days. Course offerings in international and comparative law abound; student and faculty exchanges are proliferating; transnational recruitment of faculty and students is expanding; international student initiatives such as mootings, journals, and internships are multiplying rapidly; visitors' programmes and transnational collaborative research projects are no longer uncommon. Teachers and administrators from across the country confirm that most² Canadian schools of common law are consciously attempting to move beyond domestic law³. All in the name of responsiveness to globalization.

However, this frenzy has yet to congeal into coherent institutional strategies. The above initiatives have remained largely disjointed, piecemeal, lacking in overarching design: the product of a knee-jerk reaction more than of careful institutional reflection. Are student exchanges a more effective training tool than on-site foreign law courses? Should comparisons between legal systems be drawn within courses on a given topic or should each legal system form the object of a separate course? Can foreign law properly be taught by non-foreigners, or by groups of foreign guest-speakers? Should Comparative Law or Comparative Method be offered as self-standing courses? Should international, comparative, and foreign law be taught only in upper years or even at the graduate level? As far as I can tell, nowhere in the voluminous literature on the general theme of globalization and legal education⁴ are these specific questions

¹ M.C. DALY, “The Ethical Implications of the Globalization of the Legal Profession: A Challenge to the Teaching of Professional Responsibility in the Twenty-First Century”, 21 *Fordham Int'l L.J.* 1239, 1243-1245 (1998).

² There are some exceptions. See text accompanying notes 36 and 37, *infra*.

³ See *infra* note 15.

⁴ See the *Symposium* on the issue in 46 *J. of Leg. Ed.* (1996); Anthony O'DONNELL and Richard JOHNSTONE, *Developing a Cross-cultural Law Curriculum*, Sydney, Cavendish Pub., 1997; Fiona COWNIE (ed.), *The Law School – Global Issues, Local Questions*, UK, Ashgate, 1999; A. BLACKETT, “Globalization and Its Ambiguities: Implications for Law School Curricular Reform”, 37 *Colum. J. Trans. L.* 57 (1998); G.M. SANCHEZ, “A Paradigm Shift in Legal Education: Preparing Law Students for the Twenty-First Century: Teaching Foreign Law, Culture, and Legal

of teaching tools and curriculum design addressed. Yet, the drive towards greater international and foreign content in legal education has, in Canada as elsewhere, pursued its course apparently unabated. Opportunities have seemingly been grabbed as they arose (a faculty member happens to be trained in a foreign legal system, a foreign university is willing to welcome our students, a donor fancies student internships in certain international organizations, etc.) with little attention being paid to whether and how they might fit into some overall, consistent pedagogical vision. The cart may be driving the horse.

This paper aims to prompt this reflection, and hopefully launch the process of restoring the horse to its rightful place. More precisely, my goals are to underscore the importance of institutional reflection upon such questions when engaging in curriculum design generally, particularly in the present context of globalization, and to offer preliminary thoughts on how this reflection might proceed with respect to comparative law teaching in particular.

At the outset, the contours of what is here meant by “comparative law teaching” must be delineated with more precision. I borrow from my colleague Adrian Popovici⁵ his definition of “comparative law” as “any excursion into law that is not our own”⁶, with one qualification. For present purposes, “comparative law” is defined as “any excursion into law that is not our own *for geographical reasons*”. So qualified, this definition excludes excursions into law that is not our own because of *historical* reasons, in other words, law that is *no longer* our own. It also excludes excursions into law that could be described as not our own for *ideological* reasons, for example, mainstream legal ideology to the critical race theorist. On the other hand, this definition clearly includes explorations of foreign law that are not explicitly comparative, as the study of foreign law is always at

Language of the Major U.S. American Trading Partners”, 34 *San Diego L. Rev.* 635 (1997); A. BERNABE-RIEFKOHLE, “Tomorrow’s Law Schools: Globalization and Legal Education”, 32 *San Diego L. Rev.* 137 (1995).

⁵ Adrian POPOVICI, “Aperçu de l’enseignement, au Québec, du droit comparé et de l’enseignement comparatif du droit”, (2002) 36 *R.J.T.* 803, 808.

⁶ *Id.*, 1. My translation.

least implicitly comparative⁷. Although forays into legal history and other perspectives on law clearly share tools, challenges, and objectives with comparative law strictly so-called⁸, their exclusion from the present study is motivated by the fact that they have not been traditionally conceived by legal educators as partaking of comparative law, and have accordingly not been treated as such by curriculum designers.

What is most notable about the above definition, though, is that it excludes “international law”⁹. Indeed, international law qualifies as “our own”, albeit perhaps at a more remote level than domestic law. As a result, the teaching of international law is excluded from the scope of this paper. This exclusion is notable because it certainly is *not* at play in the globalization frenzy that has taken over most Canadian schools of common law, which has been indiscriminately directed at things foreign and international alike¹⁰. This failure to distinguish between comparative and international initiatives, while understandable in the current context of globalization of legal education (more on this below¹¹), is puzzling conceptually. For the movement towards greater internationalization may well

⁷ J.C. REITZ, “How to Do Comparative Law”, 46 *Am. J. of Comp. L.* 617, 618 and 619 (1998); A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 5.

⁸ “[L]egal history raises many of the same theoretical issues as the study of foreign law. Both are species of comparison”: W. EWALD, “Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?”, 143 *U. Pa. L. Rev.* 1898, 1944 (1994-1995). In fact, as the title of that piece reveals, it stems from inquiries about the medieval animal trials. See also: Jacques VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Bruxelles, Story-Scientia/Kluwer, 1995, at 314, 418ff. Vivian Grosswald Curran suggests that comparative law is just the natural extension, beyond domestic boundaries, of the explorations of “otherness” taking place domestically, for example, through feminist or critical race theory. Whether a difference of ideology can be said to generate different “law”, as opposed to just a different “perspective” on law, is an open question, the discussion of which falls beyond the scope of the present study: V. GROSSWALD CURRAN, “Dealing in Difference: Comparative Law’s Potential for Broadening Legal Perspectives”, 46 *Am. J. Comp. L.* 657 (1998).

⁹ “[R]ules which are avowedly universal in character do not lend themselves to comparison. So far as it exists at all, any relationship or kinship between comparative law and the law of nations must therefore be of a very shadowy nature ...”: H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, at 61 (1971).

¹⁰ This appears to be true elsewhere as well: J. FLOOD, “Legal Education, Globalization, and the New Imperialism”, in F. COWNIE (ed.), *op. cit.*, note 4, at 127.

¹¹ See Part II, *infra*.

lead us *away* from comparative law. Insofar as internationalization brings about the erosion of domestic geo-political boundaries¹², it also contributes to the disintegration of domestic legal systems. And without legal systems to compare, there cannot be comparative law. Admittedly, it will always be possible to compare legal *rules*¹³, but, to the extent that these rules could no longer be described as belonging to distinct systems, this exercise would be no different than comparing domestic legal rules. To be sure, the realm of “law” would then be larger, but there would be no point in distinguishing between “law” and “comparative law”¹⁴.

The various comparative law teaching initiatives that have taken place in Canadian schools of common law are described in Part I. I there distinguish between long-standing initiatives, which can be attributed to a school’s particular position in the Canadian multicultural and polyjural landscape, and more recent and arguably less reflective initiatives, which emerged as a response to globalization. In Part II, I reflect upon the emergence of the latter. I there explain that the lack of institutional reflection surrounding these initiatives may be linked to another, concomitant phenomenon in Canadian and other law schools, namely, that of the increasing acceptance of the model of the law student as consumer. I outline how this model in fact precludes institutional reflection upon such curricular questions as those raised above. In Part III, I outline the limits of the consumerist model of the law student, and suggest that greater institutional reflection upon such questions is likely under an alternative, non-consumerist model, namely, the fiduciary or parental model.

¹² See generally: M. WALZER (ed.), *Toward a Global Civil Society* (1995).

¹³ See: R. SACCO, “Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law”, 39 *Am. J. Comp. L.* 1, 21-24 (1991).

¹⁴ See: J. GORDLEY, “Is Comparative Law a Distinct Discipline?”, 46 *Am. J. Comp. L.* 607 (1998). (Arguing precisely that the comparativist does more or less the same thing as the domestic lawyer).

I. Description¹⁵

As a multicultural, even polyjural¹⁶, society, Canada has always been a privileged forum for comparative law teaching¹⁷. Several Canadian schools of common law have successfully capitalized on this comparative advantage.

Consistent with British Columbia's large Asian population and important Pacific Rim connections, the University of British Columbia (UBC) and the University of Victoria have extensive Asian studies programmes. UBC, in particular, hosts a Centre for Asian Legal Studies which offers programmes in Chinese Legal Studies, Japanese Legal Studies, and Southeast Asian Legal Studies. As expected, the law faculty at UBC offers a wide-range of Asian law courses and seminars taught by Asian visitors and at least one full-time faculty member specializing in Asian legal studies¹⁸.

¹⁵ The data for this account were gathered through (1) a compilation of the information revealed in the latest calendars and websites, and (2) a survey of various administrators and teachers involved in comparative law teaching at most Canadian schools of common law. (We were unable to reach administrators or teachers at Osgoode Hall Law School, University of Ottawa, Queen's University, and University of Victoria). Specifically, we investigated, for each law school: (1) the nature, content, level, enrolment, format, evaluation method, and longevity of comparative law courses and seminars (including foreign and excluding international law); (2) the number, position, origin, and professional qualification of comparative law teachers; (3) the number and location of student exchanges; (4) any other initiatives, such as dual degrees, affiliations with other university departments, student moots, and visitors' programmes; (5) the motives, professional and academic, underlying the comparative law program, if any.

¹⁶ The term comes from David HOWES, "From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law 1875-1929", (1986-1987) 32 *McGill L.J.* 523. It refers to a plurality of legal systems or traditions.

¹⁷ Canada harbours three legal traditions: the dominant English common law tradition, the French civil law tradition governing matters of private law in Quebec, and to a certain extent, although less formally, the Chthonic or First Nations law tradition. On these traditions generally, see: H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, Montreal, McGill University, 2000, at 56-86, 116-157, 205-251. On the civil law tradition in Canada, see: Jean Gabriel CASTEL, *The Civil Law System of the Province of Quebec*, Toronto, Butterworths, 1962, at 1-58; John E.C. BRIERLEY and Roderick A. MACDONALD (eds.), *Quebec Civil Law - An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993, at 5-198; Louis BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec - Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953.

¹⁸ Five teachers of Asian law are listed in UBC's most recent Calendar.

The law schools at the University of Victoria and the University of Saskatchewan have forged strong links with the aboriginal population. Fifteen per cent of University of Saskatchewan law students are aboriginal, and aboriginal law expertise is generally highly valued in the Saskatchewan legal market. Although the courses and seminars in aboriginal law offered at University of Saskatchewan are no greater in number than in most other Canadian schools of common law¹⁹, they seem to be better attended²⁰. As for University of Victoria, it recently established an Inuit law programme in collaboration with Nunavut Arctic College and the Akitsiraq Law School Society of Iqaluit, Nunavut.

Also noteworthy is the University of Moncton, which distinguishes itself by offering a common law LL.B. degree in French. (Atlantic Canada is home to a relatively important Acadian population.) This is not strictly a comparative law degree, but it is noted here because the linguistic and cultural bridging that this enterprise implies likely shares many of the challenges of comparative law teaching.

Last but not least, the University of Ottawa and McGill University are well-known for their National Programmes, which allow law students to obtain dual degrees in civil and common law²¹. While the University of Ottawa comprises two distinct law faculties, one civilian, the other of common law, each with its own teaching body and administrative structure, McGill has always operated with one single law faculty made up of civilian and common law instructors, students, and courses²². Until recently, both these Programmes proceeded sequentially, that is, by requiring that students first obtain one or the other of the two degrees in three years, and thereafter

¹⁹ University of Saskatchewan's latest Calendar lists one large course and one seminar in Aboriginal law. A glance at other schools' calendars reveals that this is comparable, in any one year, to the offerings at University of Toronto, Osgoode Hall Law School, University of Windsor, University of Victoria, UBC, University of Calgary, and Dalhousie University.

²⁰ According to Professor Zlotkin, roughly 20% of upper year students enroll in at least one Aboriginal law course or seminar.

²¹ Roderick A. MACDONALD, "The National Law Programme at McGill: Origins, Establishment, Prospects", (1990) 13 *Dalhousie L.J.* 211.

²² Also worth noting here are McGill's very active Institute for Comparative Law and Centre for Private and Comparative Law Research, which were established in the 1975 and 1978 respectively, with a view to fostering comparative and private law research and exchanges.

allowing them to obtain the other degree through an additional year of study in the other system. This model subsequently inspired many other Canadian schools of common law to team up with a Quebec law faculty in order to open up the same possibility for their respective students²³. In 1999, McGill boldly moved to a different model, whereby the second degree is no longer just an option. All students now obtain both degrees after three very full years (105 credits) of thoroughly integrated civilian and common law studies²⁴. The integration is thorough indeed: not only do students take civil and common law courses in each of their three years, but civil and common law teaching are combined within courses, most notably first-year basic courses²⁵.

These are particular areas of expertise in comparative law which some Canadian schools of common law have developed by capitalizing on their geographical situation in the multicultural and polyjural Canadian landscape. The geographical factor has provided these schools with a natural criterion around which to organize, at least preliminarily, their respective curricula. This geographical factor has been long standing, as is the above-described specialization of Canadian schools²⁶.

The more recent phenomenon in Canadian comparative law teaching is that brought about by the globalization frenzy. Like globalization itself, the frenzy has of course defied geography: it has hit specialized and non-specialized Canadian schools alike, albeit to varying degrees. This phenomenon can best be described as a combination of two elements, one formal, the other substantive.

²³ Dalhousie University with Laval University and University of Sherbrooke; Osgoode Hall Law School with University of Montreal; Queen's University with University of Sherbrooke; University of Western Ontario with Laval University; University of Windsor with the Université du Québec à Montréal.

²⁴ For detailed descriptions of this programme, see: Yves-M. MORISSETTE, "Transsystemic Law Teaching and McGill's Integrated Civil and Common Law Programme", 52 *J. of Leg. Ed.* 12 (2002); Julie BÉDARD, "Transsystemic Teaching of Law at McGill: 'Radical Changes, Old and New Hats'", (2001) 27 *Queen's L.J.* 237; Daniel JUTRAS, "Énoncer l'indicible: le droit entre langues et traditions", (2000) *R.I.D.C.* 781, 792 and 793.

²⁵ Contractual Obligations, Extra-Contractual Obligations/Torts, Evidence, Family Law, Consumer Law, Private International Law, Sale, Business Associations, and Secured Transactions are examples of courses taught on a "transsystemic" basis.

²⁶ With the exception of University of Victoria's Inuit law programme, which is a brand new initiative.

The formal element has been aptly termed curricular “*laissez-faire*”²⁷. The global legal market, we know all too well by now²⁸, calls for a much greater diversity of skills and expertise than domestic legal markets ever did. Traditionally, law jobs in any one domestic market all called for more or less the same basic skill and education package. In the global market, there is no longer such a thing as a “basic” package. There are only different jobs with different packages. As any good market producer would have done, Canadian law schools have attempted to meet this diversification in the demand by diversifying the supply. And what better way to achieve this than by “decentralizing” curriculum design into the hands of the students? Gone are the days when the law school administration imposed a standard “one size fits all” curriculum on all students. Students are now free to design their individualized curricula in accordance – so the reasoning goes – with their personal needs and aspirations. (McGill’s move from a fourth-year optional National Programme to a three-year mandatory bijural programme bucks the trend in this respect). The plurality of professional profiles that is bound to emerge from this exercise is highly desirable in the current global market.

However, for *laissez-faire* of any kind to operate effectively, there must be a large number of options from which to choose. On the substantive front, therefore, curricular *laissez-faire* calls for an increase in the number and kinds of offerings available to students. Upper-year students can now obtain academic credit, not just for course work, but also for a variety of activities traditionally classified as “extra-curricular” (mooting, clinic work, journal editing, internships, reading groups, etc). A greater proportion of credits is now assigned to optional courses, and a large number and diversity of courses is available, some of which can be taken in other departments or universities. At some institutions, students can even design their own courses or research programmes. Moreover, students are in a position to choose courses on the basis of, not just content or subject matter, but also format (the same course may be offered in a two – or four – credit versions, in seminar or lecture format), evaluation methods (standard or take-home examinations, long or short papers, presentations etc.), or scheduling of the course or its examination.

²⁷ D.G. RÉAUME, *Rethinking the Laissez-Faire Law Curriculum: Fostering Pluralism and Interdisciplinarity*, draft paper, 2001. Réaume uses the term to refer both to the students and the instructors’ role in curriculum design. I do not discuss the instructors’ role in this paper.

²⁸ *Supra* note 4.

Globalization has played a crucial role in the enlargement of curricular possibilities. While domestic law largely defined the realm of these possibilities just a few decades ago, the current global context has unearthed a bottomless supply of foreign and international pools from which to draw new teaching materials. Most striking in this respect is the furious proliferation of student exchanges over the past few years. All Canadian schools of common law currently offer their students the possibility to participate in formal exchanges with foreign institutions and/or to arrange for their own exchanges with a foreign institution of their choice²⁹.

The profile of courses and instructors has also changed. Courses such as Pacific Rim Law, European Community Law, Comparative Property Systems, Law of Developing Nations, International Criminal Law, Comparative Constitutional and Foreign Relations Law, International Business Law, Comparative Human Rights Law, and Canada-US-Mexico Economic Relations Law are common currency in today's Canadian law curriculum. As for instructors, their profile appears to parallel the above definition of "comparative law" as excluding "international law" on the ground that it is "our own". Indeed, most international law courses currently on offer are taught by full-time Canadian instructors, whereas most comparative law courses, with the exception of civil or aboriginal law, are taught or co-taught by visiting foreign nationals. Like international law courses, civil law and aboriginal law courses are typically taught by full-time Canadian instructors.

II. A Partial Explanation

Our survey of the literature³⁰ and of Canadian legal educators³¹ reveals that little institutional reflection has been devoted to rationalizing this effervescence of new teaching tools and materials however. How can this be? Would we not expect legal educators everywhere to

²⁹ The number of formal exchanges varies greatly (University of Windsor – 1; Dalhousie University – 2; University of Toronto and University of Calgary – 6; Queen's University – 8; Osgoode Hall Law School – 9; University of Victoria and UBC – 13). As do the foreign institutions' locations (United States, England, Ireland, Australia, New Zealand, France, Denmark, Norway, Italy, Spain, Netherlands, West Indies, Japan, China, Zimbabwe, South Africa, South America, etc.).

³⁰ *Supra* note 4.

³¹ *Supra* note 15.

sit back and reflect critically upon how best to deliver international and comparative legal education? To sort out, compare, and prioritize the various new tools at their disposal? To ask themselves which of student exchanges or on-site foreign law courses is a superior educational medium; whether comparisons between legal systems are better drawn within courses on a given topic or by way of separate courses on separate systems; whether foreign law can properly be taught by non-foreigners, by groups of foreign guest-speakers; whether Comparative Law or Comparative Method should be offered as self-standing courses; whether comparative legal education should be confined to upper years or to the graduate level; etc.? While several teachers of comparative law have offered some insightful reflections on their individual teaching³², this reflection has yet to carry over to administrative levels and be applied to curriculum design. Is this not somewhat surprising?

I would answer in the negative: the paucity of institutional reflection on these issues is not surprising, *at least not in the present context of curricular laissez-faire*. Indeed, curricular *laissez-faire* is premised on the view that law students are consumers, that is, consumers of legal education services. These services are offered to them in a great variety of shapes and forms, and the process of their selection is no different than that of shopping for other market products: it falls upon students to obtain information about the various products on offer, to weigh their pros and cons, and to pick those they consider best suited to their individual preferences³³.

Under this model of the law student, there is no need for institutions to reflect upon curricular issues, *for this task is left to students to perform on an individual basis*. It belongs to each student to determine which of Japanese Civil Procedure, Topics in Mongolian Law, Business Transactions in Kenya, or Comparative Land Law

³² *Id.*

³³ It could be argued that this consumerist model goes hand in hand with, or even flows from, tuition increases: the pressure to "please the customer" is that much greater, (so the argument goes), where the customer has to pay a high price for the services. This issue calls for further exploration than can be undertaken here, but at first glance I would say that I am not convinced that this is the case. It seems to me that institutions compete for the best students regardless of these institutions' means of financing. Certainly, institutions that are, for example, governmentally funded on a *per capita* basis would face a similar kind of competitive pressure.

best suits their intellectual and professional aspirations. It also belongs to each student to decide whether to take these courses in first or upper years, or in graduate school, from visiting nationals or full-time domestic instructors. Or perhaps would it be more productive to concentrate on the Japanese legal system and spend a summer, a term, a year at a Japanese institution? There is no need for law schools to rationalize the delivery of curricular options into a coherent vision under the consumer model, because this task has been delegated to the students. All that is left to law schools in this context is to offer the greatest number and diversity of options possible³⁴.

I would suggest that the paucity of institutional reflection on comparative law teaching in Canadian schools of common law stems, at least in part, from an increased acceptance of the model of the law student as consumer. Not only is this model conceptually consistent with the globalization of the market for legal services, as just explained, but the timing of the recent flurry of international and comparative offerings in these schools raises doubts about the possibility of their having been brought about for non-consumerist, pedagogical reasons. If it is truly pedagogical reasons, rather than jobs and student demand, that drove these reforms, why is it that these same reasons were not deemed sufficiently imperative to warrant similar reforms a few decades earlier? Surely, such reasons were as valuable then than they are now, and, although the “global village” as we know it had yet to emerge, there always existed plenty of foreign legal systems on which to draw for pedagogical purposes. Moreover, administrators and teachers across the country confirm that, as a matter of fact, institutional decisions concerning comparative and international law offerings are, like other curricular decisions, very much driven by student demand, and student demand in turn closely mirrors employment prospects³⁵.

³⁴ To my knowledge, the “global law school” at New York University is the most extreme example of this vision of legal education: J.E. SEXTON, “The Global Law School Program at New York University”, 46 *J. Leg. Ed.* 329 (1996); M. REISMAN, “Designing Law Curricula for a Transnational Industrial and Science-Based Civilization”, 46 *J. Leg. Ed.* 322 (1996).

³⁵ *Supra* note 15. See also: H.W. ARTHURS, “The Political Economy of Canadian Legal Education”, in Anthony BRADNEY and Fiona COWNIE (eds.), *Transformative Visions of Legal Education*, Blackwell, 1998, at 14, 31.

Hence does the prominence and popularity of comparative offerings in any one school's curriculum appear to be directly proportional to the extent to which this school's graduates can hope for employment beyond the local bar. As none of the Canadian provincial bars either require or offer comparative law training³⁶, law students aspiring to practice law locally typically still choose "core courses" over comparative law courses³⁷. For the same reason, among courses taught by non-faculty members, students typically still prefer those taught by local practitioners over those taught by foreigners, as the former are more likely to open up employment prospects. Foreign exchanges, in contrast, tend to be popular among students in all Canadian law schools, but the reason for this popularity is unclear: at least some administrators seem to think that it is more likely attributable to a desire to travel than to a genuine interest in comparative legal training.

Yet, while conceding that student demand is the driving force behind curricular reform, Canadian legal educators have mixed feelings about whether this is a desirable state of affairs. They quickly point out that there are other "better" or "more legitimate" reasons to teach international and comparative law –genuine pedagogical reasons relating to the "broadening of intellectual horizons", "the importance of locating one's legal system in a larger context", or the value of "seeing how things are done elsewhere"³⁸. The fact that legal educators throughout Canada appear to prefer such reasons to those pertaining to jobs and student demand is significant for present purposes, as it indicates, at a minimum, that these educators are not entirely comfortable with the consumer model of the law student.

³⁶ This is true even of courses such as Aboriginal Law or Conflicts of Laws, with one exception: one provincial bar has recently included some Conflicts materials within one of its pre-existing courses. In one province, the administrator in charge of the bar programme admitted "not being familiar" with the term "Comparative Law"!

³⁷ Much ink has been spilled on describing this phenomenon. Most notably, see: Harry W. ARTHURS, Chair, *Report to the Social Science and Humanities Research Council by the Consultative Group on Research and Education in Law* (1983) (hereinafter "The Arthurs Report"). See also: William L. TWINING, *Blackstone's Tower: The English Law School*, London, Stevens & Sons/Sweet & Maxwell, 1994; William L. TWINING, *Law in Context: Enlarging a Discipline* (1997); C. Ian KYER and Jerome E. BICKENBACH, *The Fiercest Debate: Cecil A. Wright, the Benchers, and Legal Education in Ontario, 1923-1957*, Toronto, Osgoode Society, 1987.

³⁸ *Supra* note 15.

III. Some Thoughts on a New Direction

There are indeed good reasons to question whether the consumer model of the law student is the only, or even the best, model for legal education. Clearly, this model aptly captures certain aspects of the relationship between law students and legal educators. Whether we like it or not, insofar as students are in a position to choose which law school to attend, and, once in, whether to stay or go elsewhere, they are very much acting like consumers. However, the consumer model squares less well with other aspects of the law student-legal educator relationship. Most importantly, this model assumes that student preferences are fixed, whereas legal education, like any form of education, aims by definition to effect a certain degree of “mind alteration.” As we now know all too well³⁹, the ultimate role of legal education is, despite what many students still appear to believe⁴⁰, not to fill them with legal information, but rather to enable them to find and process the information they need, to familiarize them with legal reasoning, to get them to “think like lawyers”.

Insofar as mind alteration is the ultimate end of legal education, a parental or fiduciary model arguably better captures the law student-legal educator relation than does the consumer model. Recall that, under the consumer model, legal educators are to take their students’ interests as given, and leave it to them to design an individual curriculum that will best match these interests. The role of the legal educators is there limited to providing students with as many curricular options as possible. Under the fiduciary model, in contrast, the role of legal educators is more interventionist and demanding. They are to determine what is in their students’ best interest, and design the curriculum accordingly.

The inherent paternalism of this model may make it unpalatable to many. Yet, this model is clearly at play in legal education, in forms sometimes much more extreme than what is suggested here.

³⁹ The *Arthurs Report*, *op. cit.*, note 37.

⁴⁰ For example, students still insist on selecting their courses based on what they (wrongly) perceive to be the expectations of the employers they target (business-type courses for business-type employers, etc.), despite repeated assurances by legal educators and employers alike that, for the large majority of employers, the content of the courses that they take is not nearly as important as their performance in these courses.

Indeed, the role of legal education is sometimes described as altering, not just the mind of law students, but also their character and aspirations, that is, to transform them into, not just competent legal thinkers, but also ethical human beings, socially-conscious professionals, responsible world citizens⁴¹.

If the ultimate role of legal education is to educate students to “feel and think like lawyers”, then it is this pedagogical objective, more than jobs and student demand, that must ultimately inform the provision of legal education. This is not to suggest that student choice in curricular design must be eradicated altogether. There is nothing wrong with allowing students to exercise choice, so long as the options from which they are to choose have been defined by sound pedagogy – “modified” or “controlled” curricular *laissez-faire* clearly is one option which pedagogically-minded law schools might legitimately decide to pursue. What matters here is that this decision be taken by law schools on the basis of pedagogical concerns. The task of designing a law curriculum that will best educate students to “feel and think like lawyers”, therefore, falls, not to law students, but to legal educators everywhere. Hence the need to reflect, at an institutional level, upon curriculum issues in general.

Now, this need is, if anything, exacerbated in the face of the proliferation of comparative and international options brought about by globalization. When the scope of legal education was defined in terms of domestic law, law schools could still somewhat realistically aim at covering “all” the principal fields of law in three years of mandatory courses, even if only summarily. A good dose of “core” courses sprinkled with a few theory seminars for good measure would do the trick. Since exhaustiveness in coverage was within reach – or so it was thought – there was no apparent need and therefore little drive to search for an alternative criterion by which to design the curriculum.

⁴¹ See, for example: A. O'DONNELL and R. JOHNSTONE, *op. cit.*, note 4, at 20; Jamie CASSELS, “Legal Education in British Columbia: Trends and Issues”, (2001) 9 *The Advocate* 367, 372. See also the visionary suggestions of some legal educators that the eye-opening that is likely to result from comparative legal education may improve prospects for world peace, international solidarity, and the like, reported in W. EWALD, *loc. cit.*, note 8, 2147; R. SACCO, *loc. cit.*, note 13, 2.

Once national boundaries are lifted and foreign and international law barge in, however, it is no longer clear what the “principal” fields of the law are, and exhaustiveness simply is unthinkable. Short of embracing curricular *laissez-faire*, law schools are faced with having to make hard curricular choices. For example, it may be that, from a pedagogical perspective, the most appropriate response to the employment diversification phenomenon that has attended the globalization of the market for legal services is not to attempt to churn out as diverse and numerous professional profiles as possible, but in fact to retreat from specialization altogether. To retreat, that is, into providing the most basic form of legal education we know: to hone analytical, critical, and legal reasoning skills, perhaps also to foster ethical, even virtuous sentiment – to aim for a most academic and liberal form of legal education that would offer a solid grounding suitable to all of the various professional profiles in demand, without targeting any one of these profiles in particular. Alternatively, the most appropriate response may be for law schools to resist providing shallow outlooks on a great number of foreign legal systems and favour a deeper exploration of a few or even just one other legal system (as the University of Saskatchewan, the University of Ottawa, and McGill University have done) on the ground that expertise in one or a few other legal system is more valuable than dilettantism in many. Whichever is the most appropriate response for any one law school, however, the formulation of this response will require much more institutional reflection on comparative legal education than has taken place to date. Although engaging in this reflection is beyond the scope of this paper, a few thoughts as to how it might proceed readily come to mind.

The first step in this reflection ought to be to identify the pedagogical objectives underlying comparative law teaching. This in turn requires that we reflect upon the reasons for *doing* comparative law more generally. Many Canadian law teachers who do not consider themselves comparativists proper report that they occasionally resort to comparative law as a means of enriching their domestic law courses⁴². This is most clearly the case where a domestic legal regime is genealogically related to a foreign one, due either to colonialism

⁴² *Supra* note 15. See also: M. REIMANN, “The End of Comparative Law as an Autonomous Subject”, 11 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 49, 50 (1996); G.P. FLETCHER, “Comparative Law as a Subversive Discipline”, 46 *Am. J. Comp. L.* 683 (1998); J.C. REITZ, *loc. cit.*, note 7.

or to another form of "legal transplantation"⁴³. However comparative law can also be useful for the contrasts, as opposed to the parallels, it offers. Several teachers confirm using comparative law to outline the significance of the domestic constitutional structure, family law regime, taxation system, contract law remedies, etc., by contrasting them with their alternatives. So it seems that comparative law is useful to deepen students' understanding of the way (domestic) lawyers think. However is comparative law bound to remain peripheral or accessory to domestic legal education⁴⁴?

Law and Economics scholars remark that comparative law provides them with an enlarged pool of alternative models for legislative and institutional reform⁴⁵. International lawyers maintain that comparative law lies at the heart of any transnational harmonization project⁴⁶. Legal philosophers⁴⁷, historians⁴⁸, sociologists⁴⁹ and anthropologists⁵⁰, among other social scientists⁵¹, report that they

⁴³ See: J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, note 8, at 313ff. On legal transplants, see in particular: Alan WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974; W. EWALD, "Comparative Jurisprudence II: The Logic of Legal Transplants", 43 *Am. J. Comp. L.* 489 (1995); A. LEGRAND, "The Impossibility of 'Legal Transplants'", (1997) 4 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 111.

⁴⁴ P. LEGRAND, "Comparative Legal Studies and a Commitment to Theory" 58 *Mod. L. Rev.* 262, 264 (1995).

⁴⁵ Colleen M. FLOOD, *International Health Care Reform: A Legal, Economic, and Political Analysis* (2000); U. MATTEI, *Comparative Law and Economics* (1997); J.E. SEXTON, *loc. cit.*, note 34, 334.

⁴⁶ J. GORDLEY, "Comparative Legal Research: Its Function In the Development of Harmonized Law", 43 *Am. J. Comp. L.* 555 (1995); R. SACCO, *loc. cit.*, note 13, 2.

⁴⁷ H. GROTIUS, *De iure Belli ac Pacis*, proleg., sec. 58 (Paris, 1625), quoted in P. STEIN, "The Quest for a Systematic Civil Law", 90 *Proceedings of the British Academy* 147, at 157.

⁴⁸ A. WATSON, *The Evolution of Western Private Law* (2001); A. WATSON, *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History* (2001); A. WATSON, *op. cit.*, note 43.

⁴⁹ M. RHEINSTEIN (ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society* (1969); R. ABEL, "Law as Law: Inertia as a Social Theory of Law", 80 *Mich. L. Rev.* 785 (1982).

⁵⁰ V. GROSSWALD CURRAN, *loc. cit.*, note 8, 661, 663, 666 and 667; R. COOMBE, "The Cultural Life of Things: Anthropological Approaches to Law and Society in Conditions of Globalization", 10 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 791 (1995).

⁵¹ J.C. REITZ, *loc. cit.*, note 7, 625; A. BLACKETT, "Globalization and Its Ambiguities: Implications for Law School Curricular Reform", 37 *Colum. J. of Trans. L.* 57 (1998), 67, 77.

make ample use of comparative legal data in attempting to prove theories about law in general. If so, the value of comparative law teaching clearly reaches beyond that of a mere accessory to domestic legal education. Yet, is comparative law doomed to remain “a mere appendage of social science”⁵²? Does it constitute an academic discipline in its own right, one that is worth teaching in tandem with, or sequentially to domestic law⁵³? Is there any pedagogical value in teaching students “how to think like a foreign lawyer,” alongside “how to think like a domestic lawyer”⁵⁴?

Clearly, these questions in turn take us back to others, more general. In particular, “What does ‘comparative law’ *mean*?” and “What is it about ‘law’ that can be *compared*?”⁵⁵. These basic questions must be explored before a sensible comparative law curriculum can be put together. Only then can answers be provided to the various questions of teaching tools and curricular design raised above.

*
* *

-
- ⁵² J.C. REITZ, *loc. cit.*, note 7, 625. Ugo Mattei suggests that therein lies the future of comparative law: U. MATTEI, “An Opportunity Not to Be Missed: The Future of Comparative Law in the United States”, 46 *Am. J. Comp. L.* 709 (1998)
- ⁵³ James Gordley does not think so: J. GORDLEY, *loc. cit.*, note 14. See also: A.T. VON MEHREN, “An Academic Tradition for Comparative Law?”, 19 *Am. J. Comp. L.* 624 (1971); P. ARMINJON, B. NOLDE and M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, Paris, LGDJ, 1950, quoted in J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, note 8, at 309.
- ⁵⁴ This is what I attempt to do at the University of Toronto in my seminar “Civil Law: Introduction to the French Law of Obligations”.
- ⁵⁵ The subject has been much discussed in the literature. See, for example: A.T. VON MEHREN, *loc. cit.*, note 53, 624. (“Strictly speaking, there is no subject matter properly denominated comparative law; the term is simply shorthand for the comparative study of [the rules] of two or more legal orders.”); J. MAYDA, “Some Critical Reflections on Contemporary Comparative Law”, in Konrad ZWEIGERT and Hans-J. PUTTFARKEN (eds.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, at 361; G. FRANKENBERG, “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, 26 *Harv. Int’l L.J.* 411 (1985); B. MARKESINIS, “Comparative Law – A Subject in Search of an Audience”, 53 *Mod. L. Rev.* 1 (1990); Mark VAN HOECKE and Mark WARRINGTON, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, (1998) 47 *Int’l & Comp. L.Q.* 495; G. SAMUEL, “Comparative Law and Jurisprudence”, 47 *Int’l & Comp. L.Q.* 817 (1998); W. EWALD, *loc. cit.*, note 8, 1961ff.

Among the various comparative law initiatives in place at Canadian schools of common law, some have been long standing, while others are more recent. Long-standing initiatives have typically resulted from a school's capitalizing on its geographical position in the Canadian polyjural landscape –the bijural law programmes at the University of Ottawa, and McGill University, and the emphasis on aboriginal law at University of Saskatchewan are examples of such long-standing initiatives. More recent comparative law initiatives, in contrast, emerged as a response to the globalization of the market for legal services. Courses in foreign law, student and faculty exchanges with foreign institutions, transnational recruitment of faculty and students, student foreign law initiatives such as moot-ing, journals, and internships, foreign visitors' programmes are now common currency in almost all Canadian schools of common law, albeit to varying degrees.

However, little institutional reflection has accompanied the emergence of the latter initiatives. Like their peers elsewhere, Canadian legal educators have yet to pause to wonder which of student exchanges or on-site foreign law courses is a superior educational medium; whether comparisons between legal systems are better drawn within courses on a given topic or by way of separate courses on separate systems; whether foreign law can properly be taught by non-foreigners; whether Comparative Law or Comparative Method should be offered as self-standing courses; whether comparative legal education should be confined to upper years or to the graduate level; the list goes on. The rationalization of the recent wave of comparative law initiatives into some coherent, overarching pedagogical vision of comparative legal education remains to be undertaken, yet the proliferation of comparative law offerings in Canadian schools of common law has pursued its course unabated.

I have suggested that this lack of institutional reflection is not surprising in the current educational context, where law students are considered as consumers and law schools as legal education service providers. Under this consumerist model, the task of understanding, sorting, and choosing curricular offerings falls to students – they are in charge of designing the individual curricula that best fit their interests and aspirations. And legal educators are, in this context, left with little else than ensuring that as many different curricular options are available for students to choose from.

I have argued that, insofar as successful legal education entails a certain degree of mind alteration, a fiduciary or parental model may better capture the law student-legal educator relationship. Under this model, student preferences are not accepted as given, and the role of legal educators is not confined to catering blindly to these preferences. Rather, it falls to legal educators to channel student choice in accordance with pedagogical objectives. Under the fiduciary model, therefore, it is imperative that law schools formulate coherent pedagogical strategies. While this is true of legal education generally, the cry for rationalization, and the attendant institutional reflection, is particularly strident with respect to comparative legal education, which offers an endless supply of curricular possibilities.

Law schools that take their educational role seriously hence must ask themselves what “comparative law” means; what it is about “law” that can be compared; whether comparative law is bound to remain peripheral to domestic legal education or can constitute an academic discipline in its own right; whether there is pedagogical value in teaching students “how to think like a foreign lawyer”, alongside “how to think like a domestic lawyer”, and so on.

The primary purpose of this paper was to underscore the importance of institutional reflection on curriculum design in the global context, and to offer preliminary thoughts on how this reflection might proceed with respect to comparative law teaching in particular. Its purpose was not actually to answer the specific curricular questions raised above. As a result, these questions are, once again, left unanswered. Nonetheless, it is hoped that the present discussion will have assisted in launching the process by which these answers can eventually be attained. Perhaps the poor horse is a little closer to regaining its rightful place.

La lettre d'Angleterre



La Lettre d'Angleterre*

Estelle DERCLAYE

LLM, D.E.S., PhD, associée Covington & Burling, Bruxelles

Paul L.C. TORREMANS

City Solicitors' Educational Trust Professor of Intellectual Property Law, School of Law, Université de Nottingham (Royaume-Uni) ; professeur de Droit international privé, Faculté de droit, Université de Gand (Belgique)

Cette lettre d'Angleterre sera consacrée aux droits intellectuels.

Avant d'analyser les décisions récentes en matière de droit des brevets, en droit des marques et en droit des dessins et modèles, nous traiterons d'abord du droit d'auteur.

En octobre 2003, le Royaume-Uni a transposé, en droit anglais¹, la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information². Même si cette transposition tardive et complexe de la Directive en droit d'auteur britannique a reçu beaucoup d'attention, ceci sans doute à juste titre, il ne faut pas oublier la série de décisions récentes, importantes et intéressantes, dans laquelle les tribunaux britanniques ont apporté des précisions au droit d'auteur britannique. L'analyse

* Cette lettre d'Angleterre est le fruit de la collaboration des deux auteurs. La première partie (p. 509 à 525) est de Estelle Derclaye et la deuxième partie (p. 525 à 548) est de Paul Torremans.

¹ S.I. 2003, n° 2498 (ci-après citée «Loi de transposition»), qui change considérablement le *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (la Loi britannique sur le droit d'auteur, ci-après citée «Loi sur le droit d'auteur» ou «Loi»).

² J.O.C.E. n° L167 du 22/06/2001, p. 10-19 (ci-après citée la «Directive»).

de ces décisions constituera le deuxième volet de la partie consacrée au droit d'auteur.

I. Droit d'auteur : la transposition de la Directive

A. La catégorie de radiodiffusion

La Loi britannique sur le droit d'auteur comprenait avant transposition neuf catégories d'œuvres telles que formulées à l'article 1 : les œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques, d'une part, les phonogrammes, films, radiodiffusions et programmes transmis par câble, d'autre part, et enfin les arrangements typographiques d'éditions publiées³. La Loi, telle que modifiée par la Loi de transposition, ne compte plus désormais que huit catégories d'œuvres, la catégorie de radiodiffusion ayant englobé celle des programmes transmis par câble. En effet, avant la Loi de transposition, le droit britannique distinguait les radiodiffusions qui sont des communications transmises par des ondes (donc sans fil), d'une part, et les programmes transmis par câble (donc avec fil), d'autre part. L'article 4 de la Loi de transposition est venu modifier l'article 6 de la Loi sur le droit d'auteur en abrogeant l'article 7 qui traitait des programmes transmis par câble. Désormais, la catégorie de radiodiffusion concerne les signaux transmis avec et sans fil. À cette occasion, il semble utile de rappeler que ce sont les investissements requis pour envoyer des signaux, la fourniture d'un service impliquant une communication, qui sont protégés par les radiodiffusions et non pas la fixation sur un médium tel qu'un phonogramme ou un film.

La nouvelle définition de radiodiffusion est la suivante :

6. (1) *Dans cette partie, une « radiodiffusion » signifie une transmission électronique d'images visuelles, de sons et d'autres informations qui – (a) est transmise pour être reçue simultanément par des membres du public et est capable d'être reçue légalement par eux ou*

³ Rappelons brièvement que le droit d'auteur britannique fonctionne par catégories. Pour pouvoir bénéficier du droit d'auteur, l'œuvre doit absolument correspondre à une de ces catégories, d'où leur importance cruciale. Pour un exemple d'œuvre ne rentrant (à l'époque) dans aucune catégorie, voir : *Creation Records Ltd and Others v. News Group Newspapers Ltd.*, [1997] EMLR 444 (Ch D) (scène constituée d'objets trouvés, notamment une Rolls Royce immergée dans la piscine d'un hôtel).

(b) est transmise à un moment déterminé uniquement par la personne faisant la transmission pour être présentée aux membres du public, et qui n'est pas exclue par le paragraphe (1A); et les références à la radiodiffusion seront interprétées en conséquence.

Une radiodiffusion est donc une transmission électronique « de pratiquement n'importe quoi » puisque le nouvel article 6 de la Loi sur le droit d'auteur comprend le terme « information ». Le terme « électronique » est défini à l'article 178 de la Loi sur le droit d'auteur et couvre toute transmission électrique et magnétique. Cela inclut donc les moyens par fil ou sans fil et tout type futur de transmission qui pourra être qualifiée d'électronique. La définition de la radiodiffusion est donc neutre technologiquement, ce qu'elle n'était pas auparavant puisqu'elle ne visait que les radiodiffusions sans fil.

On distingue dans la catégorie de radiodiffusion deux types de transmission qui visent la transmission classique connue depuis l'invention de la radio et de la télévision, soit d'une part, la réception simultanée d'un programme par plusieurs personnes et, d'autre part, la transmission dont le moment est choisi uniquement par le transmetteur, c'est-à-dire la chaîne de radio ou de télévision. Ainsi, seules les transmissions par Internet qui ont ce caractère conventionnel de radiodiffusion relèveront de la catégorie de « radiodiffusion ». En d'autres termes, une transmission Internet qui a les caractéristiques d'une radiodiffusion classique sera traitée comme une radiodiffusion au sens de l'article 6 et non comme une transmission Internet telle qu'on l'entend habituellement.

Ceci est développé au paragraphe 1A du nouvel article 6 :

6. (1A) *Est exclue de la définition de « radiodiffusion » toute transmission Internet à moins qu'elle ne soit –*

(a) une transmission se produisant simultanément sur Internet et par d'autres moyens,

(b) une transmission concomitante d'un événement en direct,

(c) une transmission d'images animées ou de sons enregistrés faisant partie d'un service de programme offert par la personne responsable de la transmission, service dans lequel les programmes sont transmis à des moments prévus déterminés par cette personne.

Ce paragraphe signifie simplement que la transmission Internet type n'est pas une radiodiffusion au sens de la Loi et n'est dès lors pas incluse dans une catégorie protégée et, à ce titre, n'a pas le statut d'une œuvre protégée. Une transmission Internet est *a contrario*

définie de la manière suivante : une transmission que tout individu peut choisir de recevoir à un moment et à un endroit individuellement choisis par lui, et non par le transmetteur. Ces transmissions sont aussi définies comme interactives, contrairement aux radiodiffusions⁴. L'article 6(1A) a aussi comme conséquence que les transmissions *near-on-demand* (« pratiquement sur demande ») peuvent être traitées comme des radiodiffusions⁵. La première *Schedule* (intitulée « Modifications subséquentes ») de la Loi de transposition prévoit ainsi toute une série de modifications de la Loi sur le droit d'auteur pour supprimer l'expression *cable programme* et la remplacer par *broadcast*.

Cet amendement à la Loi britannique sur le droit d'auteur n'était pas nécessaire pour la transposition de la Directive mais vient à point nommé puisqu'il supprime la distinction devenue obsolète entre transmissions avec et sans fil et précise clairement que les transmissions Internet ne sont pas protégées comme œuvres.

B. Le droit de communication au public

L'article 6 de la Loi de transposition modifie l'article 20 de la Loi sur le droit d'auteur. En effet, l'ancien article s'intitulait auparavant « Contrefaçon résultant de la radiodiffusion d'une œuvre ou de sa programmation dans un service de câblodistribution ». Le nouvel article 20 vise désormais la communication non seulement par câble ou par les ondes, mais aussi par Internet. Il est ainsi rédigé :

20. Contrefaçon résultant de la communication au public

(1) *La communication au public de l'œuvre est un acte limité par le droit d'auteur quand il s'agit d' :*

- (a) *une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique*
- (b) *un phonogramme ou un film, ou*
- (c) *une radiodiffusion.*

⁴ Voir le document produit par l'Office des marques et brevets sur la Loi de transposition : *Consultation on UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society: Analysis of Responses and Government Conclusions*, p. 3, disponible sur leur site: [<http://www.patent.gov.uk/about/consultations/responses/copydirect/index.html>].

⁵ *Id.*, p. 4.

(2) *Les références dans cette partie à la communication au public qui renvoient à la communication d'une œuvre au public par transmission électronique visent :*

(a) *la radiodiffusion de l'œuvre*

(b) *la mise à disposition du public de l'œuvre par transmission électronique de telle manière que les membres du public puissent y avoir accès à un endroit et à un moment choisi individuellement par eux.*

Cette modification s'imposait pour respecter l'article 3 de la Directive et ses considérants 23 et 24. Le considérant 23 dit clairement que la communication au public couvre uniquement les actes pour lesquels le public n'est pas présent au lieu de la communication⁶. L'article 20 de la Loi sur le droit d'auteur se distingue ainsi de l'article 19 selon ce critère. Ce dernier (intitulé « Contrefaçon résultant de la représentation ou exécution de la projection ou de la diffusion d'une œuvre au public » non modifié) vise la représentation de l'œuvre en présence du public, alors que l'article 20 concerne les transmissions de l'œuvre par des moyens électroniques. Il vient ainsi codifier la jurisprudence *Shetland Times*, puisqu'il est clair dorénavant que les transmissions Internet sont des communications au public⁷. Cette affaire concernait la retransmission sur Internet par Shetland News des titres du journal en ligne *Shetland Times*. La *Court of Session* d'Écosse avait décidé que ce genre d'acte relevait de la communication par câble du fait que les transmissions Internet ne se faisaient encore à l'époque que par fil. Shetland News avait donc été jugé coupable de contrefaçon sur la base de l'ancien article 20. On notera également que, conformément à l'état antérieur de la Loi, les arrangements typographiques d'éditions publiées ne bénéficient pas du droit de communication au public. Enfin, la première *Schedule* des *regulations* prévoit de nouveau des amendements à la Loi pour remplacer l'ancienne dénomination *broadcasting or inclusion in a cable programme service* par la nouvelle expression *communicating to the public*.

⁶ Considérant 23 :

La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte.

⁷ *Shetland Times v. Wills*, [1997] FSR 604 ; Ent. MLR 217.

C. L'exception de copie temporaire

Le nouvel article 28A de la Loi sur le droit d'auteur transpose presque littéralement l'article 5 § 1 de la Directive. On rappelle que cette exception était la seule que tous les États membres étaient obligés de transposer, les autres étant optionnelles. On imagine mal comment transposer cet article autrement que littéralement vu sa formulation complexe et complète. Le Royaume-Uni se devait de transposer cette exception dès lors qu'il n'y avait pas d'exception équivalente dans la Loi et que l'article 17(6) rend la copie transitoire illégale.

Le nouvel article 28A prévoit qu'il n'y a pas atteinte au droit d'auteur sur une œuvre dès que certaines conditions cumulatives sont remplies : il s'agit d'une « copie temporaire, qui est transitoire ou accessoire, qui est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technologique et dont le seul but est de permettre (a) une transmission de l'œuvre dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou (b) une utilisation licite de l'œuvre⁸ et qui n'a pas de signification économique indépendante ».

Cette exception ne concerne ni les radiodiffusions, ni les programmes d'ordinateur, ni les bases de données. En ce qui concerne ces deux derniers, cela se justifie puisque l'article 1 § 2 de la Directive⁹ sauvegarde l'acquis communautaire et, selon cette règle, les Directives relatives à la protection des programmes d'ordinateurs et des bases de données prévalent sur la Directive « droit d'auteur dans la société de l'information ». Ainsi, la copie transitoire sera toujours un acte soumis à l'autorisation du titulaire de droit d'auteur sur le programme ou sur la base de données. En revanche, on ne voit pas pourquoi le législateur a exclu également les radiodiffusions. En toute hypothèse, l'exception de copie temporaire était nécessaire pour permettre aux internautes et intermédiaires tels les ISP (*Internet Services Providers*) de butiner et de faire du *caching*¹⁰. En effet,

⁸ On notera que le considérant 33 de la Directive énonce qu'« une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi ».

⁹ Cet article dispose : « Sauf dans les cas visés à l'article 11, la présente Directive laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions communautaires existantes concernant : a) la protection juridique des programmes d'ordinateur ; [...] e) la protection juridique des bases de données ».

¹⁰ Voir le considérant 33 de la Directive.

Internet courrait le risque de ne pas être en état de fonctionner librement, étant donné qu'il aurait fallu demander l'autorisation des ayants droit chaque fois que l'on butine ou qu'on fait du *catching*. Cependant, cette exception n'est pas limitée à ces actes. Du moment qu'une copie tombe sous le coup de l'exception, elle est autorisée. Enfin, on rappellera que de nombreuses organisations d'ayants droit avaient souhaité que cette exception soit soumise « au test des trois étapes » prévu à l'article 5 § 5 de la Directive qui s'applique à l'article 5 § 1. Cependant, le gouvernement britannique n'a pas jugé nécessaire d'ajouter ce test considérant que, selon la Commission, l'article 5 § 1 lui-même tient compte de ce test¹¹.

D. Les autres exceptions prévues à l'article 5 de la Directive

Qu'en est-il de la transposition des autres exceptions prévues à l'article 5 § 2 à 4? Cette liste d'exceptions étant exhaustive, les États membres étaient tenus d'écarter les exceptions ne figurant pas dans la liste¹² et d'aménager les exceptions existantes de telle sorte qu'elles soient conformes à la formulation des exceptions de cette liste¹³. En revanche, les États membres n'étaient pas obligés d'introduire de nouvelles exceptions. Le Royaume-Uni a ainsi décidé de ne pas ajouter de nouvelles exceptions à sa Loi¹⁴. Par exemple, l'exception pour copie privée, alors qu'elle se trouve dans la liste (art. 5 § 2(b) de la Directive) n'existe toujours pas en droit britannique.

Sera abordée dans le cadre de cette section la transposition des exceptions de recherche et d'étude privée (art. 29 de la Loi et art. 5 § 2(b) et 5 § 3(a) de la Directive), de critique ou revue (art. 30(1) de la Loi et art. 5 § 3(d) de la Directive) et d'actualité (art. 30(2) et (3) de la Loi et art. 5 § 3(c) de la Directive).

¹¹ Voir: *Consultation on UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society: Analysis of Responses and Government Conclusions*, *op. cit.*, note 4.

¹² Voir le considérant 32 et J. REINBOTHE, « Provisions on Exceptions in the European Community Proposed Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society », dans *ALAI Study Days 1998, Les frontières du droit d'auteur*, Australian Copyright Council, 1999, p. 64.

¹³ Voir: M. HART, "The Proposed Directive For Copyright in the Information Society: Nice Rights, Shame About the Exceptions", [1998] *EIPR* 169.

¹⁴ Voir *Transposition Note*, p. 3, disponible sur le site: [www.patent.gov.uk/copy/notices/2003/copy_direct3a.html] (consulté le 15 oct. 2003).

Avant d'analyser ces exceptions en détail, il faut remarquer que le concept de *fair dealing* propre au droit anglais n'a pas été changé ni éliminé de la Loi suite à la transposition. En effet, ces trois exceptions (recherche et étude privée, critique ou revue, actualité) sont les seules exceptions en droit britannique qui requièrent un usage équitable de l'œuvre en sus des autres conditions requises par chaque exception. Cette notion de *fair dealing* n'est cependant pas définie dans la Loi. Elle a été élaborée par les juges au fur et à mesure de leurs jugements. Ainsi, la jurisprudence concernant cette notion est toujours pertinente dans l'interprétation de ces trois exceptions. Celle-ci, assez abondante, prévoit que certains facteurs permettent de déterminer si un usage est équitable. Par exemple, il faut prendre en considération le nombre et l'étendue des citations¹⁵, la proportion de l'œuvre originale prise par le contrefacteur allégué¹⁶, le but de celui-ci¹⁷, le statut de l'œuvre (l'œuvre est-elle publiée ou non, est-elle confidentielle?)¹⁸, ou encore l'impact sur le marché de l'œuvre (les deux œuvres se font-elles concurrence?). Ces facteurs sont couronnés par la maxime qu'« à la fin, tout est question de fait »¹⁹. Un de ces facteurs repris dans l'article 30 tel que modifié, concerne le statut de l'œuvre, et était requis par l'article 5 § 3(d) de la Directive (voir *infra*). Le fait que cette notion de *fair dealing* soit toujours requise par la Loi britannique doit être relevé. En effet, seul l'article 5 § 3(d) de la Directive mentionne les termes « bons usages » (*fair practice*, dans la version anglaise de la Directive). Les paragraphes (a) et (c) de l'article 5 § 3 n'en font pas mention. Il semblerait que cette notion ajoute aux termes de la Directive et, ce faisant, ne la respecte pas strictement. Mais on peut peut-être s'avancer et dire que cette notion de bons usages n'est en fait rien d'autre qu'une façon différente d'exprimer « le test des trois étapes » prévu à l'article 5 § 5 de la Directive²⁰. Dès lors, le droit anglais serait conforme à la Directive vu que cet article s'applique à toutes les exceptions.

¹⁵ *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; 2 Q.B. 84.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland*, [2000] EMLR 363. Le but aurait-il pu être accompli d'une manière moins intrusive? Est-il purement financier?

¹⁸ *Id.*; *Beloff v. Pressdram*, [1973] 1 All E.R. 241.

¹⁹ *A matter of degree and impression (Hubbard v. Vosper, précité, note 15).*

²⁰ L'article 5 § 5 dispose : « Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ».

1. Les exceptions de recherche et d'étude privée

L'ancien article 29 de la Loi ne faisait pas de distinction entre l'exception de recherche (*research*) et d'étude privée (*private study*). La Loi dorénavant distingue les deux exceptions et les traite différemment.

a. La recherche

L'exception est libellée dans les termes suivants :

29. (1) *L'usage équitable d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique aux fins de recherche dans un but non commercial n'enfreint pas le droit d'auteur sur l'œuvre à condition qu'il soit accompagné par une indication suffisante de la source.*

(1B) *Aucune autre indication n'est requise en rapport avec l'usage équitable aux fins mentionnées ci-dessus quand cela s'avère impossible pour des raisons pratiques ou autres.*

Le paragraphe 2 de l'article reste inchangé et prévoit que l'usage équitable d'un arrangement typographique d'une édition publiée aux fins mentionnées au paragraphe 1 n'enfreint pas le droit subsistant dans cet arrangement.

Il y a donc quatre conditions à respecter : un usage équitable, à des fins de recherche, à des fins non commerciales et une indication suffisante de la source. L'état antérieur du droit ne mentionnait que deux conditions : l'usage équitable et à des fins de recherche. L'exception s'est donc considérablement rétrécie suite à la transposition.

On notera également qu'avant la transposition, le paragraphe 1A de l'article 29 prévoyait que, pour les bases de données uniquement, la source devait être indiquée et le paragraphe 5 indiquait également que faire usage d'une base de données à des fins commerciales n'était pas un usage équitable. Ces précisions avaient été requises lors de la transposition de la Directive relative à la protection des bases de données. Ces deux paragraphes ont été abrogés puisque ces deux conditions doivent désormais s'appliquer à toutes les œuvres.

Quelques commentaires s'imposent sur les termes utilisés dans la transposition de l'article 5 § 3(a) de la Directive dans la Loi britannique.

Premièrement, cette exception s'applique aux œuvres originales, c'est-à-dire aux œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques, ainsi qu'aux œuvres non originales que sont les arrangements typographiques. Mais elle ne s'applique pas aux trois autres œuvres non originales, soit les phonogrammes, les films et les radiodiffusions. Cependant, l'article 2 de la Directive précise que les auteurs de toutes ces « œuvres » ont un droit de reproduction. Néanmoins, comme l'article 5 de la Directive prévoit des exceptions au droit de reproduction, il est permis de penser qu'à défaut de preuve contraire, ces exceptions s'appliquent à toutes les œuvres et que la Loi anglaise ne respecte pas la Directive sur ce point.

La question qui vient d'emblée à l'esprit est celle de savoir pourquoi les utilisateurs de tout type d'œuvre ne pourraient pas bénéficier de cette exception. Car si l'on suit jusqu'au bout le raisonnement, cela reviendrait à dire qu'une exception sur une œuvre dramatique, par exemple, ne pourrait pas être mise en œuvre, dès lors que cette œuvre est incluse dans une radiodiffusion ou dans un film. Ceci rend l'exception presque inutile dans ce cas puisque, même si l'utilisateur ne sera pas tenu d'obtenir l'autorisation, ni de rémunérer le titulaire de l'œuvre dramatique, il devra quand même demander l'autorisation et, le cas échéant, rémunérer le titulaire du film ou de la radiodiffusion. Ou pire, il ne pourra pas du tout en bénéficier si le titulaire du film ou de la radiodiffusion ne lui donne pas l'autorisation. On peut supposer que cet état du droit britannique est le résultat d'un puissant *lobbying* exercé par les maisons de disques, les producteurs de films et les radiodiffuseurs. On notera qu'en Italie par exemple, la nouvelle loi, après transposition, ne fait pas de différence entre les œuvres pour l'application de l'exception de recherche²¹.

Un deuxième point doit être signalé et concerne l'article 29(1) qui ne reprend pas le terme « scientifique » utilisé dans la Directive pour qualifier la recherche. Le Gouvernement a considéré l'insertion de ce mot comme redondante, et donc non nécessaire, vu la signification large du mot recherche²². En d'autres termes, le mot recher-

²¹ Voir l'article 70 § 1 de la Loi. Celle-ci est disponible sur le site : [http://www.infogiur.com/law/dlgs_diritto_autore_09_04_03_68.asp].

²² *Consultation on UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society: Analysis of Responses and Government Conclusions*, *op. cit.*, note 4, p. 6.

che inclut déjà le terme scientifique, ou encore toute recherche est par définition scientifique²³. En effet, il paraît difficile de qualifier une recherche de non scientifique. Dès lors, on peut sûrement penser que la Loi britannique ne viole pas la Directive sur ce point. De plus, la formulation de la Directive n'est pas claire : couvre-t-elle la recherche scientifique ou bien uniquement *l'illustration* pour la recherche scientifique ? Il semblerait que l'article 5 § 3(a) doive être interprété largement et que la première solution soit de mise²⁴.

En troisième lieu, la recherche ne peut plus être commerciale alors que cela était possible avant la transposition de la Directive. En effet, il est probable que la plupart des recherches menées par les entreprises pour réaliser des profits, seront ainsi faites dans un but commercial, ce qui entraînera comme conséquence inéluctable que toute copie réalisée dans le cadre de cette recherche ne pourra pas bénéficier de l'exception²⁵.

Enfin, l'utilisateur qui veut bénéficier de l'exception devra indiquer la source de manière suffisante. Cette condition est définie à l'article 178 de la Loi. Cet article qui n'a pas été modifié prévoit que l'indication doit identifier l'œuvre en question par son titre ou autre description et par l'auteur à moins que, dans le cas d'une œuvre publiée, celle-ci soit publiée anonymement et, dans le cas d'une œuvre non publiée, il ne soit pas possible de vérifier l'identité de l'auteur par une investigation raisonnable. Cet article est donc en conformité avec la Directive qui ne requiert que l'indication de l'auteur. L'article 29 (1B) poursuit et prévoit qu'aucune indication n'est requise s'il n'est pas possible de le faire pour des raisons pratiques ou autres. Cette formulation est pour le moins obscure. Les mots « ou

²³ Lionel BENTLY et Brad SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 199 et suiv. Ces auteurs tentent de définir la recherche comme étant : « une enquête ou investigation diligente et systématique sur un sujet ».

²⁴ Voir à cet égard le considérant 42 :

Lors de l'application de l'exception ou de la limitation prévue pour les utilisations à des fins éducatives et de recherche non commerciales, y compris l'enseignement à distance, la nature non commerciale de l'activité en question doit être déterminée par cette activité en tant que telle. La structure organisationnelle et les moyens de financement de l'établissement concerné ne sont pas des éléments déterminants à cet égard.

²⁵ Annexe II, *Guidance for Businesses about Changes to Copyright Law*, 24 déc. 2002, p. viii sur le site de l'Office des brevets : [<http://www.patent.gov.uk/copy/notices/2002/guidance2.html>].

autres » annulent les mots qui les précèdent (« pour des raisons pratiques »). La Directive stipule tout simplement « si cela s'avère impossible ». Prévoir, comme la Loi britannique le fait, l'impossibilité pour « des raisons pratiques ou autres » semble aussi peu contraignant que la simple impossibilité requise par la Directive. Les deux textes se rejoignent. La Loi britannique semble donc être bien conforme à la Directive sur ce point²⁶.

En conclusion, l'exception de recherche est aujourd'hui moins généreuse qu'auparavant, ce qui entraînera des coûts plus élevés pour les établissements d'enseignement et les bibliothèques qui devront s'y conformer²⁷. En général, nonobstant le fait que l'exception ne s'applique pas à toutes les œuvres, il semble que la Loi de transposition britannique respecte l'article 5 § 3(a) de la Directive.

b. L'étude privée

L'article 29(1C) transpose fidèlement l'article 5 § 2(b) de la Directive. Cette exception permet un usage équitable, non commercial et à des fins d'étude privée d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. Il faut donc trois conditions pour pouvoir se prévaloir de cette exception : usage équitable, étude privée, à des fins non commerciales. De nouveau l'exception ne s'applique qu'à quatre types d'œuvres : les œuvres originales littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques. On fera donc les mêmes observations que pour l'exception de recherche : l'exception ne devrait-elle pas bénéficier aux utilisateurs de tout type d'œuvre ? On peut se demander de la même manière si la transposition britannique respecte bien la Directive sur ce point. Par ailleurs, l'article 178 donne désormais une définition de ce qu'est l'étude privée : c'est une étude qui ne vise pas une étude faite directement ou indirectement dans un but commercial²⁸. Sur ce point, la Loi de transposition est conforme à l'article 5 § 2(b) de la Directive. Ni la Directive, ni la Loi ne requièrent une indication

²⁶ On notera que le gouvernement considère respecter la Directive sur ce point. Voir : *Consultation on UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society: Analysis of Responses and Government Conclusions*, *op. cit.*, note 4.

²⁷ Voir les pages 11 et 12 du *Regulatory Impact Assessment* disponible sur le site de l'Office des brevets et marques : [<http://www.patent.gov.uk/about/consultations/eccopyright/annexc.html>].

²⁸ Voir : art. 15, 1^{re} Schedule.

de la source dans le cadre de cette exception. Enfin, l'exception ne prévoit pas une compensation équitable pour les ayants droit comme le requiert pourtant la Directive. Le gouvernement a considéré que cela n'était pas nécessaire au regard du considérant 35 de la Directive. En effet, cette exception est d'une portée assez limitée²⁹.

2. L'exception de critique ou de revue

L'article 30(1) a été quelque peu modifié pour respecter l'article 5 § 3(d) de la Directive. Selon cette exception, l'usage d'une œuvre n'est pas une contrefaçon si les quatre conditions suivantes sont remplies : il s'agit d'un usage à des fins de critique ou de revue, qui est équitable, et accompagné d'une indication suffisante et, enfin, l'œuvre doit avoir été mise à la disposition du public. L'exception n'a pas été modifiée sauf l'ajout de cette dernière condition. L'article 30(1A) explique ce qu'il faut entendre par là : la mise à la disposition du public est celle faite par tout moyen, incluant la distribution de copies au public, la mise à la disposition du public au moyen d'un système de recherche documentaire électronique, la location ou le prêt de copies de l'œuvre au public, l'exécution, l'exposition, le fait de représenter l'œuvre au public et la communication de l'œuvre au public. Cependant, pour déterminer si l'œuvre a été mise à la disposition du public, on ne tiendra compte d'aucun acte non autorisé. Il est clair que si quelqu'un vole une œuvre non publiée, l'exception ne s'appliquera pas. Qu'en est-il cependant de l'application de l'exception dans le cas d'un cours ou *speech* présenté en public ? Cet acte est-il visé par la liste ci-dessus ? Il semblerait que l'exception s'applique à moins que ce ne soit un acte non autorisé. L'article 178 de la Loi sur le droit d'auteur donne une définition des mots « non autorisé ». En bref, il faut que l'acte soit fait sans l'autorisation de l'auteur. Dès lors, les personnes ne désirant pas que leur présentation soit critiquée devront avertir leur auditoire qu'il n'est pas autorisé à le faire et se ménager une preuve au moyen d'un écrit. Dans le cas contraire, l'acte de communication au public sera considéré comme une mise à la disposition de celui-ci et l'exception pourra s'appliquer.

²⁹ Voir : *Consultation on UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society: Analysis of Responses and Government Conclusions*, *op. cit.*, note 4, p. 6.

Contrairement à l'exception précédente, l'exception de critique ou de revue n'a pas été trop limitée par la transposition de la Directive. En effet, la jurisprudence avait déjà inclus, dans ses critères de *fair dealing*, le statut de l'œuvre et les décisions rendues illustraient bien qu'il était très difficile de bénéficier de l'exception dans les cas de critique de documents non publiés ou confidentiels³⁰. Toutefois, dans l'affaire *Beloff*, le juge avait laissé la porte ouverte en disant qu'il n'était pas impossible, dans certains cas, que la publication de documents confidentiels ou non publiés soit quand même équitable. Dans cette affaire, il s'agissait d'un *mémoire* interne écrit par N. Beloff qui n'était pas publié et que l'auteur ne voulait pas publier. Malheureusement, il y eut une fuite et le document fut publié par le défendeur. Le juge avait décidé que l'exception ne s'appliquait pas au motif qu'il n'était pas équitable dans ce cas de publier le *mémoire* sans l'autorisation de l'auteur. La porte est maintenant complètement fermée avec la nouvelle condition codifiée dans la Loi. Le cas *Beloff* est donc sur ce point dépassé. D'une part, la mention de la « mesure justifiée par le but poursuivi » dans l'article 5 § 3(d) est, selon nous, une application d'un des facteurs du *fair dealing* énumérés ci-dessus. Finalement, en ce qui concerne l'indication suffisante de la source, on se rapportera aux développements précédents. Il est intéressant aussi de remarquer que, contrairement aux exceptions précédentes, l'exception de critique ou de revue s'applique à toutes les œuvres³¹. D'autre part, comme l'exception n'a pas été modifiée, sauf pour la codification de la condition de mise à la disposition du public, la jurisprudence antérieure est toujours applicable. Ainsi, les termes « critique ou revue », non définis dans la Loi, doivent être interprétés largement³². C'est l'usage qui doit être équitable, non pas la revue ou la critique. Par conséquent, des critiques peuvent être déséquilibrées, véhémentes et même malicieuses ; dans ce dernier cas, on pourra agir en diffamation au besoin, mais pas en

³⁰ Voir : *Beloff v. Pressdram*, précité, note 18 ; *Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland*, précité, note 17 (dans cette affaire, un employé du demandeur avait fourni au défendeur (le journal *The Sun*) deux photos extraites du film de la caméra de surveillance montrant l'heure exacte à laquelle Lady Diana et Dodi Al Fayed étaient rentrés et sortis d'une villa appartenant à Mohammed Al Fayed le jour précédant leur mort. Ces photos avaient été fournies par l'employé sans permission du titulaire et n'avaient jamais été publiées dans la presse auparavant).

³¹ La Loi italienne sur ce point prévoit que l'exception s'applique également à toutes les œuvres (art. 70).

³² *Pro Sieben Media AG v. Carlton UK Television Ltd.*, [1999] FSR 618 ; [2000] ECDR 110.

se fondant sur le droit d'auteur³³. Le *fair dealing* n'est pas limité aux seules critiques de l'œuvre elle-même, de son mérite, ou de son style mais l'exception s'applique également lorsqu'on critique ou passe en revue l'idée sous-tendue par une œuvre, sa philosophie, ses implications sociales ou morales ou la doctrine qu'elle prône³⁴. L'exception s'applique également lorsque l'utilisateur critique non pas l'œuvre mais la décision de la retirer de la circulation³⁵. Sur ce point, on notera que le droit britannique se conformait déjà à la Directive puisque l'article 5 § 3(d) parle de « citations faites à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une œuvre ». La Directive ne se limite pas aux critiques d'œuvres mais plus largement aux critiques *concernant* une œuvre. Le droit britannique permet aussi de critiquer seulement une partie de l'œuvre, même si elle ne la reflète pas exactement³⁶. En vérité, la question est de déterminer si la revue ou la critique est sincère ou bien si elle est une habile tentative d'habiller une contrefaçon³⁷. En conclusion, on peut dire que la Loi britannique respecte bien l'article 5 § 3(d).

3. L'exception d'actualité

Selon l'article 30(2), l'usage équitable d'une œuvre (autre qu'une photographie) dans le but de rapporter des événements courants ne porte pas atteinte au droit d'auteur sur l'œuvre, du moment qu'il est accompagné d'une indication suffisante de la source. Cet article n'a pas été modifié (à tort à notre avis) pour se conformer à l'article 5 § 3(c). Le seul rajout se trouve à l'article 30(3) qui dispose qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la source de l'œuvre, si le reportage d'événements courants se fait au moyen d'un phonogramme, d'un film ou d'une radiodiffusion, dans les cas où cela serait « impossible pour des raisons pratiques ou autres ». Pour une critique de cette expression, on se rapportera à notre analyse sur l'exception de recherche.

³³ *Id.*

³⁴ *Hubbard v. Vosper*, précité, note 15; *Pro Sieben Media AG v. Carlton UK Television Ltd.*, précité, note 32.

³⁵ *Warner Bros v. Channel Four*, [1994] EMLR 1 (concernant le retrait voulu par Stanley Kubrick de son film *A Clockwork Orange*).

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

L'exception d'actualité, à l'instar de l'exception de recherche, ne s'applique pas à toutes les œuvres puisque l'usage de photographies pour rendre compte de l'actualité est toujours soumis à autorisation. La question qui se pose est de savoir pourquoi seules les photographies ont été exclues de cette exception. On peut bien utiliser des radiodiffusions ou des films sans l'autorisation de l'auteur. Pourquoi donc avoir introduit cette distinction qui nous paraît illogique ? Cela serait encore le jeu du lobbying photographique. Il nous semble cependant que pour respecter la Directive, comme pour l'exception de recherche et pour les mêmes raisons, cette exception devrait être applicable à toutes les œuvres. La Loi de transposition aurait dû supprimer les mots « autre qu'une photographie »³⁸. Cette exception est donc sur ce point mal transposée.

Si l'on revient à la jurisprudence, il faut rappeler la décision *Banier v. Newsgroup Newspapers Ltd.*³⁹ (rendue sous l'empire de la Loi avant transposition) qui avait considéré que la reproduction dans un journal d'une photo, sans l'autorisation de l'auteur, ne relevait pas de l'exception d'actualité, parce qu'il s'agissait d'une photo. Il est vrai, comme nous l'avons souligné, que la Loi n'a pas été modifiée sur ce point ; toutefois, il est permis de penser que cette jurisprudence ne devrait plus être suivie à l'avenir puisque que la Loi doit être interprétée en conformité avec la Directive⁴⁰.

L'exception ne mentionne pas non plus l'expression « dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi » qui se trouve à l'article 5 § 3(c). Comme pour l'exception de critique, il est permis de penser que ce critère est pris en considération dans l'examen de l'usage légitime⁴¹.

Enfin, comme cette exception n'a pas été modifiée, la jurisprudence antérieure s'applique toujours (à l'exception de l'affaire *Banier*

³⁸ Comme nous le préconisons dans un précédent article. Voir : Estelle DERCLAYE, «The Copyright Directive, How will the Statutory and Case Law of England and Wales be affected? », (2001) 114 *Copyright World* 19-23.

³⁹ [1997] FSR 812 (il s'agissait d'une photo de la princesse de Monaco prise par Banier que Newsgroup Newspapers publia sans sa permission).

⁴⁰ CJCE, *Marleasing c. Comercial Internacional de Alimentación*, aff. C-106/89, jugement du 13 novembre 1990 : *Rec.* 1990, p. I-4135.

⁴¹ Par exemple, la Loi italienne telle qu'amendée dispose expressément que l'exception s'applique dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi (art. 65(2)).

comme expliqué ci-dessus). Cette jurisprudence a, au fil du temps, clarifié ce qu'il fallait entendre par événements d'actualité (*current events*). Tout d'abord, ce sont des termes, comme « critique ou revue », qui doivent s'interpréter largement⁴². Il s'agit donc, d'événements d'intérêt actuel et pas seulement d'événements datant de moins de 24 heures. Un événement qui s'est produit il y a un an, mais qui est encore l'objet de débats sera toujours considéré comme d'actualité⁴³. De plus, il doit s'agir d'événements concernant une question contemporaine, d'intérêt public⁴⁴, un événement qui vaut la peine d'être rapporté (*newsworthy*)⁴⁵, c'est-à-dire un événement national, international ou d'une importance politique comme, par exemple, des événements sportifs majeurs tels les jeux olympiques ou la coupe mondiale de football⁴⁶. Par conséquent, un événement banal, éphémère ou peu important, comme des comparaisons de produits ou un article sur de la lingerie, ne sera pas un événement digne d'intérêt au sens de la Loi. Cependant, un événement banal peut être digne d'intérêt s'il fait l'objet d'une couverture médiatique intense⁴⁷. En définitive, comme on l'a constaté, l'article 30(2) et (3) ne respecte pas totalement la Directive.

E. Les autres changements

1. La communication au public en ce qui concerne les droits connexes

Quant à la communication au public, les changements ne touchent que l'application de ce droit en ce qui concerne le droit d'auteur. L'article 7 de la Loi de transposition traite de ce droit de communication dans le contexte des droits connexes. Les articles 182, 182A, 182B, 182C et 182D de la Loi sur le droit d'auteur soumettaient déjà l'enregistrement des représentations des artistes interprètes ou exécutants, la reproduction d'un tel enregistrement, la distribution des copies au public ainsi que le prêt de ces copies à l'accord

⁴² *Pro Sieben Media AG v. Carlton UK Television Ltd.*, précité, note 32.

⁴³ *Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland*, précité, note 17.

⁴⁴ *Paddy Ashdown v. Telegraph Group*, [2001] RPC 659.

⁴⁵ *The Newspaper Licensing Agency Ltd. v. Marks & Spencer Plc*, [2001] RPC 5.

⁴⁶ *BBC v. British Satellite Broadcasting*, [1991] 3 All ER 833.

⁴⁷ *Pro Sieben Media AG v. Carlton UK Television Ltd.*, précité, note 32 (reportage sur une femme enceinte d'octuplés).

préalable des artistes interprètes ou exécutants et leur donnaient droit à une rémunération équitable pour l'exploitation d'un enregistrement sonore de leurs représentations. On y ajoute maintenant l'article 182CA qui soumet la communication au public des représentations des artistes interprètes ou exécutants à leur accord préalable. Plus exactement :

Les droits d'un artiste interprète ou exécutant sont violés par toute personne qui communique sans avoir obtenu l'accord de l'artiste un enregistrement de l'ensemble ou d'une partie substantielle d'une représentation qui correspond aux critères de qualification au public au moyen d'une transmission électronique qui est opérée de manière que les membres du public puissent y avoir accès d'un endroit ou à un moment qu'ils choisissent de manière individuelle.

Ce droit n'est pas tout à fait nouveau, car il était déjà partiellement inclus dans le droit à une rémunération de l'artiste interprète ou exécutant, mais ce nouveau droit est beaucoup plus large et précis. Le parallélisme avec le droit d'auteur sur ce point est un autre point positif à mentionner.

2. L'exception d'instruction et d'examen

Ceci nous mène aux autres exceptions. Le droit d'auteur britannique connaît depuis bien longtemps une exception d'instruction et d'examen. L'article 32 de la Loi sur le droit d'auteur est maintenant modifié⁴⁸. Cette exception s'applique toujours aux copies faites par un enseignant ou une personne qui reçoit l'enseignement et, en ce qui concerne les œuvres littéraires, dramatiques, artistiques ou musicales, l'utilisation de la reprographie est toujours exclue, mais maintenant tout enseignement qui a un but commercial est également exclu et, sauf si cela n'est pas faisable dans la pratique, la copie doit être accompagnée d'une identification de la source. En plus, quand il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, artistique ou musicale qui a été mise à la disposition du public, une condition supplémentaire s'applique dans le sens que l'acte de copier doit également être couvert par le concept de *fair dealing*. Et même dans le contexte d'un examen, une identification de la source est maintenant requise.

⁴⁸ Loi de transposition, art. 11.

3. Les exceptions au profit des établissements scolaires

Les articles 35 et 36 de la Loi sur le droit d'auteur contiennent des exceptions spécifiques pour les établissements scolaires ou d'éducation. Ces exceptions leur donnent le droit d'enregistrer des émissions ou de faire des copies en utilisant des procédés de reprographie (photocopies, etc.). En ce qui concerne l'enregistrement d'émissions, il sera désormais nécessaire d'identifier l'émission et le but éducatif pour lequel cet enregistrement est permis devra être strictement non commercial. Mais, si d'un côté il y a ces restrictions supplémentaires, de l'autre, il y a maintenant l'autorisation explicite de la communication au public d'un tel enregistrement, si elle est faite par quelqu'un dans l'établissement concerné et si elle ne peut être reçue par une personne qui se trouve en dehors de cet établissement. En ce qui concerne la reprographie, on voit des précisions auxquelles on peut maintenant déjà s'attendre. En effet, il ne peut s'agir que d'un enseignement non commercial et la copie doit être accompagnée d'une identification de sa source, sauf si la situation pratique rend cette identification impossible⁴⁹.

4. Les exceptions au profit des bibliothèques

En ce qui concerne l'exception qui permet aux bibliothécaires de fournir des copies dans des circonstances précises telles que la recherche, les articles 38, 39 et 43 de la Loi sur le droit d'auteur exigent maintenant également que cette recherche n'ait pas de but commercial et les copies ne peuvent ultérieurement être utilisées à d'autres fins⁵⁰. Cette précision apparaît aussi à l'article 61 qui traite des copies autorisées de chants folkloriques⁵¹.

5. Une nouvelle exception d'observation du fonctionnement d'un programme d'ordinateur

Le législateur n'a pas seulement mis en place des restrictions ou des conditions supplémentaires. Il est, par exemple, maintenant permis à l'utilisateur autorisé d'un programme d'ordinateur de procéder à l'observation, l'étude ou le *testing* de l'opération et le fonctionnement

⁴⁹ *Id.*, art. 12 et 13.

⁵⁰ *Id.*, art. 14.

⁵¹ *Id.*, art. 16.

du programme afin de déterminer les idées et principes qui se trouvent à la base du programme. Ceci n'est pas révolutionnaire car ces principes et idées n'ont jamais fait l'objet d'une protection par le droit d'auteur, mais le législateur le répète ici, tout en ajoutant que toute clause contractuelle qui exclut ce droit est nulle⁵².

6. L'exception de jouer des enregistrements sonores

L'article 67 de la Loi sur le droit d'auteur prévoyait une exception dont bénéficiaient les clubs et les associations. Quand ils jouaient des enregistrements sonores, ces clubs et associations n'étaient pas soumis au droit d'auteur dans la mesure où ils n'avaient pas de but lucratif (le concept de *charity*, en droit anglais) ou en autant que leur but était l'avancement de la religion, de l'éducation ou des conditions sociales. Ceci reste bien le cas, mais le législateur soumet cette exception à des conditions supplémentaires. Tout d'abord, la personne qui joue ces enregistrements sonores doit le faire directement pour le bénéfice du club ou de l'association et non pas pour un but lucratif. Il ne sera donc plus possible d'employer un DJ professionnel si on veut bénéficier de cette exception. Deuxièmement, tout profit fait sur la vente des tickets à une telle occasion devra être utilisé exclusivement pour les buts du club ou de l'association; ces principes s'appliquent également au profit de toute vente de marchandises ou de services à une telle occasion et à un tel endroit⁵³.

7. Les exceptions dites de «time-shifting» et de photographeur une image d'une émission

Le droit d'auteur britannique permet au public de faire un enregistrement ou une copie d'une émission afin de la regarder à un moment plus propice. L'article 70 de la Loi sur le droit d'auteur réservait cette exception aux enregistrements et aux copies faits à des fins privées, mais le nouvel article 70⁵⁴ précise maintenant que l'enregistrement ou la copie doivent être faits à la maison. Et on ajoute que toute utilisation ultérieure d'un tel enregistrement ou d'une telle copie à d'autres fins rendra illicite cet enregistrement ou cette copie. Et les mêmes principes s'appliqueront quand quelqu'un

⁵² *Id.*, art. 15.

⁵³ *Id.*, art. 18.

⁵⁴ *Id.*, art. 19.

prend une photo de l'ensemble ou d'une partie d'une image qui fait partie d'une émission. Dans ces conditions, il n'y aura pas infraction au droit d'auteur de l'émission ou du film qui fait l'objet de cette émission. Les modifications à l'article 71⁵⁵ se sont donc faites en parallèle avec les modifications qui ont été apportées à l'article 70.

8. L'exception de montrer une émission gratuitement au public

Ceci nous mène à la dernière exception à laquelle des changements importants ont été apportés. L'article 72 de la Loi sur le droit d'auteur mentionnait qu'il était permis de montrer en public une émission, sans avoir à payer de droits d'auteur, à la condition que ce soit fait gratuitement. Le principe est maintenu dans le nouvel article 72⁵⁶, mais, dans la situation actuelle, certains enregistrements sonores ont été exclus. Il s'agit des enregistrements sonores dont l'auteur n'est pas le même que celui de l'émission et qui sont composés de musique avec ou sans paroles. Les associations sans but lucratif sont exclues du champ d'application de cette nouvelle règle, ainsi que toute activité de réparation ou de démonstration de l'équipement nécessaire pour la réception de l'émission dans le contexte prévu à l'article 72. Cette modification s'explique assez facilement. À l'origine, le législateur avait prévu cette exception pour des émissions de télévision. Il s'agissait donc des images de manifestations, films, etc. Toute inclusion d'un enregistrement sonore était accidentelle et le principe était bel et bien que le fait de jouer des enregistrements sonores en public était soumis au droit d'auteur. Depuis, on a vu l'entrée en scène des émissions composées entièrement de clips musicaux et de chaînes comme MTV. Le législateur n'a jamais eu l'intention de voir ces émissions couvertes par l'exception contenue à l'article 72 et, par conséquent, elles ont maintenant été exclues de manière explicite.

9. Sanctions et mesures de protection technique

Nous n'entrerons pas ici dans les détails des autres clauses contenues dans la Loi de transposition. Il s'agit au total de 66 pages

⁵⁵ *Id.*, art. 20.

⁵⁶ *Id.*, art. 21.

qui contiennent aussi des clauses très spécifiques concernant les mesures de protection technique⁵⁷ et les sanctions⁵⁸.

j. Observations générales

Il est sans doute trop tôt pour faire le bilan définitif de tous ces changements, mais on peut quand même faire quelques observations.

Si le Royaume-Uni a suivi la Directive dans ces traits principaux, il nous semble néanmoins que l'application « non entière » des exceptions de recherche et d'actualité n'est pas conforme à la Directive⁵⁹. Pour ce qui est du champ d'application de ces exceptions et tout particulièrement des œuvres qui n'y sont pas mentionnées, il serait intéressant d'attendre au vu des cas concrets, les décisions que seront amenés à rendre les tribunaux à propos de ces utilisations. À ce sujet, les juges seraient bienvenus d'accepter d'élargir le champ de ces exceptions eu égard à la décision *Marleasing*⁶⁰, à moins qu'ils ne préfèrent s'en remettre plus prudemment au tribunal de dernière instance, soit la Cour de justice des Communautés européennes.

Comme beaucoup de juristes, nous aurions préféré une réforme plus générale du droit d'auteur. La présente transformation apporte des changements importants au droit d'auteur britannique et la logique de la Loi sur le droit d'auteur n'est plus ce qu'elle était en 1988. On a depuis des années apporté les changements nécessaires en transposant des Directives, mais on a un peu perdu de vue la perspective générale. Certains problèmes n'ont pas été résolus et il arrive que des situations similaires reçoivent des solutions trop divergentes. Malgré cette désillusion, il ne faut pas en conclure que les spécialistes du *Copyright Directorate* n'ont pas l'ambition ou le savoir-faire requis pour une telle opération. La réalité est beaucoup plus simple. Le système du *European Communities Act 1972* ne rend pas nécessaire une loi de transposition, mais, par ailleurs, les *Statutory Instruments* qui en résultent ne peuvent contenir que les mesures

⁵⁷ *Id.*, art. 24 et 25.

⁵⁸ *Id.*, art. 26-28.

⁵⁹ De nouveau, on voit que les exceptions s'appliquent également aux droits voisins dans la Loi italienne (art. 71 bis).

⁶⁰ *Marleasing c. Comercial Internacional de Alimentación*, précité, note 40.

nécessaires pour la transposition de la Directive. Et c'est ici que l'avantage de la procédure simplifiée se transforme en désavantage. Il devient beaucoup plus difficile de maintenir la logique de la Loi ou de mettre en place les droits moraux des artistes interprètes et exécutants, car ceci nécessite une loi.

Ce qui frappe dans cet exercice de transposition est le fait que les exceptions aient été soumises à beaucoup de restrictions supplémentaires. Combien de fois a-t-on par exemple vu apparaître la condition que l'acte permis n'ait pas de but commercial et qu'il y ait une identification de la source ? Bien évidemment, même dans le système du « *fair dealing* », les cas où le juge considérerait qu'un usage à des fins commerciales entrait dans l'exception étaient rares, mais il restait une marge d'appréciation. Maintenant, le législateur a en quelque sorte défini le concept de « *fair dealing* » comme étant non commercial. La marge d'appréciation du juge et la fameuse flexibilité du système ont souffert au cours de cette opération. Le législateur n'est pas en mesure d'offrir une définition de ce concept d'usage non commercial. Et malgré la première impression qui pourrait nous mener à la conclusion que, dans la pratique, les choses ne seront pas trop compliquées, il faut quand même se poser quelques questions. Que faut-il par exemple penser des copies faites par un professeur d'université pour des fins de recherche ? Le but sera peut-être non commercial car la copie sert à donner un cours. Même si cela est sans doute vrai, par exemple, pour des cours qui font partie du curriculum d'une faculté universitaire, la question recevra peut-être une réponse différente pour des cours qui sont donnés dans le cadre d'une formation professionnelle de rafraîchissement pour des avocats et dans laquelle la faculté s'engage afin de financer sa bibliothèque. Et que faut-il penser du fait que le cours donné aux étudiants se transforme en livre publié par une maison d'édition ? Est-ce que cela rend la recherche « commerciale » dès le départ ? Sans doute la plupart des recherches scientifiques dans les facultés de sciences s'inscrivent dans la logique de *spin-offs* et une éventuelle exploitation commerciale. Et est-ce qu'une recherche fondamentale, non (encore) appliquée, faite par une entreprise pourrait être définie comme non commerciale en soi ? Les critères de cette appréciation ne sont pas clairs et il faudra attendre le jugement des tribunaux sur ce point.

La même conclusion s'impose quand il s'agit de définir les critères qui pourront mener à la conclusion que dans la pratique il n'était pas possible d'identifier la source. Est-ce que cela sera (seulement)

le cas quand il s'agit d'un nombre trop élevé de sources, par exemple, ou si on pourra également tenir compte du fait qu'on n'ait pas réussi à trouver le nom de l'auteur? Et combien d'effort devra-t-on investir sur ce dernier point? Il est clair qu'il nous reste beaucoup de questions.

Mentionnons ici un dernier point. L'exception de revue et de critique n'est désormais plus applicable dans le cas où l'œuvre qui a été copiée ou communiquée au public n'était pas auparavant dans le domaine public. La presse ne pourra donc plus l'utiliser quand leur source est un « *whistle blower* ». On pourrait dire qu'il est logique que l'exception ne s'applique qu'aux œuvres qui ont été publiées et que cette exception ne devrait jamais couvrir la publication contre la volonté de l'auteur. Cela est vrai dans la plupart des circonstances, mais il existe des situations où la presse devra être en mesure de publier des détails qui n'étaient pas encore publiés. Dorénavant, on devra prouver qu'une telle publication est dans l'intérêt public. Sans doute ceci est une bonne décision en principe et le critère d'intérêt public est utile sur ce point afin d'éviter des excès qui ne respectent pas la volonté de l'auteur. Mais il faut bien se rappeler que l'exception d'intérêt public est difficile à prouver et qu'elle n'est même pas définie très clairement actuellement en droit anglais. La situation pratique dans laquelle la presse se trouve est donc devenue plus complexe et il faut se poser la question si, en pratique, l'équilibre entre le droit d'auteur et la liberté d'expression est encore garanti sur ce point.

Et enfin

Puisque cette transposition concerne de façon indirecte aussi les traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle de 1996 (OMPI), il faut aussi dire un petit mot des droits voisins. Le gouvernement vient en effet de lancer un deuxième exercice de consultation auprès des milieux concernés en ce qui concerne l'introduction en droit anglais des droits moraux pour les artistes interprètes⁶¹. La date limite pour les réponses était la fin du mois de mars 2005 et le projet envisage une approche restrictive, qui est presque une copie exacte des droits moraux des auteurs contenus dans la Loi sur le

⁶¹ Voir: [www.patent.gov.uk/about/consultations/moralrights/index.htm].

droit d'auteur. On y reviendra sans doute dans une prochaine lettre d'Angleterre.

II. Jurisprudence récente en droit d'auteur

A. L'article 31 de la *Loi sur le droit d'auteur*

Ce n'est pas seulement le législateur qui s'est occupé des exceptions au droit d'auteur récemment. La Cour d'appel a également été appelée à clarifier le droit d'auteur britannique dans ce domaine. Le premier paragraphe de l'article 31 de la Loi, qui par ailleurs n'a pas été modifié dans le processus de transposition de la Directive⁶², prévoit qu'« il n'y aura pas d'infraction au droit d'auteur dans une œuvre quand cette œuvre est incluse de manière accidentelle dans une œuvre artistique, un enregistrement sonore, un film ou une émission ». Le législateur avait sans doute à l'esprit des situations pratiques comme celle du touriste qui se trouve à Londres et qui fait une photo de sa compagne devant le British Museum. Dans cette photo pourront être inclus des journaux, des affiches et des bâtiments, par exemple, et cela plus ou moins de manière inévitable. L'idée était que, dans une telle situation, il ne faut pas parler d'infraction au droit d'auteur pour des raisons de bon sens. Mais si la définition du concept d'inclusion accidentelle semble être clair dans une telle situation, ceci n'était plus aussi clair dans l'affaire *Football Association Premier League Ltd. c. Panini UK Ltd.* dans laquelle la Cour d'appel a dû trancher en juillet 2003⁶³.

Panini produit des photos autocollantes des joueurs de football des équipes du *Premier League* anglais que le public est censé collectionner et mettre dans un album groupant toutes les équipes. Les photos montrent les joueurs dans le maillot du club et sur ce maillot se trouve le logo du club. Le *Premier League* avait un droit d'auteur sur ces logos et ne voulait pas donner de licence à Panini car une telle licence avait déjà été donnée en exclusivité à un concurrent de Panini. Ce dernier a quand même produit ses photos et s'est défendu en se basant sur l'article 31 de la Loi sur le droit d'auteur, alléguant que l'inclusion des logos était accidentelle.

⁶² Mis à part le fait que le concept des programmes distribués par câble a disparu également dans cette section.

⁶³ [2003] 4 All E.R. 1290, [2004] FSR 1, arrêt du 11 juillet 2003 de la Cour d'appel.

La Cour d'appel a d'abord précisé qu'en principe, les termes « accidentel » et « intégral » ne s'excluaient pas mutuellement. En d'autres termes, l'inclusion de l'intégralité d'une œuvre peut néanmoins être accidentelle. La Cour a ensuite rejeté l'idée qu'on puisse analyser sur ce point l'intention du photographe au moment où la photo a été prise. Au contraire, selon la Cour, il faut prendre en considération les circonstances dans lesquelles l'œuvre, c'est à dire l'image du joueur comme elle apparaissait dans la photo autocollante, avait été créée. Le test était essentiellement de savoir pourquoi une première œuvre avait été incluse dans une deuxième œuvre en tenant compte de toutes les circonstances dans lesquelles la deuxième œuvre avait été créée. Sur ce point, on pourra tenir compte des facteurs commerciaux aussi bien qu'esthétiques, mais si la deuxième œuvre a été créée pour des raisons commerciales, il serait tout à fait artificiel d'examiner le caractère accidentel d'une telle inclusion sur la base de critères esthétiques. Dans l'affaire Panini, la Cour a été d'avis que les logos avaient été inclus pour des raisons commerciales. Le but était de donner aux photos une certaine forme d'authenticité qui résulterait en un intérêt plus grand de la part du public, et donc, en des ventes supplémentaires. Il était donc impossible de conclure que cette inclusion était accidentelle, car elle était essentielle afin d'atteindre le but pour lequel la photo avait été créée. Une inclusion qui est essentielle afin d'atteindre le but commercial ou esthétique ne sera donc pas une inclusion accidentelle⁶⁴.

B. Les cybercafés et le droit d'auteur

Il nous paraît intéressant de mentionner ici brièvement une affaire qui peut expliquer pourquoi le législateur a tenu à préciser, en transposant la Directive, que l'exception de *time-shifting* contenu à l'article 70 de la Loi sur le droit d'auteur ne s'applique que si la copie est faite à la maison. Il s'agit de l'affaire *Sony Music Entertainment (UK) Ltd. c. Easyinternetcafé Ltd.*⁶⁵.

L'exploitant d'un cybercafé avait permis à ses clients de conserver des fichiers dans une partie privée de son serveur à laquelle ses employés n'avaient pas accès. Il offrait également le service de copier ces fichiers sur disque compact sans procéder à un contrôle. En

⁶⁴ *Id.*, 11-13.

⁶⁵ [2003] FSR 48, jugement du 28 janvier 2003, Chancery Division, Peter Smith J.

pratique, les clients cherchaient de la musique sur Internet et la copiaient ensuite sur disque compact sans que les clients et le cybercafé vérifient même s'ils avaient l'autorisation de faire cela en fonction du droit d'auteur. La défense du cybercafé était que l'acte de copier était couvert par l'exception contenue à l'article 70 de la Loi sur le droit d'auteur, étant donné que les clients copiaient afin de regarder ou d'écouter à un moment plus propice pour eux. La High Court a rejeté cet argument car il n'était pas prouvé que les clients faisaient les copies dans un but privé comme l'exige l'article 70. Le fait que le cybercafé se soit engagé dans le processus avec un but commercial rendait également inapplicable cet article.

Cette dernière observation de la High Court n'est pas évidente, car le texte de l'article 70 ne parlait que d'une copie faite dans un but privé et ne spécifiait pas qui faisait la copie et sur quelle base. L'idée du législateur était néanmoins que le public fasse ces copies lui-même, sans l'intervention d'un partenaire commercial. Il était difficile de faire la distinction entre une copie faite dans un cybercafé dans un but privé et une autre faite dans le même établissement, dans un but commercial, si on ne trouve pas de copies multiples. La solution du législateur est donc d'exiger dorénavant que la copie soit faite à la maison. Ceci facilitera bien évidemment le contrôle sur les activités des cybercafés de la part des maisons de disques.

C. Les contrats en matière de droit d'auteur en droit international privé

Les contrats en matière de droit d'auteur peuvent bien évidemment créer des problèmes de loi applicable, mais les tribunaux anglais ont rarement été appelés à résoudre ces problèmes. L'affaire *Peer International*⁶⁶ est donc exceptionnelle et, pour cette raison, intéressante.

Il s'agissait d'une série de contrats dans lesquels des compositeurs cubains avaient transféré le droit d'auteur britannique dans leurs compositions à Peer International. Ces contrats avaient été conclus avant la révolution cubaine. Plus tard, les héritiers des compositeurs avaient confirmé ces contrats. Après la révolution, une loi cubaine exigeait, sous peine de nullité, que tout contrat soit

⁶⁶ *Peer International Corp. c. Termidor Music Publishers Ltd.*, [2003] EMLR 767, arrêt de la Cour d'appel du 30 juillet 2003.

présenté à l'Institut cubain pour les droits sur la musique afin d'être approuvé. Ceci n'avait pas été fait et les compositeurs ont conclu ultérieurement un autre contrat avec un institut du gouvernement cubain dans lequel ils ont transféré les droits dans les mêmes compositions à cet institut. Peer International poursuit en justice la société qui a succédé à cet institut pour infraction au droit d'auteur et la question de la validité des contrats et de la loi applicable se pose.

Devant la Cour d'appel, les parties se sont mises d'accord sur le fait que les premiers contrats conclus avant la révolution cubaine étaient valables et ont eu l'effet de transférer le droit d'auteur britannique dans les compositions. La Cour d'appel explique que cette conclusion s'imposait parce qu'en droit d'auteur anglais, le transfert était en règle car fait au moyen d'un instrument écrit signé par les parties et la loi du contrat, qui était la loi cubaine, n'invalide pas ce contrat. Cette explication et cette règle ne peuvent être acceptées. Il ne s'agit pas en premier lieu d'une question de propriété, mais d'une question contractuelle. Et la règle de droit international privé est très claire: la loi applicable au contrat s'applique également aux contrats en matière de droit d'auteur. La loi cubaine était donc applicable. Les aspects de droit anglais auxquels la Cour fait référence sont des formalités et, en application de la Convention de Rome de 1980⁶⁷, les formalités sont régies par la loi du lieu de la conclusion du contrat, ici la loi cubaine, puisque les parties ont conclu les contrats à Cuba. Il est regrettable que la Cour d'appel n'ait pas appliqué le droit international privé de manière correcte et détaillée⁶⁸.

Ensuite se posait la question de savoir si la loi cubaine ultérieure pouvait invalider ces contrats. La Cour d'appel décide à bon droit qu'en droit international privé anglais, une mesure gouvernementale qui vise un droit de propriété dans un bien meuble ou immeuble ne sera reconnu comme valable et effective en droit anglais

⁶⁷ Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (80/934/CEE) JO n° L 266 du 09/10/1980, p. 0001-0019, art. 9.

⁶⁸ Voir: J.J. FAWCETT et P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, c. 11.

que si cette mesure était aussi effective et valable dans le pays où se trouve le bien visé au moment où la mesure prend effet.

Dans cette affaire, il s'agissait du droit d'auteur britannique qui est situé en Angleterre et la loi du site applicable était donc le droit anglais. Or, en droit anglais, une telle mesure du gouvernement cubain n'était pas valable et effective. La Cour d'appel a donc refusé de modifier la règle en y ajoutant une exception d'ordre public qui aurait permis le respect de la loi étrangère sur la base de la théorie du « *comity of nations* ».

La Cour d'appel a adopté une approche de propriété. De l'autre côté, il y a clairement un argument menant au contrat. La mesure cubaine a, en effet, une influence sur les contrats non enregistrés. Il faut donc se demander si toute cette construction ne devait pas être remplacée pour l'avenir par l'application de l'article 7(2) de la Convention de Rome de 1980. Cet article permet en droit des contrats au juge anglais d'appliquer les lois de police du for et non pas celles des autres états concernés car le Royaume-Uni n'a pas accepté l'article 7(1) de la Convention. Il nous semble bien que le droit anglais n'apprécie pas les conséquences de cette décision et que les principes de « *comity* » et des constructions comme celles déployées dans cette affaire sont mises en place à côté de la Convention afin de combler cette lacune.

III. Jurisprudence récente : Marques et dessins et modèles

A. Dessins et modèles

Qui est le propriétaire d'un dessin et modèle ? La réponse se trouve à l'article 215 de la Loi sur le droit d'auteur. En principe, celui qui élabore le dessin est le premier propriétaire, mais il y a des règles spécifiques pour les employeurs et les commissionnaires d'un dessin. Un dessin créé par un employé au cours de son emploi devient la propriété de son employeur. De même, le commissionnaire devient le premier propriétaire d'un dessin qui fait l'objet d'une commission.

Mais que fait-on quand le dessin est développé au sein de l'entreprise par quelqu'un qui est le propriétaire de l'entreprise et qui détient la totalité des actions, mais qui n'est pas un employé de cette

entreprise? La Cour d'appel⁶⁹ a rejeté l'argument du juge Laddie qui, en première instance, avait assimilé une telle personne à un employé sur la base des faits de l'affaire. Mais, comme lui, la Cour n'était pas prête à conclure que l'entreprise n'avait aucun droit sur le dessin. Selon la Cour d'appel, dans une telle situation, l'actionnaire détient la propriété dans le dessin pour le bénéfice exclusif de l'entreprise (« *in trust*»). Cette construction du « *trust* », si élégante qu'elle soit, est en réalité une façon d'échapper aux termes exacts de l'article 215 qui n'avait pas prévu le cas de l'actionnaire à 100 pour cent qui n'est pas un employé et qui n'a pas reçu de commission.

Quatre jours plus tard, la Chancery Division était appelée à rendre une décision dans une affaire similaire. Dans l'affaire *Intercase*⁷⁰, le dessin avait été créé par un directeur d'une entreprise qui avait également un contrat de travail avec cette même entreprise. Cette personne était en même temps l'actionnaire principal de l'entreprise dont il était le directeur principal. Néanmoins, la décision montre que dans une telle situation, la règle qui s'applique est celle qui stipule que l'employeur est le premier propriétaire d'un dessin créé par un employé. Ceci montre également les limites de la décision de la Cour d'appel. Cette construction ne sera requise que dans des cas exceptionnels.

B. Marques

De temps à autre, le *tort de passing-off* est décrit comme la loi des marques non enregistrées. Il y a là dedans également un aspect de concurrence illicite. Vu ces origines bien différentes de celles du droit des marques, les deux systèmes ont toujours existé en parallèle de manière indépendante. Il est vrai qu'au cours des dernières années du *Trade Marks Act 1938*, référence était faite à plusieurs reprises au *tort de passing-off* afin d'obtenir des résultats que l'ancienne Loi des marques rendait impossible comme, par exemple, la protection de la bouteille de Coca-Cola en tant que marque. Et quand la nouvelle Loi des marques est entrée en vigueur en 1994, on s'attendait à ce que les propriétaires de marques utilisent plus le droit des

⁶⁹ *Ultraframe (UK) Ltd c. Gary John Fielding, Sally Anne Fielding et Burnden Group Public Ltd.*, arrêt du 12 décembre 2003, Cour d'appel, non encore publié.

⁷⁰ *Intercase (UK) Ltd. et I-Desk Solutions Ltd. c. Time Computers Ltd., Time Group Ltd. et Steven Russell Brooks*, jugement du 16 décembre 2003, Patten J., Chancery Division, non encore publié.

marques modernisé aient ainsi moins besoin du *tort de passing-off*. Mais la coexistence des deux systèmes indépendants n'a jamais été mise en doute. En effet, déjà à l'article 2(2), la Loi des marques de 1994 précise qu'elle ne contient aucune règle qui pourrait prévenir ou sanctionner une infraction à une marque non enregistrée, mais que, d'autre part, rien dans cette nouvelle loi n'affecte le *tort de passing-off*.

Une marque (enregistrée) donne un droit exclusif à son titulaire dès qu'il applique pour l'enregistrement de la marque. Et l'article 5(4) de la Loi des marques précise qu'une des causes pour laquelle un tel enregistrement peut être refusé est le fait que l'utilisation de la marque au Royaume-Uni puisse être empêchée par l'application du *tort de passing-off* en tant que protection pour une marque non enregistrée. Ceci donne l'impression que le moment clef est la date de l'application pour l'enregistrement d'une marque. Avant cette date, le *tort de passing-off* pourrait donner des droits à une marque non enregistrée, mais si une marque est enregistrée avec succès, elle a priorité dès le moment de l'application.

Malheureusement, les choses ne sont pas si simples car la loi du *passing-off* contient le principe que l'effet sur la réputation de la marque non enregistrée est à évaluer au moment où le deuxième utilisateur de la marque en fait usage dans le commerce pour la première fois. En cas de conflit, ceci pourrait être après la date de l'application pour l'enregistrement de la marque, date à partir de laquelle il a un droit exclusif en vertu de la Loi des marques. Il pourra donc commettre une infraction en *tort* au moment où il a déjà un droit exclusif basé sur la Loi des marques et il y a donc un conflit entre les deux systèmes qui sont sensés coexister de manière indépendante.

C'est exactement ce qui s'est produit dans l'affaire *Inter Lotto*⁷¹. Cette société utilisait le nom HOTPICK pour un jeu de loterie qu'elle vendait dans des pubs et des bars depuis le 28 novembre 2001. Elle n'avait pas enregistré la marque HOTPICK, mais à compter de cette date, elle avait établi une réputation dans cette marque. Elle était donc en mesure de satisfaire les critères du *tort de passing-off* et elle était donc le demandeur dans cette affaire. Le défendeur, la société

⁷¹ *Inter Lotto (UK) Ltd. c. Camelot Group plc*, [2003] 4 All E.R. 575, arrêt de la Cour d'appel du 30 juillet 2003.

Camelot Group, qui opère la loterie nationale sous licence, avait choisi le nom HOTPICKS pour son nouveau jeu, de manière indépendante. Le 17 octobre 2001, une demande d'enregistrement de la marque avait été faite et le nouveau jeu est entré sur le marché en juillet 2002. Camelot fait référence à l'article 5(4) de la Loi des marques de 1994 et en conclut que son droit exclusif entre en vigueur le 17 octobre 2001. Et, puisque cet article règle l'interaction entre le droit des marques et le *tort de passing-off*, c'est également à cette date qu'il faut évaluer si le demandeur possédait une réputation et pouvait donc intenter une action en *passing-off* avec succès. Dans ce cas-ci, une telle réputation ne pouvait exister avant le mois de novembre et elle ne pouvait donc pas poser de problèmes à Camelot. Le demandeur voyait les choses d'un œil différent. Pour Inter Lotto, c'est l'article 2(2) de la Loi des marques qui s'applique. Il en résulte que la Loi des marques ne change pas les règles du *tort de passing-off* et il faut donc évaluer la réputation au moment où le défendeur a commencé à utiliser la marque. Et, bien sûr, en juillet 2002, Inter Lotto avait bel et bien établi sa réputation.

La Cour d'appel a tranché en considérant que l'article 2(2) pose le principe. Il faut donc respecter les règles du *tort de passing-off* et se référer à la date de la première utilisation de la marque. La date de l'enregistrement, pourtant point de départ du droit exclusif, ne compte pas sur ce point. Selon la Cour, l'article 5(4) ne contient qu'une règle supplémentaire. Cette règle donne une reconnaissance spéciale aux droits acquis avant l'application pour l'enregistrement de la marque. Il n'y a pas de règle spéciale de reconnaissance de droits supérieurs acquis après la date de l'application, mais on ne peut pas en déduire que ces droits ne pourront pas l'emporter sur la marque enregistrée, car une telle conclusion serait incompatible avec les termes clairs utilisés par le législateur à l'article 2(2).

Comme la Cour l'admet elle-même, cette interaction posera encore problème dans un proche avenir et cet arrêt ne peut que résoudre une partie du problème. Il est évident que la transposition de la Directive donnera aussi du travail aux tribunaux. On aura donc encore l'occasion d'y revenir dans une prochaine lettre d'Angleterre.

IV. Jurisprudence récente en droit des brevets

La dernière partie de cette lettre d'Angleterre traitera du droit des brevets. En octobre dernier, la House of Lords a rendu deux

décisions d'une importance capitale dans ce domaine. L'affaire *Kirin*⁷² traite de l'ampleur de la protection du brevet dans un contexte d'infraction au brevet, tandis que l'affaire *Sabaf*⁷³ traite surtout de la validité du brevet.

A. L'affaire *Kirin*

La société Kirin-Amgen avait obtenu un important brevet européen pour la production du produit Érythropoïétine ou EPO et se plaignait du fait que Transkaryotic Therapies Inc. et Hoechst Marion Roussel enfreignaient ce brevet. Les deux méthodes concernées n'étaient pas du tout identiques et il fallait alors déterminer l'étendue ou l'ampleur exacte du brevet. La House of Lords était donc, plus de vingt ans après l'affaire *Catnic*⁷⁴, appelée à clarifier le test anglais concernant l'infraction au brevet et l'application en droit anglais du Protocole sur l'interprétation de l'article 69 de la Convention sur le brevet européen («le Protocole d'interprétation»).

Le point de départ pour l'analyse très didactique et claire de Lord Hoffmann est le fait que la Convention sur le brevet européen a accepté la position du Royaume-Uni en spécifiant clairement que l'étendue du brevet est à déterminer sur la base du texte des revendications. Ceci est important car le droit anglais a toujours refusé de tenir compte du concept de l'essentiel de l'invention ou du but de l'invention. On a toujours plutôt référé au texte des revendications. Lord Hoffmann est prêt à reconnaître que l'adoption de la position anglaise dans la Convention s'arrête là. En effet, la Convention a refusé d'adopter la méthode d'interprétation anglaise qui avait tendance à traiter les brevets et les lois de manière identique et à interpréter les brevets, comme les lois, de façon littérale. Ceci a eu quelques fois des effets peu désirables puisque les revendications d'un brevet ont été rédigées d'abord d'un point de vue technique et scientifique. Or, ces deux domaines ne se prêtent pas à une approche littérale. La House of Lords ajoute que la méthode alternative qui faisait référence uniquement au but de l'invention et qui avait été utilisée dans d'autres pays n'a pas été retenue non plus dans la Convention.

⁷² *Kirin-Amgen Inc. c. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2005] RPC 9 (arrêt du 21 octobre 2004 de la House of Lords).

⁷³ *Sabaf Spa c. MFI Furniture Centres Ltd.*, [2005] RPC 10 (arrêt du 14 octobre 2004 de la House of Lords).

⁷⁴ *Catnic Components Ltd. c. Hill & Smith Ltd.*, [1982] RPC 182 (House of Lords).

Comment faut-il alors interpréter le texte des revendications du brevet? La question mène la House of Lords inévitablement au Protocole d'interprétation. La doctrine a tendance à soutenir que le Protocole propose une troisième méthode d'interprétation des revendications, celle-ci se situant à mi-chemin entre les deux extrêmes. Lord Hoffmann est en désaccord avec ce point de vue et met l'accent sur le fait que le Protocole indique comment interpréter l'article 69 de la Convention. De ce point de vue, la première phrase du Protocole fait bien référence à l'interprétation des revendications et rejette, dans ce contexte, l'adoption de l'approche littérale anglaise. Mais la deuxième phrase du Protocole ne parle pas de l'interprétation du texte des revendications. Elle précise qu'il faut rester dans la limite des revendications et qu'il n'est pas admissible, sur la base de la spécification vue dans son ensemble, de tenir compte de ce que le détenteur du brevet avait en tête. Mais la dernière phrase du Protocole indique qu'en déterminant l'étendue de la protection selon le texte des revendications (en évitant tout recours à l'interprétation littérale), les tribunaux doivent s'assurer d'accorder une protection équitable au détenteur du brevet tout en assurant également une protection raisonnable aux tiers.

Cet exposé clair et net concernant la Convention et le Protocole nous mène inévitablement au droit anglais et à l'application qui y est faite de ces textes internationaux. Au moment de l'introduction en droit anglais de la Convention et du Protocole, on apercevait déjà un changement. En effet, les tribunaux avaient accepté que les auteurs d'un brevet utilisent la langue afin d'exprimer un contenu et un message pratique ou technique. Une règle d'interprétation qui ignorerait cette réalité et qui donnerait aux mots une interprétation littérale, et donc différente de celle attendue par le public auquel ils étaient destinés, manquerait donc le but de l'exercice d'interprétation⁷⁵. Cette évolution en droit anglais à l'époque place le point de vue de Lord Diplock dans l'affaire *Catnic*⁷⁶ dans son contexte. Pour ce dernier, c'est la finalité ou le but dont on devait tenir compte en interprétant la spécification du brevet. L'interprétation littérale, que les juristes ont, à cause de leur éducation, tendance à utiliser devait être écartée.

⁷⁵ Cf. les discours de Lord Wilberforce dans les affaires *Prenn c. Simmonds*, [1971] 1 WLR 1381 et *Reardon Smith Line Ltd. c. Yngvar Hansen-Tangen*, [1976] 1 WLR 989.

⁷⁶ *Catnic Components Ltd. c. Hill & Smith Ltd.*, précité, note 74.

Vingt ans plus tard, Lord Hoffmann y ajoute quelques précisions. Tout d'abord, cet exercice d'interprétation n'a pas de rapport direct avec ce que l'auteur de la spécification a pu vouloir dire. Il ne faut pas deviner ce que l'auteur avait en tête. L'approche est une approche objective : on se demande ce qu'une personne raisonnable penserait que l'auteur a bien voulu dire, sur la base des mots utilisés. On ne parle donc pas de la signification des mots de l'auteur, mais bien de ce que la personne raisonnable a compris comme le contenu des mots utilisés par l'auteur. On doit tenir compte du contexte dans lequel ces mots ont été utilisés, de l'audience présumée ainsi que du choix des mots en-soi. S'il s'agit spécifiquement d'un brevet, la personne raisonnable est la personne qui a une connaissance complète du domaine technique concerné. Cette personne lit la spécification, en se basant sur sa connaissance générale du domaine, en ayant à l'esprit que celle-ci avait pour but de décrire et de délimiter une invention – une idée pratique de l'auteur pour un nouveau procédé ou produit –, et non d'écrire un chapitre dans un manuel scientifique. C'est l'idée qui se trouve au cœur de toute interprétation qui tient compte de la finalité du brevet.

La deuxième clarification est encore plus importante et Lord Hoffmann ne cesse de la répéter. Une interprétation qui tient compte de la finalité du brevet ne signifie pas du tout une interprétation qui va au-delà de la définition de la matière technique pour laquelle le demandeur de brevet demande une protection dans les revendications. La question est toujours ce que la personne raisonnable aurait compris sur la base des mots utilisés par le demandeur de brevet. Dans ce contexte, le choix des mots est d'une importance capitale et la personne raisonnable devra avoir à l'esprit que le demandeur a choisi précisément ces mots afin de s'exprimer clairement et avec précision. En plus, le demandeur aura sans doute reçu l'avis d'experts en ce qui concerne le choix des mots. Bien entendu, il faudra tenir compte du fait que le demandeur de brevet décrit et explique une chose nouvelle, qui n'existe pas encore et pour laquelle il n'existe pas de définition généralement acceptée. Il y aura donc des occasions, assez rares, où la personne raisonnable comprendra que le demandeur de brevet a abandonné le sens conventionnel des mots ou a inclus dans sa description de l'invention un élément qui n'est pas essentiel, à son avis.

Sur la base de cette analyse, la conclusion que le dossier d'examen du brevet devant l'Office des brevets n'a aucune influence en ce qui concerne l'interprétation du brevet suit naturellement du fait

que toute l'attention se dirige vers les revendications et leur interprétation.

Du point de vue de Lord Hoffmann, le test en trois étapes de *Catnic*⁷⁷, plus récemment rebaptisé « *Protocol Questions* »⁷⁸ comme nous l'avons indiqué et expliqué dans une lettre d'Angleterre antérieure⁷⁹, reflète parfaitement cette stratégie d'interprétation des revendications. Le système anglais se trouve donc de son point de vue parfaitement en règle avec la Convention et avec le Protocole.

Dans cette situation, Lord Hoffmann ne voit pas de place pour une doctrine des équivalents à l'américaine. Il y voit surtout un moyen désespéré de corriger les défaillances du droit des brevets américain, qui ne sont plus présentes en droit des brevets anglais. L'interprétation qui met l'accent sur la finalité incorpore en soi les aspects positifs d'une doctrine des équivalents et en fait l'un des aspects que la personne raisonnable aura à l'esprit en interprétant les revendications, sans dépasser toutefois la limite de ces revendications.

Ceci était sans doute la partie principale de l'arrêt, mais Lord Hoffmann mentionne également les conditions pour l'octroi d'un brevet. La pratique du droit anglais a reconnu pendant longtemps que la nouveauté de l'invention doit être prouvée par un nouveau procédé, même s'il en résultait un produit déjà connu. Le produit était alors protégé par une revendication du type « *product-by-process* » (« produit par procédé »). Dans l'arrêt *Kirin*⁸⁰, la House of Lords reconnaît maintenant que cette pratique est incompatible avec la Convention et, plus particulièrement, avec l'article 64(2). Désormais, il n'y aura que des brevets couvrant un produit nouveau et des brevets couvrant un procédé nouveau. Lord Hoffmann insiste sur le fait que le Royaume-Uni doit, sur ce point également, s'inscrire dans la pratique européenne, comme établie par la Convention, et l'interprétation de l'article 64(2) donnée par l'Office des brevets dans l'affaire

⁷⁷ Quand il était encore le simple juge Hoffmann, Lord Hoffmann l'avait exprimé clairement dans l'affaire *Improver Corporation c. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] FSR 181.

⁷⁸ Voir l'arrêt de la Cour d'appel dans *Wheatly c. Drillsafe Ltd.*, [2001] RPC 133.

⁷⁹ Voir : Pascale LORBER et Paul TORREMANS, « La lettre d'Angleterre », (2003) 37 R.J.T. 407.

⁸⁰ *Kirin-Amgen Inc. c. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, précité, note 72.

*International Flavors*⁸¹ et suivie par les autres États membres. Cette volonté d'intégration et d'harmonisation du droit et de la pratique des brevets ne peut qu'être applaudie.

B. L'affaire Sabaf

Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. Ce principe se trouvait au cœur des débats dans l'affaire *Sabaf*⁸².

Le brevet anglais de Sabaf concernait un brûleur ou un bec à gaz pour des cuisinières et des plaques de cuisson. Le modèle concerné était plus plat dû au fait que la fourniture d'air ainsi que l'effet Venturi se produisaient au-dessus de la plaque elle-même plutôt qu'en dessous. MFI Furniture Centres vendait au Royaume-Uni ce type de becs à gaz, qu'ils avaient acheté en Italie chez Meneghetti. Sabaf a poursuivi MFI et Meneghetti pour infraction au brevet ; ces derniers ont invoqué l'invalidité du brevet à cause de l'absence d'une activité inventive.

En première instance, le tribunal avait utilisé le principe de la collocation. Selon le juge Laddie, ceci signifiait que placer une chose qui est déjà dans le domaine public à côté d'une autre qui est également dans le domaine public de telle manière que chacune puisse jouer son rôle de manière indépendante n'était pas une combinaison qui impliquait une activité inventive. Et, puisque cette conclusion rendait la chose claire, il n'avait pas appliqué de manière explicite le test traditionnel basé sur l'affaire *Windsurfing*⁸³. La Cour d'appel était arrivée à une conclusion tout à fait différente. Selon elle, il n'y avait pas de principe de collocation en droit anglais et il fallait s'en tenir strictement au principe énoncé à l'article 3 de la Loi sur les brevets selon lequel une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour une personne du métier, elle ne découle pas, d'une manière évidente, de l'état de la technique. Et le seul test à appliquer était celui qui avait été établi dans l'affaire

⁸¹ Décision de la Chambre de Recours de l'OEB dans l'affaire *International Flavors & Fragrances Inc.*, [1984] JO OEB 309.

⁸² *Sabaf Spa c. MFI Furniture Centres Ltd.*, précité, note 73.

⁸³ *Windsurfing International Inc. c. Tabur Marine (Great Britain) Ltd.*, [1985] RPC 59 (C.A.).

Windsurfing. La House of Lords était donc amenée à résoudre ce conflit.

Une nouvelle fois, c'est Lord Hoffmann qui donne les raisons de la décision. Selon lui, l'article 3 et le principe de l'activité inventive ne sont pas le point de départ absolu. Il y a une question préliminaire qui se pose : il faut identifier l'invention. Plus spécifiquement, il faut déterminer s'il s'agit d'une ou de plusieurs inventions. En effet, deux inventions n'en deviennent pas une du seul fait qu'elles sont incluses dans un même appareil. Dans l'affaire *Sabaf*⁸⁴, il y avait deux aspects techniques : le système de fourniture d'air, avec l'air fourni au-dessus de la plaque à gaz plutôt qu'en dessous, et l'effet Venturi produit également au-dessus de la plaque. Il n'y avait par contre aucun élément dans le brevet qui suggérerait une interaction entre ces deux aspects.

Il y avait donc deux inventions et il fallait appliquer le test de l'article 3 à chacune des inventions. Le problème pour *Sabaf* était que, pour chaque invention, il y avait deux documents qui fournissaient tellement d'informations sur le principe technique utilisé que, pour l'homme du métier, l'invention découlait de manière évidente de l'état de la technique. Et ce résultat est obtenu en appliquant le test de l'affaire *Windsurfing*, après avoir résolu la question préliminaire de l'identification des inventions.

Cette approche est confirmée par une interprétation de l'article 14(5)(d) de la Loi sur les brevets. Bien que de nature procédurale, cet article exige qu'une revendication fasse référence à une invention ou à un groupe d'inventions qui sont tellement liées l'une à l'autre qu'on puisse parler de la présence d'un seul concept inventif ou qu'ils forment ensemble un seul concept inventif. Ceci implique que chaque référence dans la Loi à « une invention », comme celle de l'article 3, est en fait une référence vers l'expression d'un seul concept inventif et non pas une référence vers une collocation de plusieurs concepts inventifs.

Il faut néanmoins rester prudent. Il est nécessaire de faire une distinction entre le scénario dans l'affaire *Sabaf*, où il n'y avait aucune interaction entre les deux aspects, et d'autres cas dans lesquels il y a une interaction entre ces deux aspects connus. Cette

⁸⁴ *Sabaf Spa c. MFI Furniture Centres Ltd.*, précité, note 73.

interaction peut bien impliquer en soi une activité inventive qui pourra passer le test de l'article 3 de la Loi sur les brevets⁸⁵.

Ceci aurait pu être la fin de cette affaire. Sans validité, il n'avait plus de brevet et il ne pouvait donc plus y avoir une infraction au brevet. Mais dans toute cette affaire, il y avait un autre point intéressant sur lequel Lord Hoffmann a bien voulu s'exprimer. Depuis nombre d'années, Meneghetti ne produisait pas simplement les plaques à gaz afin de les vendre à MFI à la sortie de son usine en Italie. Meneghetti organisait également, pour le compte de MFI, le transport vers le Royaume-Uni. Sabaf a voulu en déduire que c'était également Meneghetti qui importait les plaques au Royaume-Uni et qu'il était donc possible de poursuivre Meneghetti sur la base de l'article 60 de la Loi sur les brevets qui considère l'importation des articles brevetés comme une infraction.

Cet argument se basait sur le fait que c'était Meneghetti qui prenait contact avec l'entreprise de transport. Mais Meneghetti contractait avec l'entreprise de transport au nom de MFI et se faisait rembourser par MFI sur une facture séparée. Il n'y avait donc pas de doute que les plaques devenaient la propriété de MFI à la sortie de l'usine en Italie. Lord Hoffmann a donc rejeté l'argument de Sabaf et a conclu que le seul importateur des plaques était bien MFI. Mettre le transport au nom de l'importateur n'y change rien.

C. Observations finales

Ces deux affaires ont une importance capitale en droit des brevets anglais. La House of Lords n'a pas eu fréquemment l'occasion de s'exprimer sur les points essentiels qui étaient à l'ordre du jour dans ces deux décisions. Les deux arrêts ne sont néanmoins pas révolutionnaires, puisqu'ils confirment une tendance générale déjà présente. Mais ils contiennent des précisions importantes et ils consacrent, surtout l'arrêt *Kirin*, une longue évolution en droit anglais des brevets⁸⁶.

⁸⁵ Voir le discours de Lord Tomlin dans l'affaire *British Celanese Ltd. c. Courtaulds Ltd.*, (1935) 52 RPC 171, 193 (House of Lords).

⁸⁶ Voir: Paul TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005.

La Loi est maintenant claire et Lord Hoffmann a bien voulu mettre l'accent sur le fait que cette jurisprudence anglaise s'inscrit volontiers dans une perspective et une harmonisation européenne. Il est néanmoins clair que certains points dans ces arrêts, bien qu'ils font référence à une interprétation européenne, ne reflètent pas encore un consensus européen. Comme d'autres juges nationaux, les juges anglais ont encore, de temps à autre, tendance à se baser sur leur tradition nationale et à y ajouter une phrase mentionnant le fait que l'Europe est en accord avec cette approche. On n'a jamais été plus proche d'une vraie harmonisation du droit des brevets en Europe, mais ceci ne veut pas dire qu'une telle harmonisation est déjà une réalité.

*
* *

Comme nous venons de le voir en détail, le droit d'auteur et le droit des brevets au Royaume-Uni ont subi des développements importants ces derniers temps. De la mise en pratique de ces changements résulteront sans doute encore plus de questions importantes que les tribunaux devront résoudre afin de clarifier l'impact exact de ces développements.

Les pages du



**Centre de droit des affaires
et du commerce international**

Les limites de la «juridiction inhérente» du tribunal et le cas du financement débiteur-exploitant («*DIP Financing*») en droit civil québécois

Antoine LEDUC*

Résumé

Le présent article analyse les différents usages du pouvoir inhérent des tribunaux canadiens siégeant en matière de faillite et d'insolvabilité, et plus particulièrement la façon dont ce pouvoir fut utilisé afin de permettre, dans un contexte de proposition concordataire ou de restructuration commerciale, l'octroi de financements intérimaires assortis de charges prioritaires en faveur, notamment, de prêteurs intérimaires, déclassant ainsi les sûretés antérieurement consenties aux

Abstract

The present paper proposes an analysis of the use, by Canadian courts, of their inherent jurisdiction, more particularly in insolvency contexts, where such inherent jurisdiction is increasingly used to allow the granting of Debtor-in-possession financing (i.e. «DIP Financing»), secured by priority charges, notably in favour of interim lenders, such charges ranking in priority to the charges or liens then already granted in favour of existing secured creditors, thereby modifying the well-known

* B.C.L./LL.B. (McGill), LL.M. (Montréal), avocat, associé au cabinet Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l. (Montréal), candidat au doctorat en droit et chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI). Nous tenons à remercier M. le professeur Pierre Ciotola, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, qui nous a aimablement fait part de ses commentaires sur une version antérieure de ce texte. Nous remercions également M^e Olivier Tardif pour son aide précieuse dans la révision des notes infrapaginales. Toute erreur ou omission est toutefois la seule responsabilité de l'auteur. De plus, les opinions sont celles de l'auteur uniquement. Enfin, les idées exprimées dans cet article ont d'abord fait l'objet d'une communication orale dans le cadre de la troisième édition de la Conférence sur l'insolvabilité et la restructuration commerciale organisée par Insight Information Co., à Montréal, le 18 avril 2005. La recherche est à jour au 30 avril 2005. Le présent article n'est pas exhaustif et n'a aucune prétention en ce sens. Il s'agit d'un commentaire sur une question d'actualité en droit de l'insolvabilité et en droit des sûretés.

créanciers garantis, car ne se fondant pas sur le principe de l'ordre du temps pour l'établissement de leur rang.

Après avoir retracé les origines législatives américaines du concept et de la notion de tels financements intermédiaires, également appelés « financements débiteur-exploitant », utilisés afin de permettre à l'entreprise insolvable mais encore « viable » de se restructurer, l'on rappelle les principes généraux à cet égard, tels qu'ils furent progressivement développés au Canada non pas par le législateur, mais par les tribunaux des provinces de common law puis, éventuellement, par ceux du Québec, qui permettent désormais la création d'hypothèques sui generis garantissant l'octroi d'un financement débiteur-exploitant.

En deuxième partie, l'auteur analyse les différents visages de la notion de « juridiction inhérente », en comparant l'évolution de son interprétation dans les provinces de common law et au Québec. L'auteur propose l'articulation d'une théorie propre au droit civil québécois, à la lumière des principes établis par les articles 8.1 et 8.2 de la Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, puis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Lac d'Amiante du Québec ltée. Cette théorie, prônant une interprétation plus rigoureuse du message législatif par les tribunaux et un usage plus restrictif du pouvoir inhérent, a fortiori en matière de constitution de sûretés et d'ordre de priorité entre les créanciers, pourrait également trouver application dans les provinces canadiennes de common law, suivant en cela les conclusions de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt Stelco Inc.

Enfin, l'auteur demande si l'usage trop libéral du pouvoir inhérent par les tribunaux n'est pas devenu un obstacle à la véritable réforme du droit, c'est-à-dire celle qui est présidée par le législateur, qui devrait procéder à l'arbitrage ultime des intérêts divergents dans la société et, ainsi, assurer la cohérence du message législatif.

principle to the effect that « the “first-in-time” is the “first in-right” ».

The concept and notion of DIP Financing has its origins in the American Bankruptcy Code. In Canada, it has progressively been developed by the courts in the common law provinces and, eventually, in the province of Quebec. The purpose of DIP Financing is to provide some funding to an insolvent debtor while it attempts to restructure its debt and business organization. In Quebec, courts are nowadays regularly authorizing DIP Financings, secured by first ranking sui generis hypothecs, in favour of interim lenders.

In the second part of his paper, the author compares the evolution of the judicial interpretation of the “inherent jurisdiction” concept, firstly in the common law provinces, and secondly, in Quebec. A civil law theory of such concept is proposed by the author, based on the principles established pursuant to Sections 8.1 and 8.2 of the Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, and those elaborated by the Supreme Court of Canada in Lac d'Amiante du Québec ltée. This theory is in favour of a more rigorous interpretation of the legislation and, consequently, of a more restrictive use of the inherent jurisdiction by the Courts, a fortiori when it concerns the creation of security devices and the scheme of priorities among creditors. Such proposed theory could also be applied in the common law provinces, following the recent ruling of the Ontario Court of Appeal in Stelco Inc.

Finally, the question as to whether the liberal use of the inherent jurisdiction by the courts is an obstacle to true and genuine law reform, i.e. via the legislative process (as opposed to the judicial process), is posed. Indeed, the author argues that the legislator should be considered as the ultimate arbitrator in society among the various classes of interests. Only the legislator could assure a balance of all such various interests and ascertain the coherence of the legislation as a whole.

Plan de l'article

Introduction	555
I. Des principes généraux en matière de Financement débiteur-exploitant	555
A. Des origines du concept et de la notion	555
1. Définition, utilité et fonction.....	555
2. Le <i>Bankruptcy Code</i> américain	557
B. De l'articulation de la notion en droit canadien	558
1. Dans les provinces de common law	558
a. Sous l'empire de la <i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i>	559
b. Sous l'empire de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i>	561
2. Au Québec, terre de droit civil	563
a. Historique et circonstances d'application	563
b. Financement dit «intérimaire» assorti d'une hypothèque <i>sui generis</i> décrété par le tribunal	566
II. De la juridiction inhérente du tribunal et de la réforme du droit	567
A. Des différents visages de la «juridiction inhérente»	567
1. Dans les provinces de common law	568
a. Interprétation initiale restrictive	568
b. Interprétation subséquente très permissive	570
c. Discrétion judiciaire ou juridiction inhérente?	571

2. Au Québec, terre de droit civil.....	575
a. Le droit des sûretés : un droit d'exception.....	575
b. Articulation d'une théorie propre au droit civil québécois.....	576
B. De l'usage de la «juridiction inhérente» : panacée ou obstacle à la véritable réforme du droit?	585
1. Des rapports entre les débiteurs et les créanciers.....	586
a. Stabilité des transactions et impact sur le coût du crédit	586
b. Flexibilité et souplesse permettant la restructuration des entreprises en difficulté encore viables	587
2. Un processus de réforme du droit à deux vitesses?	587
a. De l'usage de la «juridiction inhérente» à l'adoption d'un modèle d'ordonnance initiale uniforme.....	587
b. De la réforme du droit canadien de l'insolvabilité et de ses influences externes	591
Conclusion	592

La restructuration des entreprises en difficultés financières est un champ particulièrement complexe. Carrefour de plusieurs domaines de spécialités, le droit en cette matière doit composer avec différents facteurs. Au premier plan, le cas du financement de l'entreprise durant la période de restructuration suscite des questions théoriques et pratiques des plus intéressantes.

Nous exposerons, dans un premier temps, les principes généraux en matière de financement débiteur-exploitant (I).

Nous verrons par la suite que l'articulation de ces principes s'est faite, en droit canadien, par la voie jurisprudentielle, les tribunaux se fondant essentiellement sur leur compétence inhérente afin d'autoriser de nouveaux emprunts assortis de sûretés *sui generis*. Cela nous amènera donc à réfléchir sur la portée de cette compétence inhérente et sur l'impact que son utilisation présente sur la véritable réforme du droit, c'est-à-dire celle qui émane du législateur (II).

I. Des principes généraux en matière de Financement débiteur-exploitant

Nous retracerons d'abord les origines du concept et de la notion de financement débiteur-exploitant (A), pour ensuite rappeler comment cela s'articule en droit canadien (B).

A. Des origines du concept et de la notion

Bien que l'on puisse désormais en concevoir une définition ayant reçu une acceptation plus universelle (1), il semble que la notion de financement débiteur-exploitant ait d'abord vu le jour en droit américain de l'insolvabilité (2).

1. Définition, utilité et fonction

On peut définir le financement débiteur-exploitant comme suit : il s'agit d'un financement intérimaire, consenti à un débiteur, généralement une entreprise insolvable (ou encore à l'administrateur de l'insolvabilité), après l'ouverture d'une procédure collective de ses créanciers visant la restructuration de cette entreprise, afin de lui permettre de continuer ses opérations jusqu'à la présentation d'une

proposition ou d'un arrangement à ses créanciers. Pour cette raison, le financement est dit «intérimaire».

L'utilité de ce type de financement consiste justement à permettre au débiteur de continuer ses opérations et de présenter un plan d'arrangement à ses créanciers. Sans un tel apport, l'entreprise insolvable, mais que l'on présume être encore viable, ne peut habituellement pas continuer ses activités ni espérer se restructurer. Sans un tel financement, la seule autre avenue possible est la liquidation pure et simple des biens de l'entreprise au profit de ses créanciers, ce qui n'est pas nécessairement le scénario idéal pour toutes les parties impliquées lorsque l'entreprise présente encore un certain potentiel.

Ainsi, l'on conçoit généralement qu'un tel financement aura sa place dans le cadre d'une procédure collective visant la restructuration d'une entreprise, et qu'il ne sera pas approprié d'y recourir dans le cas d'une procédure collective visant plutôt la liquidation des biens au profit des créanciers.

Ce type de financement pourra être octroyé soit par l'un des créanciers existant de l'entreprise, soit par un autre financier.

Enfin, le financement pourra être garanti par une sûreté. Celle-ci portera soit sur les biens non grevés de l'entreprise, soit sur des biens déjà grevés. Dans ce dernier cas, la sûreté pourra avoir un rang équivalent («*pari passu*») à ceux des créanciers antérieurs; elle pourra même bénéficier d'un rang prioritaire et les déclasser.

Ce type de financement met en contraste, d'une part, la nécessité de faire montre d'une grande souplesse face aux entreprises en difficulté en pareil contexte afin de permettre, dans les cas où cela semble très probable, la restructuration et la survie de l'entreprise. D'autre part, trop de souplesse contrevient à la nécessité de prévoir des règles simples, claires et précises en matière de constitution, de publicité et d'exécution des sûretés, qui favorisent l'accès au crédit à des coûts minimales.

Comment trouver l'équilibre entre ces deux objectifs également louables? L'atteinte de l'équilibre est-elle possible? Quel rôle conférer au tribunal? Comment assurer la protection et la préservation de la valeur économique des sûretés consenties en faveur de créanciers avant l'ouverture d'une procédure collective de réorganisation?

Les réponses et les solutions varient. Analysons celles proposées en droit américain de l'insolvabilité.

2. Le *Bankruptcy Code* américain

Le droit américain prévoit ce genre de financement de façon très précise dans sa législation. Ce sont les dispositions traitant de ce que l'on appelle « *DIP Financing* », c'est-à-dire « *debtor-in-possession financing* », que l'on peut traduire par l'expression « financement débiteur-exploitant ». Cette expression signifie non seulement que le débiteur conserve la maîtrise et la possession de ses biens même lorsqu'il se trouve en situation d'insolvabilité, après le commencement d'une procédure collective, mais aussi qu'il continue l'exploitation de son entreprise, comme nous l'avons vu.

L'article 364 du *Bankruptcy Code*¹ édicte que l'administrateur de l'insolvabilité peut, dans les cas y indiqués où l'entreprise continue ses opérations, demander l'autorisation du tribunal en vue d'obtenir un financement à cette fin. La présentation de cette demande fera l'objet d'un préavis et d'une enquête et audition.

Le financement recherché sera tantôt non garanti, tantôt garanti. Il sera garanti seulement si l'administrateur de l'insolvabilité démontre que, sans l'octroi d'une sûreté en faveur de l'éventuel prêteur, il lui sera impossible d'obtenir les fonds.

La sûreté pourra grever les biens de l'entreprise qui ne le sont pas déjà, lorsque cela est possible. Sinon, elle pourra affecter des biens de l'entreprise qui sont déjà grevés, mais sans obtenir de rang prioritaire à ceux des créanciers antérieurs.

Enfin, dans le cas le plus extrême, la sûreté portera sur des biens déjà grevés et aura un rang égal, voire même prioritaire, à ceux des créanciers antérieurs. Toutefois, dans les cas où une sûreté de rang égal ou prioritaire est autorisée en faveur du nouveau financier, preuve devra être faite qu'une « protection suffisante » (« *adequate protection* ») des intérêts des créanciers garantis antérieurs a été aménagée, autrement dit que la valeur des sûretés antérieures sera préservée.

¹ Bankruptcy, 11 U.S.C. § 364, dans S. McDONALD HENRY (dir.), *The Portable Bankruptcy Code & Rules*, American Bar Association, 2004, p. 46 (ci-après cité « *Bankruptcy Code* »).

On noterait cependant une grande discrétion judiciaire dans l'évaluation de ce que constitue une « protection suffisante », lui conférant ainsi un caractère aléatoire². Par ailleurs, il serait très difficile de satisfaire aux critères de l'article 364 (d) du *Bankruptcy Code* afin d'obtenir l'autorisation d'un financement débiteur-exploitant de rang prioritaire aux créanciers garantis antérieurs : ce type de financement garanti serait rarement autorisé, en pratique³.

On peut donc en déduire que le droit des sûretés n'est pas trop altéré, voire même malmené, chez nos voisins du Sud, en ce que les financements débiteur-exploitant ne se feront habituellement pas au détriment des droits des créanciers garantis antérieurs.

Il n'en va plus nécessairement de même en droit canadien de l'insolvabilité.

B. De l'articulation de la notion en droit canadien

Au Canada, le financement débiteur-exploitant a d'abord fait son apparition dans les provinces de common law [1], pour ensuite allègrement se frayer un chemin au Québec, terre de droit civil [2].

Cependant, et contrairement au droit américain, ce n'est pas le législateur qui a autorisé l'octroi de financements débiteur-exploitant et la création judiciaire de sûreté afférente ; ce sont les tribunaux, en s'appuyant sur leur « juridiction inhérente », qui en ont développé les contours, ce faisant, dès lors, des législateurs. Ce financement garanti est de pure création judiciaire et n'est prévu par aucune disposition de la loi. L'ordre de priorité entre les créanciers est ainsi modifié aléatoirement et arbitrairement par le tribunal, en fonction de la poursuite d'un objectif visant d'abord et avant tout la restructuration de l'entreprise insolvable.

1. Dans les provinces de common law

Si la notion a d'abord fait son apparition dans le cadre de procédures instituées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les*

² Voir, notamment : J.J. WHITE, « Death and Resurrection of Secured Credit », 12 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 139, 143, 146 et 173-175 (2004).

³ *Id.*, 169 et 170.

*créanciers des compagnies*⁴ (a), une procédure collective visant d'abord et avant tout la restructuration de l'entreprise insolvable, une nouvelle pratique judiciaire semble vouloir autoriser ce type de financement garanti dans le cadre de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁵, dans le contexte particulier de la proposition concordataire (b). Cette dernière loi a néanmoins pour principal objectif la liquidation des biens de l'entreprise, à l'exception des mesures visant le concordat.

a. Sous l'empire de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*⁶

La question du financement débiteur-exploitant s'est pratiquement toujours posée, à une exception près, dans le cadre de la *Loi sur les arrangements*. De même, ajoutons qu'en toutes circonstances, sauf peut-être quelques décisions à l'effet contraire, il ne semble pas exister de situation où l'octroi d'un financement débiteur-exploitant se serait fait à l'encontre de la volonté d'un créancier garanti et à son détriment.

Quant aux critères devant guider les tribunaux dans l'octroi de financement débiteur-exploitant, ils sont graduellement établis par la jurisprudence canadienne. On résume actuellement ces critères comme suit⁷:

- toute avance faite avant que les créanciers soient avisés et entendus ne devrait l'être qu'en cas d'urgence;
- bien que le tribunal ait compétence pour autoriser un tel emprunt au stade de l'ordonnance initiale, toute priorité ne devrait être

⁴ L.R.C. (1985), c. C-36 (ci-après citée «LACC» ou «*Loi sur les arrangements*»).

⁵ L.R.C. (1985), c. B-3 (ci-après citée «LFI» ou «*Loi sur la faillite*»).

⁶ Il ne nous appartient pas de recenser l'ensemble des décisions ayant permis l'octroi d'un financement débiteur-exploitant dans les provinces de common law. L'exercice a déjà été fait, et nous renvoyons le lecteur aux auteurs qui en ont déjà traité. Voir, notamment : Janis SARRA, «Debtor in Possession Financing: The Jurisdiction of Canadian Courts to Grant Super-Priority Financing in CCAA Applications», (2000) 23 *Dalhousie L.J.* 337; Sandra ABITAN, «Super-priority Lending under the Companies' Creditors Arrangement Act», Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information Co., 22 et 23 septembre 2003 (non publié).

⁷ Voir : Lloyd W. HOULDEN et Geoffrey B. MORAWETZ, *The 2004 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Toronto, Thomson/Carswell, 2003, p. 1134-1136.

décrotée que pour une période limitée, le temps que les créanciers garantis soient avisés et entendus ;

- un financement débiteur-exploitant ne devrait être autorisé que s'il est démontré, *prima facie*, que le débiteur sera en mesure de soumettre un arrangement satisfaisant à ses créanciers ;
- lorsque les intérêts des créanciers garantis et ceux du débiteur divergent (c'est-à-dire en cas d'objection de la part d'un créancier garanti), le financement débiteur-exploitant sera néanmoins accordé s'il est démontré, selon la prépondérance des inconvénients, que cette mesure est nécessaire dans les circonstances⁸ ;
- le financement débiteur-exploitant ne devrait pas se prolonger au-delà des procédures de redressement.

Notons, cependant, que ces critères ne suivent pas ceux établis par le *Bankruptcy Code* américain. Ils ne suivent pas davantage ceux développés en matière de charges prioritaires octroyées en faveur d'un séquestre (« *receiver* ») nommé aux biens d'une personne, qui exigent soit le consentement des créanciers garantis, soit la démonstration que l'administration du séquestre leur bénéficiera (ainsi qu'à l'ensemble des créanciers), soit que le séquestre a encouru des frais nécessaires à la conservation des biens sous séquestre⁹. Ces critères sont pourtant ceux qui ont inspiré, initialement, les tribunaux en matière de financement débiteur-exploitant. Ils se rapprochent davantage des critères du législateur américain et visent à protéger les intérêts des créanciers garantis antérieurs. Ainsi, de façon générale, il serait beaucoup plus facile d'obtenir un financement débiteur-exploitant au Canada qu'aux États-Unis, ce qui a fait dire à certains que la *Loi sur les arrangements* est l'équivalent du Chapitre 11 du *Bankruptcy Code* américain, mais sans règles précises¹⁰.

⁸ D.B. LIGHT, « Involuntary Subordination of Security Interests to Charges for DIP Financing under the Companies' Creditors Arrangement Act », 30 C.B.R. (4th) 245, 245 et 274.

⁹ *Kowal Investments Ltd. c. Deeder Electric Ltd.*, (1975) 9 O.R. (2d) 84 (C.A.) ; (1975) 21 C.B.R.n.s. 201 (Ont. C.A.), 207-209, tel que cité par D.B. LIGHT, *loc. cit.*, note 8, 254.

¹⁰ H.A. ZIMMERMAN, « Financing the Debtor in Possession », Tenth Annual Meeting and Conference, Scottsdale, Arizona, novembre 1999 (non publié) : « [...] *many Canadian and U.S. counsel have come to refer to the CCAA as the Canadian equivalent of Chapter 11 United States Bankruptcy Code proceeding, but with no "rule book" or detailed statutory provisions* ».

Un tel financement sera accordé soit pour payer les coûts administratifs et les honoraires de l'administrateur de l'insolvabilité chargé de la restructuration, soit pour financer la continuation des opérations de l'entreprise durant la période de restructuration, soit pour ces deux possibilités à la fois. Hormis ces deux scénarios, on semble vouloir en élargir la nomenclature, sans limite bien définie. Mentionnons, notamment, qu'une telle sûreté fut consentie à des fournisseurs de marchandises pour les biens vendus après le dépôt d'une ordonnance initiale ; une charge prioritaire fut consentie pour un financement octroyé avant l'ordonnance initiale et le fut pour permettre la continuation de travaux de construction¹¹.

Nous verrons maintenant qu'une décision a autorisé l'octroi d'un tel financement dans un contexte fort particulier.

b. Sous l'empire de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

L'octroi d'un financement débiteur-exploitant dans le contexte d'un avis d'intention de faire une proposition concordataire, en vertu de la *Loi sur la faillite*, est une situation qui semble encore plus extravagante que lorsqu'un tel financement est autorisé en vertu de la *Loi sur les arrangements*, puisque la première loi vise davantage, en pratique, le redressement de petites et moyennes entreprises. En effet, plus ce type de financement est disponible à un grand nombre de débiteurs, plus grande sera l'incertitude chez les créanciers garantis quant à la valeur réelle des sûretés qui leur sont consenties. Cela se reflétera sur le taux d'intérêt des prêts garantis.

De plus, les tribunaux ont habituellement justifié le recours à leur juridiction inhérente, sous l'empire de la LACC, principalement en raison du fait qu'il s'agit d'un texte législatif ne comportant que 22 dispositions, contrairement à la LFI, qui en comporte 275. Partant, la LACC ferait une plus large place à l'interprétation, voire même à la discrétion judiciaire, et nécessiterait une plus grande

¹¹ Les financements débiteur-exploitant furent aussi octroyés pour financer, notamment, toute condamnation potentielle des administrateurs et officiers du débiteur, pour financer le maintien de la couverture d'assurance durant la période de restructuration, que ce soit l'assurance responsabilité des administrateurs ou l'assurance aux biens, ainsi que pour financer les frais de conservation des biens. Voir : S. ABITAN, *loc. cit.*, note 6, 6 ; P. BENOIT, « Le financement des entreprises insolvable », dans ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, *Congrès 2003*, p. 21:1, aux pages 21:20-21:22.

intervention de la part du juge pour dire et créer le droit, que ne le requiert la LFI, qui se veut un code complet dans ce domaine.

Ainsi, les tribunaux avaient jusqu'alors fait preuve d'une certaine retenue, lorsqu'il s'agissait d'autoriser la mise en place d'un financement débiteur-exploitant dans le contexte d'une proposition concordataire en vertu de la LFI.

Et pourtant, les frontières sont toujours repoussées un cran plus loin. Voilà que, dans l'affaire *Re Bearcat Exploration Ltd.*¹², un tribunal albertain en vient à la conclusion que rien dans la *Loi sur la faillite* n'interdit l'octroi d'un financement débiteur-exploitant, assorti d'une charge prioritaire. Toutefois, dans cette affaire, le financement en question fut autorisé afin de permettre à la débitrice de continuer un litige contre son principal créancier garanti, à défaut de quoi le procès n'aurait pu être complété et la débitrice aurait fait cession de ses biens. Il fut décidé que le procès était d'intérêt pour tous les créanciers, et que le sort de toute proposition concordataire était intimement lié à l'issue de ce procès, puisqu'il s'agissait justement de se prononcer sur la validité de la preuve de réclamation déposée par ce créancier garanti. Pour ces motifs, et s'appuyant sur sa juridiction inhérente, le tribunal autorisa le financement, qui fut assorti d'une sûreté de rang prioritaire à l'ensemble des créanciers, sauf celui détenant déjà un premier rang. Le tribunal a néanmoins précisé, dans cette affaire, que l'octroi d'un financement débiteur-exploitant dans le contexte de la *Loi sur la faillite* doit être d'application limitée.

Ainsi, les tribunaux, dans les provinces de common law, se confèrent une discrétion très large afin de consentir des financements débiteur-exploitant, et ce, que l'on soit dans le contexte de la *Loi sur*

¹² *Re Bearcat Exploration Ltd.* (27 mai 2004), 2004 Carswell Alta 1183 (Alta Q.B.). Mentionnons que, dans cette affaire, il n'était nullement question de la compétence du tribunal en *equity* d'accorder une « provision pour frais », en vertu du pouvoir du tribunal d'ordonner des dépens dans le contexte d'un litige, afin de permettre à une partie de faire instruire une cause lorsqu'elle n'en avait pas les moyens. Voir, à cet égard, les arrêts suivants : *Colombie-Britannique (Ministre des forêts) c. Bande Indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 317 ; 9022-8818 *Québec inc. (Faillite de)*, EYB 2005-86434 (C.A.). À notre avis, ces affaires ne sont pas pertinentes en ce qui a trait à l'interprétation du pouvoir inhérent du tribunal d'autoriser l'octroi d'un financement débiteur-exploitant assorti d'une charge, prioritaire ou non.

la faillite ou de la *Loi sur les arrangements*. Voyons maintenant comment les tribunaux québécois traitent de ces questions.

2. Au Québec, terre de droit civil

Si, au Canada, la technique du financement débiteur-exploitant est d'abord apparue dans les provinces de common law, elle est maintenant monnaie courante au Québec. Nous allons d'abord brièvement en retracer l'historique et les circonstances d'application (a), pour ensuite tenter d'en cerner les contours, qui font de ce financement intérimaire décrété par le tribunal une technique *sui generis* de financement et de sûreté (b).

a. Historique et circonstances d'application

On a affirmé que les tribunaux québécois se montraient plus réticents que ceux des provinces de common law à utiliser leur «juridiction inhérente» afin d'interpréter avec «souplesse» la *Loi sur les arrangements*. Ce faisant, «certaines des compagnies qui le peuvent ont préféré discuter de leurs problèmes sous l'égide des tribunaux des provinces de common law plutôt que de le faire au Québec»¹³. Si cette perception a déjà pu se vérifier, elle mérite désormais d'être nuancée.

En effet, on a jugé que les tribunaux québécois, de par l'exercice de leur juridiction inhérente, doivent interpréter de façon large et libérale les dispositions de cette loi, à l'instar des tribunaux des provinces de common law. Ainsi, on estime que l'exercice de ce pouvoir résiduaire permet au tribunal, malgré le silence du législateur, d'auto-riser par exemple la résiliation unilatérale par le débiteur de contrats à exécution successive en cours, dans la mesure où cela permet le

¹³ Jacques DESLAURIERS, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 148, où l'auteur affirme également :

[...] il s'agit d'une loi inspirée par la common law et les tribunaux des provinces de common law interprètent leur «juridiction inhérente» en fonction des finalités de la loi, qui est de permettre un redressement de l'entreprise en difficulté. Ceci a pour conséquence que les juges des provinces de common law interprètent la loi avec plus de souplesse que ne le font les juges du Québec, lesquels sont plus réticents à contourner les lois applicables aux compagnies débitrices dans leurs relations avec leurs créanciers ou leurs employés, par exemple dans le cadre de l'application du Code civil du Québec en matière de sûretés ou encore dans le domaine des relations de travail.

redressement de l'entreprise en difficulté¹⁴. Dans l'affaire *PCI Chemicals*, le tribunal a évoqué, pour la première fois nous semble-t-il, la possibilité d'accorder « une super-priorité pour financer les frais de restructuration, et ce, même si les droits des créanciers prioritaires sont affectés [...] [car, dans les décisions citées, l'on affirmait que] ne pas accorder cette priorité aurait pour effet d'annihiler les buts de la LACC »¹⁵.

À notre connaissance, c'est toutefois dans l'affaire du plan d'arrangement de *Mine Jeffrey inc.* que fut prononcée, pour l'une des premières fois, une ordonnance permettant l'obtention d'un financement d'opération d'un montant de 3 000 000 \$ afin de financer les opérations courantes de l'entreprise. Ce financement fut assorti d'une « hypothèque » *sui generis* décrétée par le tribunal, d'un montant de 3 500 000 \$, cependant limitée à certains biens à partir d'une certaine période, et ce, afin de préserver les intérêts des créanciers garantis détenant déjà des sûretés sur les actifs visés¹⁶. De plus, une autre hypothèque *sui generis* sans montant spécifique (ce qui est contraire à l'article 2689 C.c.Q. et au principe de la spécialité), grevant l'universalité des biens meubles et immeubles de la débi-

¹⁴ *PCI Chemicals Canada Inc. (Plan d'arrangement de transaction ou d'arrangement relatif à)*, [2002] R.J.Q. 1093, par. 64 et 80 (C.S.) (ci-après cité « *PCI Chemicals* ») où la juge Danièle Mayrand affirme :

[64] *La Cour d'appel [du Québec] n'hésite pas à référer aux décisions des autres provinces en la matière et indique que, dans la mesure où il n'y a pas d'interdiction spécifique dans la LACC, il y a lieu d'octroyer des mesures qui assurent la finalité de la LACC.*

[...]

[80] *Le Tribunal estime que, bien qu'il ait été souhaitable que le législateur soit plus explicite quant aux vastes pouvoirs qui sont conférés aux juges appelés à rendre diverses ordonnances dans le cadre de l'administration de la LACC, c'est sciemment qu'il a choisi de ne pas le faire. L'évolution législative et jurisprudentielle témoignent d'une reconnaissance implicite par le législateur de la portée de l'article 11.*

¹⁵ *Id.*, par. 56. Le magistrat n'avait pas à se prononcer au sujet de l'octroi d'un financement débiteur-exploitant assorti d'une charge (prioritaire ou non) dans cette affaire. Ce type d'ordonnance était cependant donné en exemple pour montrer l'étendue des larges pouvoirs du tribunal en matière d'arrangement avec les créanciers.

¹⁶ Voir : *Mine Jeffrey inc. (Plan d'arrangement de transaction ou d'arrangement relatif à)*, C.S. St-François 450-05-005118-027, 29 novembre 2002 ; voir également : *Mine Jeffrey inc. (Plan d'arrangement de transaction ou d'arrangement relatif à)*, C.S. St-François 450-05-005118-027, 7 novembre 2002 (ci-après cité « *Mine Jeffrey* »).

trice, fut décrétée par le tribunal en faveur du contrôleur (c'est-à-dire l'administrateur de l'insolvabilité), et ce, afin de garantir le paiement des frais professionnels et déboursés professionnels du contrôleur et de tout professionnel engagé et retenu par ce dernier. De plus, le tribunal ajouta dans son ordonnance que les titulaires de ces hypothèques *sui generis* judiciairement décrétées n'ont pas à les « produire, inscrire ou enregistrer afin qu'elles aient plein effet et soient opposables à la Débitrice et aux tiers ». Dans cette affaire, il n'y eut aucune discussion, que ce soit à l'audience ou dans les motifs du jugement, ayant trait à la compétence du tribunal de prononcer de telles ordonnances ni quant à leur bien-fondé.

Depuis l'affaire *Mine Jeffrey*, plusieurs décisions ont décrété la constitution de sûretés judiciaires prioritaires de cette nature, dans le cadre de l'application de la *Loi sur les arrangements*¹⁷. Mentionnons, entre autres, la décision rendue dans l'affaire du plan d'arrangement de *Les Boutiques San Francisco*¹⁸. Dans cette affaire, le tribunal permet la création d'hypothèques judiciaires *sui generis* en référant aux critères résumés par une certaine doctrine ayant cours dans les provinces de common law^{18a}. Ces hypothèques garantissent

¹⁷ Voir, notamment, les décisions non rapportées suivantes : *Concert Industries Ltd. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-021197-039, 5 juillet 2003 ; *Pan-Geo Pharma inc. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-021037-037, 10 juillet 2003 ; *Alis Technologies inc. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-021079-039, 16 juillet 2003 ; *Pixel Systems inc. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-019266-028, 8 octobre 2002 ; *Papiers Gaspésia inc. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-022333-047, 30 janvier 2004, telles qu'également citées par S. ABITAN, *loc. cit.*, note 6.

¹⁸ *Les Boutiques San Francisco Inc. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-022070-037, 17 décembre 2003 (ci-après cité « *San Francisco* »).

^{18a} Avant la publication du présent article, le juge Clément Gascon, auteur de la décision *San Francisco*, référa aux notes d'allocutions de notre présentation faite lors de la troisième édition de la Conférence sur l'insolvabilité et la restructuration commerciale organisée par Insight Information, à Montréal, le 18 avril 2005, notes alors remises aux participants et qui constituaient un résumé des idées du présent article. À cette occasion, le juge Gascon se référa à nouveau à cette doctrine de common law, sans toutefois l'analyser, dans l'affaire *MEI Computer Technology Group Inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-1009 (C.S.) (ci-après cité « *MEI Computer Technology* »). Nous donnons un résumé de cette doctrine libérale et permissive à la page 570, *infra*. Dans *MEI Computer Technology*, le juge Gascon réaffirma sa foi en cette doctrine libérale et conclut que le tribunal jouissait, de par sa juridiction inhérente, du pouvoir de décréter des sûretés judiciaires *sui generis*, lorsque les critères établis par la jurisprudence sont rencontrés. Nous discutons, plus loin, de cette décision et de l'interprétation qui y est proposée, *infra*, note 73a, qui nous semble erronée, ceci dit avec égards.

toutes sommes payables par la débitrice en raison de condamnations qui pourraient être prononcées contre ses officiers et dirigeants, ainsi que les honoraires et déboursés du contrôleur et des conseillers juridiques engagés par ce dernier. Bien sûr, ces hypothèques ne doivent pas être publiées, aux termes de l'ordonnance, pour être valides et opposables aux tiers.

Dans l'affaire du plan d'arrangement de Papiers Gaspésia inc., le tribunal a autorisé un financement intérimaire en faveur du contrôleur afin de lui permettre de continuer les démarches visant à trouver un investisseur ou à compléter la liquidation des biens de la débitrice, hypothèque d'un montant limité (1,3 M \$), mais aucune exigence de publicité¹⁹.

Force est de constater que ces ordonnances seraient maintenant devenues « routinières »²⁰, sans que l'on se pose même la question de savoir si le tribunal a compétence pour les rendre.

De tout ce qui précède, nous pouvons dégager les principales caractéristiques du financement débiteur-exploitant en droit québécois, de même que celles de l'hypothèque *sui generis* servant à le garantir.

b. Financement dit « intérimaire » assorti d'une hypothèque *sui generis* décrété par le tribunal

Ainsi, dans la plupart des cas recensés, les tribunaux québécois autorisent des financements intérimaires garantis par des hypothèques prenant rang avant celles des créanciers garantis existants. De même, sauf exception, ces hypothèques ne doivent pas être publiées pour être opposables aux tiers ; également, le montant n'est pas toujours précisé aux termes du jugement la créant.

Le financement débiteur-exploitant ne sert plus seulement à permettre à l'entreprise de continuer ses opérations : on l'envisage également pour garantir la responsabilité éventuelle des réclamations à l'encontre des administrateurs, de même que pour continuer des démarches visant à trouver un investisseur.

¹⁹ *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-74 (C.S.).

²⁰ Pour utiliser l'expression de la juge Mayrand dans l'affaire *PCI Chemicals*, précitée, note 14, par. 53.

Ainsi donc, le financement débiteur-exploitant garanti par une sûreté *sui generis* de premier rang, qui ne dépend pas de l'ordre du temps, est une réalité qui semble désormais s'imposer d'elle-même, tant en droit canadien qu'en droit québécois. Au Québec, nous avons jusqu'à maintenant fait l'économie d'un débat sur le bien-fondé de ces questions, contrairement à ce qui prévaut dans le reste du Canada. Débat certes timide, puisque les tribunaux des provinces de common law n'en ont pas fait de cas, allant plutôt jusqu'à feindre de l'ignorer. Il faut dire, au demeurant, que la Cour suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer à cet égard. Toute théorie qu'elle soit pour l'instant, la question risque néanmoins de se poser de façon fort concrète lorsqu'un créancier garanti s'objectera à l'octroi d'un tel financement. La question est-elle déjà tranchée, dans cet unanimité de bon aloi qui semble prévaloir ?

Nous analyserons l'effet de l'usage de cette juridiction inhérente sur la véritable réforme du droit et le contrat social qu'elle présuppose entre les débiteurs et les créanciers.

II. De la juridiction inhérente du tribunal et de la réforme du droit

D'un strict point de vue juridique, et selon la tradition dont l'on est issu, la notion de « juridiction inhérente » se présentera sous des visages différents [A]. Peu importent les projets de réformes législatifs officiels qui seront mis de l'avant et adoptés, cette théorie de la « juridiction inhérente » semble vouloir s'imposer pour rester. Dès lors, s'agit-il d'une panacée ou d'un obstacle à la véritable réforme du droit ? [B] Existe-t-il une telle chose que la « véritable réforme du droit » et, dans l'affirmative, s'agit-il d'une réalité unidimensionnelle ? Nous avancerons quelques pistes de réflexion en réponse à ces questions.

A. Des différents visages de la « juridiction inhérente »

Au Canada, la « juridiction inhérente » des tribunaux ne se présentera pas de la même manière, dans les provinces de common law [1], qu'elle s'articulera au Québec [2]. S'agit-il d'une porte ouverte à la « balkanisation » du droit de l'insolvabilité d'un océan à l'autre ? Tout dépend du point de vue. Nous ne croyons pas qu'il en soit ainsi ; les avancées du bijuridisme canadien législatif invitent à un dialogue entre le droit fédéral et le droit privé de toute province, lorsque la

législation fédérale ne contient pas de disposition précise permettant de s'écarter du droit privé applicable dans une province donnée.

1. Dans les provinces de common law

Dans les provinces de common law, une première interprétation de la portée de la «juridiction inhérente» des tribunaux a cours, la circonscrivant uniquement à un rôle supplétif en matière procédurale (a), alors qu'une seconde interprétation, plus permissive, confère aux tribunaux le loisir d'également remédier aux silences de la loi en ce qui a trait aux questions de fond (b). Si cette seconde interprétation peut être qualifiée de dominante, la Cour d'appel de l'Ontario a sans doute sonné la fin de la récréation: il ne faudrait pas confondre «discrétion judiciaire» et «juridiction inhérente»; de même, l'on observe un retour à l'approche plus restrictive (c).

a. Interprétation initiale restrictive

Les tribunaux des provinces de common law invoquent, dans le cadre des procédures instituées en vertu de la *Loi sur les arrangements*, leurs «*inherent jurisdiction*» et «*equitable jurisdiction*» pour autoriser de tels financements, puisqu'il y aurait, soutient-on, un «vide législatif» à combler. En effet, l'intention du législateur, en édictant cette loi, serait d'assurer la mise en œuvre de tous les moyens nécessaires visant à permettre le redressement des entreprises en difficulté.

Une critique à notre avis assez juste de la portée de la juridiction de la Cour supérieure, en common law, a été faite²¹. La juridiction inhérente ou «*equitable*» ne permettrait pas aux tribunaux de créer des sûretés «judiciaires» sans que la loi ne les en habilite explicitement. On aurait dénaturé la portée du pouvoir inhérent de la Cour, qui serait davantage un pouvoir relatif au droit procédural qu'au droit substantif²². Ce pouvoir résiduaire, découlant de l'*equity*, n'a rien à voir avec un pouvoir général qui permettrait de juger en vue d'assurer la «justice et l'équité». *Equity follows the [common] law*, dit la maxime; par conséquent, rien ne permet aux tribunaux de créer des sûretés qui n'existent pas en vertu de la common law.

²¹ D.B. LIGHT, *loc. cit.*, note 8; H.A. ZIMMERMAN, *loc. cit.*, note 10.

²² D.B. LIGHT, *loc. cit.*, note 8, 276-282.

Puisque la technique du « *DIP Financing* » existe aux États-Unis, le législateur canadien aurait sûrement fait un oubli dans sa législation en ne mettant pas ce moyen à la disposition des justiciables canadiens. Pour toutes ces raisons, les tribunaux ont jugé, à plusieurs reprises, que leur pouvoir inhérent et leur interprétation de l'intention du législateur menant à un vide législatif les habilitaient à autoriser l'obtention, par le débiteur ou par le contrôleur, d'un financement postérieur à l'ouverture des procédures, assorti d'une charge prioritaire, et ce, même dans les cas où les créanciers garantis antérieurs s'y objectent, lorsque la « prépondérance des inconvénients » ne jouerait pas en leur défaveur.

Les dispositions législatives permettant l'octroi de « *DIP Financing* », aux États-Unis, ont cependant fait l'objet de vives critiques. Cela fut un temps jugé, avec d'autres mesures du *Bankruptcy Code*, comme participant de choix politiques « socialistes » hostiles aux grandes institutions financières et, partant, de nature à nuire à l'obtention de crédit à de faibles coûts²³. On a donc soutenu qu'il était à tout le moins plausible qu'en droit canadien, l'on ne soit pas face à un vide législatif à cet égard mais bien face à un choix politique différent de la part du législateur²⁴. On ne devrait pas en interpréter le silence comme étant un vide. Au surplus, cette méthode d'interprétation des lois, consistant à « combler un vide législatif », n'en serait pas une²⁵.

Malgré la justesse de cette analyse, il ne semblait pas, jusqu'à tout récemment, en être tenu compte dans la jurisprudence des provinces de common law, ni dans la doctrine qui soutient le contraire²⁶.

²³ J.J. WHITE, *loc. cit.*, note 2, 139-148. En effet, plus les créanciers garantis risquent de se voir déclasser lors de situations d'insolvabilité par nombre de priorités non déterminables au moment de l'octroi d'un prêt, plus ceux-ci exigeront un taux d'intérêt élevé, réduisant, de ce fait, l'accès au crédit à de faibles coûts.

²⁴ D.B. LIGHT, *loc. cit.*, note 8, 282-284.

²⁵ *Id.*, 284 et 285.

²⁶ D'ailleurs, cette doctrine « libérale » et permissive, étudiée à la page 570, *infra*, ne consiste qu'en un résumé des principes établis par cette jurisprudence majoritaire, qui ne tient pas compte des principes discutés par la doctrine restrictive à l'effet contraire. La discussion de la doctrine libérale ne s'élargit pas davantage du côté des principes d'interprétation des lois ou de common law pertinents, qui pourraient palier aux présumés silences de la loi. Pour cela, cette doctrine libérale nous semble d'un intérêt des plus discutables.

b. Interprétation subséquente très permissive

L'interprétation actuellement dominante voit les choses autrement. Ce qui compte, c'est la finalité de la loi : restructurer les entreprises²⁷. À tout prix, diront certains.

Selon cette interprétation, l'on ne saurait s'encombrer de considérations juridiques futiles qui ne permettraient pas l'atteinte de cet objectif. Le pouvoir inhérent des tribunaux les autorise donc à palier aux silences de la loi. D'autant plus que la *Loi sur les arrangements* repose sur la poursuite des relations d'affaires entre les débiteurs et les créanciers et vise à favoriser le succès d'un arrangement négocié entre les parties, mais encadré par le processus judiciaire (jusqu'à un certain point). On affirme ce qui suit :

*The Court exercise of its inherent jurisdiction does not conflict with the language of either the CCAA or the BIA. The Supreme Court of Canada has previously indicated that an exercise of inherent jurisdiction must not be in conflict with statutory provisions. Here, there is no conflict; the BIA does not address priority in the stay period nor is it operational during CCAA proceedings, and thus, jurisdiction is not ousted by that statute. The exercise of the Court's discretion under the CCAA must take into account the circumstances of the debtor's insolvency, the objectives of the CCAA, the relative prejudice to granting financing to secured lenders, and the interests of unsecured lenders, employees, consumers, tort claimants and the public. The objective of the CCAA is broader than the preservation of secured credit, and this must be considered when reconciling the provisions of the CCAA and the BIA.*²⁸

Ainsi, la LACC s'appliquerait, selon cette analyse, dans un univers désincarné où aucune autre loi ou principe juridique ne pourraient palier aux présumés silences de la LACC. Par ailleurs, les statistiques disponibles ne permettent pas de conclure que l'octroi de financement débiteur-exploitant favorise ou non le succès des restructurations des entreprises²⁹. De plus, cette interprétation, bien que dominante, ne fait pas l'unanimité³⁰.

²⁷ Voir, notamment : K. YAMAUCHI, «The Court's Inherent Jurisdiction and the CCAA: a Beneficent or Bad Doctrine?», (2004) 40 *Can. Bus. L.J.* 250; Janis SARRA, «Judicial Exercise of Inherent Jurisdiction under the CCAA», (2004) 40 *Can. Bus. L.J.* 280.

²⁸ J. SARRA, *loc. cit.*, note 6. (Nos non-italiques).

²⁹ Voir : K. PRITCHARD, «Analysis of Recent Cases under the Companies' Creditor Arrangement Act», (2004) 40 *Can. Bus. L.J.* 116, 123.

³⁰ Voir, notamment : A. KENT, «Comment on Professor Yamauchi's Paper», (2004) 40 *Can. Bus. L.J.* 295.

À cet égard, un vent nouveau semble désormais se lever, prônant un retour à l'approche initiale plus restrictive, proposant même une distinction entre l'exercice de la discrétion judiciaire et celui de la juridiction inhérente.

c. Discrétion judiciaire ou juridiction inhérente ?

Dans un arrêt fort récent, la Cour d'appel de l'Ontario est venu baliser davantage les pouvoirs qui sont conférés au tribunal siégeant en matière de réorganisations commerciales sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*. Ainsi, dans *Stelco Inc. (Re)*³¹, plusieurs vacances aux postes d'administrateurs de la société durent être comblées, en raison des nombreux départs survenus après le prononcé de l'ordonnance initiale rendue en vertu de la LACC. Deux individus provenant d'un groupe d'actionnaires de la débitrice furent nommés à des postes d'administrateurs. Le syndicat et la caisse de retraite de la débitrice ont présenté une requête au tribunal dans le cadre des procédures de réorganisation, afin de faire invalider ces nominations. En effet, le syndicat et la caisse de retraite de la débitrice, qui compaient parmi ses plus importants créanciers ordinaires, craignaient que ces nominations n'aient pour effet d'avantager indûment les compagnies actionnaires dont les nouveaux administrateurs étaient issus, puisque celles-ci avaient déjà tenté de présenter des offres de financement dans le cadre du processus de recapitalisation de la débitrice, qui avaient par ailleurs été rejetées.

Tout en reconnaissant que les tribunaux n'interviennent habituellement pas en ce qui a trait à la composition d'un conseil d'administration, le tribunal de première instance a néanmoins invalidé les nominations. Se fondant uniquement sur sa juridiction inhérente et sur le pouvoir discrétionnaire dont il jouit en vertu de la *Loi sur les arrangements*, le juge de première instance a décidé que les craintes et appréhensions du syndicat et de la caisse de retraite justifiaient l'intervention de la Cour qui, en conséquence, invalida les

³¹ *Stelco Inc. (Re)*, (2005) 9 C.B.R. (5th) 135, [2005] O.J. n° 1171 (C.A.) (Avis de demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada déposé le 6 avril 2005, sous le numéro 30814, dans *Salaried Retirees of Stelco Inc. c. Roland Keiper*) (ci-après cité « *Stelco Inc.* »). Les décisions dans les affaires suivantes proposent également une interprétation plus restrictive de la notion de juridiction inhérente et font une distinction entre celle-ci et la discrétion judiciaire : *Richtree Inc. (Re)*, (2005) 13 C.B.R. (5th) 111, [2005] O.J. n° 251 (S.C.J.); *Skeena Cellulose Inc., Re*, (2003) 43 C.B.R. (4th) 187 (B.C.C.R.).

nominations des deux nouveaux administrateurs³². On parle bien, ici, d'appréhensions, et non pas d'inconduites avérées des nouveaux administrateurs.

La Cour d'appel a bien noté que le juge Farley n'a pas tenté de se justifier au-delà de ces principes et de se livrer à une analyse d'interprétation des lois plus fouillée³³. Dans sa décision, la Cour d'appel renverse celle du juge de première instance, dont les principaux motifs peuvent se résumer comme suit³⁴ : le tribunal n'exerce pas sa juridiction inhérente, c'est-à-dire celle reliée au processus judiciaire et à la procédure, lorsqu'il se prononce sur de pareilles questions. Partant, il s'en remet à son pouvoir discrétionnaire que prévoit la *Loi sur les arrangements*, notamment à son article 11. Cette discrétion s'exerce en s'inspirant des principes juridiques appropriés qui, selon les circonstances, se retrouveront dans d'autres lois, et ce, en raison notamment de l'article 20 LACC. Puisque la *Loi sur les arrangements* est muette quant à la compétence du tribunal au sujet d'un pouvoir qui lui permettrait d'invalidier des nominations d'administrateurs, on doit se référer aux dispositions législatives pertinentes en matière de droit des compagnies, lesquelles n'autorisent pas le tribunal à ce faire, selon l'analyse de la Cour d'appel, l'invalidation des nominations d'administrateurs par le tribunal étant exceptionnelle.

Considérant l'importance des principes d'interprétation des lois réitérés par la Cour d'appel de l'Ontario, il est opportun de reproduire les passages suivants de cet arrêt :

[38] I do not mean to suggest that inherent jurisdiction can never apply in a CCAA context. The Court retains the ability to control its own process, should the need arise. There is a distinction, however – difficult as it may be to draw – between the Court's process with respect to the restructuring, on the one hand, and the course of action involving the negotiations and corporate actions accompanying them, which are the company's process, on the other hand. The Court simply supervises the latter process through its ability to stay, restrain or prohibit proceedings against the company during the plan negotiation period "on such terms

³² Voir : *Stelco Inc. (Re)*, [2005] O.J. n° 730 (S.C.J.), en particulier aux paragraphes 7 et 23.

³³ *Stelco Inc.*, précité, note 31, par. 31.

³⁴ Il ne nous appartient pas de nous livrer ici à une analyse détaillée de cet arrêt. Ce sont les principes qui s'en dégagent qui nous intéressent, au chapitre de la juridiction inhérente.

as it may impose”. Hence the view is that the judge is generally exercising the Court’s statutory discretion under s. 11 of the Act when supervising a CCAA proceeding. The order in this case could not be founded on inherent jurisdiction because it is designed to supervise the company’s process, not the court’s process.

[...]

[44] What the Court does under s. 11 is to establish the boundaries of the playing field and act as a referee in the process. *The company’s role in the restructuring, and that of its stakeholders, is to work out a plan or compromise that a sufficient percentage of creditors will accept and the court will approve and sanction.* The corporate activities that take place in the course of the workout are governed by the legislation and legal principles that normally apply to such activities. *In the course of acting as referee, the court has great leeway, as Farley J. observed in Lehndorff, supra, at para. 5, “to make order[s] so as to effectively maintain the status quo in respect of an insolvent company while it attempts to gain approval of its creditors for the proposed compromise or arrangement which will be to the benefit of both the company and its creditors”. But the s. 11 discretion is not open-ended and unfettered. Its exercise must be guided by the scheme and object of the Act and by the legal principles that govern corporate law issues. Moreover, the court is not entitled to usurp the role of the directors and management in conducting what are in substance the company’s restructuring efforts.*

[...]

[48] *There is therefore a statutory scheme under the CBCA (and similar provincial corporate legislation) providing for the election, appointment, and removal of directors.* Where another statute confers jurisdiction with respect to a matter, a broad and undefined discretion provided in one statute cannot be used to supplant or override the other applicable statute. There is no legislative “gap” to fill. *See Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Cooperative Ltd, supra, at p. 480; Royal Oak Mines Inc. (Re), supra; and Richtree Inc. (Re), supra.*

[...]

[51] [...] [W]here the CCAA is silent on the issue, the court should not read into the s. 11 discretion an extraordinary power – which the courts are disinclined to exercise in any event – except to the extent that that power may be introduced through the application of other legislation, and on the same principles that apply to the application of the provisions of the other legislation.³⁵

³⁵ *Stelco*, précité, note 31. (Références omises ; nos non-italiques).

Ainsi, la juridiction inhérente aurait plus à voir avec l'administration du processus judiciaire proprement dit. La discrétion du tribunal, sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*, doit permettre à la débitrice de maintenir le *statu quo* durant la période précédant la présentation d'un plan d'arrangement. Avant de conclure à un « vide législatif », il faut se rappeler que d'autres lois et principes juridiques existent, en dehors du texte de la *Loi sur les arrangements*, et qu'il faut continuer d'en tenir compte dans l'interprétation de cette loi.

Si l'on ramène cette analyse à la question des financements débiteur-exploitant assortis d'une charge prioritaire, l'arrêt de la Cour d'appel redonne à l'ancien arrêt de la Cour suprême du Canada, dans *Baxter Student Housing Ltd.*³⁶, toutes ses lettres de noblesse. En cela, et tel que la Cour suprême l'avait confirmé dans l'arrêt *Baxter*, le tribunal ne peut modifier les privilèges fixés par la loi, ni créer de nouvelles sûretés. De même, toute application de la théorie de la préséance du droit fédéral sur les lois provinciales (« *doctrine of paramountcy* ») en ce qui a trait à l'établissement d'un ordre de priorité entre les créanciers, ne saurait trouver application sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*, puisque cette loi ne prévoit rien à ce chapitre³⁷. Il faut donc se référer au droit provincial à cet égard, comme nous le verrons dans la prochaine section.

Néanmoins, l'interprétation large et permissive a fait son entrée au Québec, sans que l'on en analyse bien les contours. Pourtant, une lecture attentive des principes civilistes permet de ne pas souscrire à cette interprétation permissive. Ces principes s'inscrivent d'ailleurs dans le sens de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Stelco Inc.* qui doit, à notre avis, trouver application au Québec.

³⁶ [1976] 2 R.C.S. 475 (ci-après cité « *Baxter* »).

³⁷ Ainsi, l'analyse à l'effet contraire, proposée par le juge Lo Vecchio dans *Selphur Corp. of Canada Ltd., Re.* (2002) 35 C.B.R. (4th) 304, par. 35-37 (Alta S.C.), ne nous semble pas fondée. Pour une discussion à l'égard de la primauté du droit fédéral, voir : Roger P. SIMARD et Antoine LEDUC, « *Affaire Château d'Amos : intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral ?* », dans *Développements récents en droit administratif* (2000), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 85.

2. Au Québec, terre de droit civil

Le financement débiteur-exploitant, de la façon dont il s'applique au Québec, s'inscrit clairement dans le domaine du droit des sûretés, un droit d'exception [a]. Cela étant, la Cour suprême du Canada a précisé la portée de la « juridiction inhérente » des tribunaux québécois, permettant l'articulation d'une théorie propre au droit civil québécois en cette matière [b]. La somme de ces principes permet de douter sérieusement de la capacité des tribunaux québécois de recourir à la théorie de la « juridiction inhérente » pour palier à des silences ou carences de la loi, autres que ceux que l'on retrouve en matière procédurale.

a. Le droit des sûretés : un droit d'exception

En droit civil québécois, le principe de l'égalité entre les créanciers constitue

la pierre angulaire du droit applicable aux créanciers et aux sûretés ; il fait de l'égalité la règle, de la préférence l'exception. On y recourt constamment pour justifier l'interprétation stricte et rigoureuse des conditions d'existence des sûretés. Le créancier qui veut se sortir du rang des créanciers ordinaires doit démontrer, avec la rigueur de celui qui s'appuie sur une disposition d'exception, que la loi ou une convention que la loi autorise lui donne préséance.³⁸

De plus, l'article 2647 du *Code civil du Québec*³⁹ édicte que « [l]es causes légitimes de préférence sont les priorités et les hypothèques » ; l'article 2664 C.c.Q. précise par ailleurs que « [l]'hypothèque n'a lieu que dans les conditions et suivant les formes autorisées par la loi » ; enfin, l'article 2663 C.c.Q. édicte que « [l]'hypothèque doit être publiée, conformément au présent livre ou au livre De la publicité des droits, pour que les droits hypothécaires qu'elle confère soient opposables aux tiers ».

On peut donc affirmer que le régime de sûretés constitue un régime dérogatoire ou exorbitant du droit commun, en ce qu'il préfère certains créanciers à d'autres en leur conférant une priorité de rang.

³⁸ Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n^o 129, p. 50. (Référence omise ; nos non-italiques).

³⁹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après cité « Code civil » ou « C.c.Q. »).

Ce principe fondamental doit être lu en conjonction avec l'interprétation qui se dégage de la portée de la juridiction inhérente des tribunaux québécois.

b. Articulation d'une théorie propre au droit civil québécois

La Cour supérieure du Québec est le tribunal chargé de l'application tant de la *Loi sur la faillite*⁴⁰ que de la *Loi sur les arrangements*⁴¹. Ainsi, cette Cour possède « la compétence pour exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la [LFI] durant son terme [...] »⁴².

Cette compétence juridictionnelle, auxiliaire et subordonnée de première instance, n'en est pas une découlant de la common law ou de l'*equity*. La Cour supérieure du Québec, ainsi que la Cour d'appel du Québec siégeant en matière de faillite et d'insolvabilité, n'ont jamais eu, au demeurant, la compétence juridictionnelle leur permettant de recourir aux principes de common law ou de l'*equity law*⁴³.

Eût-il été permis d'en douter, que le législateur fédéral, en modifiant récemment les dispositions de l'article 183 LFI, a mis un terme à toute tergiversation possible à cet égard⁴⁴. Cela est également vrai, que ce soit dans le cadre de l'application de la *Loi sur la faillite* ou dans celui de la *Loi sur les arrangements*, même si, dans

⁴⁰ Art. 183 (1.1) LFI.

⁴¹ Voir l'alinéa b) sous la définition du terme « tribunal », art. 2 LACC.

⁴² Art. 183 (1.1) LFI.

⁴³ Voir : Albert BOHÉMIER, « Recherche de bijuridisme : *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien* : Recueil d'étude / *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism*: Collection of Studies, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 1997, p. 863, à la page 905.

⁴⁴ Voir l'article 33 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral et du droit civil*, L.C. 2001, c. 4, sanctionnée le 10 mai 2001 et en vigueur, dans sa quasi-totalité, depuis le 1^{er} juin 2001 (C.P. 2001-956, *Décret fixant au 1^{er} juin 2001 la date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi, sauf la partie 8*, TR/2001-71, Gaz. C. 2001.II.1214); voir aussi : Jay SINHA et Luc GAGNÉ, *Projet de loi S-4 : Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, LS-379F, division du droit et du gouvernement, Direction de la recherche parlementaire, 31 janvier 2001, p. 12, texte disponible sur Internet à l'adresse suivante : [http://www.parl.gc.ca/common/Bills_ls.asp?lang=F&Parl=37&Ses=1&ls=S4&source=Bills_Senate_Government]

ce dernier cas, le législateur fédéral ne s'exprime pas de manière identique quant à l'attribution de la compétence de la Cour supérieure^{44a}.

Aux dispositions du sous-alinéa 183 (1) b) et des alinéas 183 (1.1) et (1.2) LFI, s'ajoutent celles, fondamentales, des articles 8.1. et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, qu'il importe de reproduire :

Property and Civil Rights

8.1 *Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.*

8.2 *Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.*

Propriété et droits civils

8.1 *Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.*

8.2 *Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.*⁴⁵

(date de consultation : 26 janvier 2006) : «Il faut aussi souligner les modifications proposées par l'article 33 à l'article 183 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. La Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec [font] l'objet de paragraphes particuliers afin d'éviter que leur soit attribuée la compétence de juger en droit et en *equity* possédée par les cours supérieures des provinces de common law [Référence omise] ».

^{44a} Au moment d'aller sous presse, la Cour suprême du Canada avait rendu sa décision dans *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Procureur général du Québec*, 2005 CSC 52, confirmant que la compensation en « *Equity* » ne saurait trouver application au Québec, les règles du Code civil s'appliquant à titre supplétif à la LFI.

⁴⁵ L.R.C. (1985), c. I-21. (Nos non-italiques).

Ces nouvelles dispositions de la *Loi d'interprétation* sont claires et non équivoques. Le principe que l'interprète des textes législatifs fédéraux devra respecter est simple. On devra, lorsqu'un texte fédéral s'applique dans une province donnée et qu'il recoure à l'application supplétive du droit privé de cette province, référer à la terminologie et aux concepts tels qu'entendus aux termes de ce droit supplétif. C'est à notre avis la démarche qu'a suivi la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Stelco Inc.*, mais sans la nommer.

Dit autrement, cela signifie que, lorsqu'un texte législatif fédéral s'applique au Québec et qu'il ne se dissocie pas clairement de l'application supplétive du droit civil par l'édition d'une disposition claire et non équivoque à cet effet, prévoyant par exemple une règle de droit propre qui pourra s'en écarter, l'interprète devra alors recourir au droit civil du Québec dans l'application du texte fédéral dans cette province⁴⁶.

Ainsi, la compétence et les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure du Québec, tribunal de droit commun, découlent des règles du *Code de procédure civile du Québec*, principalement des articles 2, 20, 31 et 46 C.p.c.⁴⁷. Ce sont ces pouvoirs qui sont inhérents à l'exercice de la compétence de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière d'insolvabilité, tant en vertu de la LFI que de la LACC⁴⁸.

Ces pouvoirs inhérents, qui permettent notamment au tribunal de « rendre les ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique »⁴⁹, ne sont pas sans limites. Au Québec, le droit procédural codifié par le législateur ne laisserait pas, soutient-on, une aussi grande liberté aux magistrats que celui des provinces de common law. C'est la loi qui prime. Les tribunaux ne pourront créer ou reconnaître de nouveaux droits, en

⁴⁶ Voir: Alain N. TARDIF et Antoine LEDUC, « Conséquences pratiques des plus récentes modifications législatives dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité », Association du Barreau canadien, division Québec, Montréal, 14 novembre 2001 [non publié]; Alain VAUCLAIR et Lyne TASSÉ, « Droit civil et common law en équilibre sur la balance de Thémis: l'exemple de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* », (2003) 37 R.J.T. 5, 11-14.

⁴⁷ Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1-7, 75, 76 et 102-105.

⁴⁸ Voir: *Castor Holdings Ltd. (Syndic de)*, J.E. 99-2246 (C.S.); Alain VAUCLAIR et Annie DRZYMALA, « Quelques questions de politique législative », (2003) 37 R.J.T. 147, 155-157.

⁴⁹ Art. 46 C.p.c.

cas de silence de la loi, que si l'interprétation conjuguée du *Code de procédure civile*, du *Code civil du Québec* (qui constitue le droit commun de la province de Québec) et des principes généraux du droit civil, permettent d'atteindre un tel résultat. C'est, du moins, ce que nous enseigne la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.* :

35 *D'origines fort diverses, les règles de la procédure civile québécoise font partie d'un Code de procédure. À ce titre, elles s'inscrivent dans une tradition juridique différente de la common law. Le droit fondamental en matière de procédure civile demeure celui qu'édicte l'Assemblée nationale. Ses règles se retrouvent dans un code rédigé en termes généraux. La création des règles de droit appartient ainsi principalement au législateur.*

36 *Le Code de procédure civile contient l'ordonnancement législatif du droit processuel. D'abord, il édicte l'ensemble des principales règles de procédure civile quant à la compétence des tribunaux, à l'institution des actions judiciaires, à leur mise en état, à la conduite de l'audience, au jugement et à son exécution. Ce cadre laisse place à un pouvoir réglementaire des tribunaux prévu par l'art. 47 C.p.c. Celui-ci permet aux juges des différentes cours d'adopter des règles de pratique, qui s'insèrent cependant dans le cadre général défini par la loi. (Voir Charpentier c. Ville de Lemoyne, [1975] C.A. 870; aussi D. Ferland et B. Emery, Précis de procédure civile du Québec (3^e éd. 1997), vol. 1, p. 68.)*

37 *De plus, le droit procédural reconnaît des pouvoirs inhérents aux tribunaux pour régler des situations non prévues par la loi ou les règles de pratique. (Voir Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec, [1979] 2 R.C.S. 618.) Des décisions de gestion ponctuelles peuvent également être rendues nécessaires par les particularités de certains dossiers. Cependant, ces pouvoirs inhérents ou accessoires, que consacrent d'ailleurs les art. 20 et 46 C.p.c., n'accordent aux tribunaux qu'une fonction subsidiaire ou interstitielle dans la définition du contenu de la procédure québécoise. La loi prime. Les tribunaux doivent baser leurs décisions sur celle-ci. Sans nier l'importance de la jurisprudence, ce système ne lui reconnaît pas le statut de source formelle du droit, malgré la légitimité d'une interprétation créatrice et ouverte sur la recherche de l'intention du législateur telle que l'expriment ou l'impliquent les textes de loi. (Voir J. Dainow, «The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison» (1967), 15 Am. J. Comp. L. 419, p. 424 et 426; A. Popovici, «Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec?» (1973), 8 R.J.T. 189, p. 193 et 199.)*

38 *Ainsi, la législature québécoise n'a pas laissé aux tribunaux la même marge de liberté que les législatures des autres provinces. La procédure*

civile se retrouve principalement dans le Code. Même si les règles de pratique ont pris graduellement de l'ampleur, il demeure qu'elles sont adoptées sous l'autorité de ce Code et dans le cadre général défini par celui-ci.

39 Un tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu'il l'estime opportune. À cet égard, dans le domaine de la procédure civile, le tribunal québécois ne possède pas le même pouvoir créateur qu'une cour de common law, quoique l'intelligence et la créativité de l'interprétation judiciaire puissent souvent assurer la flexibilité et l'adaptabilité de la procédure. Bien que mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation civiliste. (Voir J.-M. Brisson, « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte, faute de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte* (1989), 93, p. 93-95; aussi du même auteur : *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, op. cit., p. 32-33.) Suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent. La dissidence du juge Biron rappelle à juste titre ces caractéristiques d'un régime de droit codifié et souligne pertinemment la nature de la méthode d'analyse et d'examen applicable en l'espèce.

40 Cependant, cette étude cursive resterait incomplète si l'on omettait de souligner les liens de la procédure civile avec l'ensemble du droit québécois. Cette procédure civile est soumise aux principes généraux que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec*. Sa disposition préliminaire, dont la jurisprudence a déjà eu l'occasion de souligner l'importance (voir *Verdun (Municipalité de) c. Doré*, [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.), confirmé par notre Cour à [1997] 2 R.C.S. 862), déclare que le Code civil constitue le droit commun du Québec. La procédure civile doit donc tenir compte de ces principes. *Au-delà même du Code civil, elle doit aussi respecter les valeurs exprimées par la Charte québécoise dont l'art. 52 exprime la primauté dans les matières relevant de la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec. Son article 53 établit d'ailleurs un principe d'interprétation favorable à son application en cas de doute. Enfin, dans un domaine comme la publicité des procès, restent présents les principes constitutionnels fondamentaux de la Charte canadienne des droits et libertés lorsqu'ils sont applicables dans un débat judiciaire privé.*⁵⁰

⁵⁰ *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 35-40 et 78 (ci-après cité « *Lac d'Amiante* »). (Nos non-italiques).

Cela étant, suivant le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lac d'Amiante*, on peut tirer un certain nombre de conclusions relativement au pouvoir, pour la Cour supérieure du Québec, d'autoriser la création d'hypothèques judiciaires *sui generis* servant à garantir un financement débiteur-exploitant, de rang égal ou prioritaire aux sûretés créées antérieurement et dûment autorisées par la loi. Ces conclusions, comme nous le verrons, s'imposeront également en d'autres situations.

Tout d'abord, dans la mesure où les tribunaux des provinces de common law estiment que leurs « *inherent jurisdiction* » et « *equitable jurisdiction* » leur permet de décréter la constitution de telles sûretés (ce qui est remis en question par une certaine doctrine et, désormais, par l'interprétation proposée par la Cour d'appel de l'Ontario), les tribunaux du Québec ne pourraient importer ce concept au Québec sur la foi de ces sources, et ce, en vertu de l'effet combiné de l'article 183 LFI et des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*.

De plus, aucune disposition législative ne permet d'écarter le recours au droit civil à titre supplétif afin de permettre la constitution judiciaire, c'est-à-dire par décret du tribunal, d'une hypothèque en matière de faillite et d'insolvabilité ou d'arrangement avec les créanciers, à l'exception, peut-être, de l'article 47.2 LFI.

Cet article prévoit en effet la constitution d'une charge prioritaire en faveur du séquestre intérimaire nommé aux termes des articles 47 ou 47.1 LFI, afin de garantir le paiement de ses honoraires et débours. Cette charge affecte les avoirs du débiteur et a préséance sur les réclamations de tout créancier garanti. La portée de cet article est beaucoup plus restrictive que les financements débiteur-exploitant : la charge prioritaire ne sera accordée qu'après avoir avisé et entendu les créanciers garantis. De plus, la sûreté ne peut garantir les paiements effectués dans le cadre des opérations propres aux affaires du débiteur (art. 47.2 (2) LFI)⁵¹. C'est donc dire qu'un financement permettant au débiteur de continuer ses opéra-

⁵¹ *Contra: Charon Systems Inc./Charon Systèmes inc., Re*, (2001) 30 C.B.R. (4th) 201 (Ont. S.C.). Cette décision ne nous semble pas fondée, puisqu'elle s'écarte des termes explicites de la loi.

tions ne peut faire l'objet de cette garantie aux termes de cette disposition⁵².

Mentionnons enfin que l'article 47.2 LFI n'a pas d'équivalent dans la LACC. Cependant, les honoraires et débours du syndic de faillite, dans le cadre de la LFI, ne sont pas garantis, ne faisant l'objet que d'une préférence aux termes du sous-paragraphe 136 (1) (b) ii) LFI⁵³. Or, comme le rôle du contrôleur dans le cadre de l'application de la LACC se rapproche davantage de celui du syndic de faillite agissant dans le cadre d'un avis d'intention de faire une proposition que de celui du séquestre intérimaire⁵⁴, il nous semble difficile de s'inspirer de l'article 47.2 LFI afin d'inférer l'existence d'un principe qui pourrait autoriser la création d'une hypothèque judiciaire *sui generis* de rang égal ou prioritaire afin de garantir les honoraires et déboursés du contrôleur. Il serait encore plus difficile de s'en inspirer pour permettre la création de ce type de sûreté afin de garantir un financement obtenu pour la continuation des activités de l'entreprise.

Partant, il faudrait analyser la situation à la lumière du droit civil, afin de savoir si la Cour supérieure a la compétence et le pouvoir nécessaires à la constitution d'une sûreté judiciaire prioritaire, soit pour garantir les honoraires et débours de l'administrateur de l'insolvabilité, soit pour garantir un financement permettant au débiteur de continuer ses opérations. En cette matière, nous l'avons vu, toute sûreté constituée, en droit civil, est une exception au régime de droit commun. Aux termes du Code civil, qui constitue notre droit commun, les seules causes de préférences qui sont permises sont les priorités et les hypothèques. Il serait douteux que cette sûreté judiciaire puisse constituer une priorité⁵⁵. Il serait également douteux que cette sûreté puisse constituer une hypothèque légale⁵⁶.

⁵² Il existe peu ou prou de décision concernant cette disposition. Au Québec, mentionnons *PyroGenesis inc. (Syndic de)*, [2004] R.J.Q. 2769, J.E. 2004-1981 (J. C. Gascon) (C.S.), qui confirme l'importance de l'obligation d'aviser tout créancier garanti avant d'obtenir une sûreté qui serait prioritaire à la sienne. Cependant, le tribunal jouirait d'une large discrétion afin d'y faire droit, et ce, nonobstant toute opposition venant de la part de créanciers garantis.

⁵³ J. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 13, p. 137, 349, 460-462, 525 et 526.

⁵⁴ *Id.*, p. 167 et 168; *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Mine Jeffrey inc.*, [2003] R.J.Q. 420, par. 33-43 (C.A.).

⁵⁵ Voir: J. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 13, p. 179-181; P. BENOIT, *loc. cit.*, note 11, 21:25-21:27.

⁵⁶ *Id.*

Parmi les hypothèques légales, l'hypothèque judiciaire, qui est celle garantissant les créances résultant d'un jugement, prend rang selon la date de son inscription et tombe en cas de faillite⁵⁷ ; on voit mal comment de tels principes pourraient permettre au tribunal de créer une sûreté prioritaire faisant fi de l'ordre du temps. Les dispositions traitant du séquestre judiciaire⁵⁸ ou du séquestre⁵⁹ ne prévoient pas la constitution d'une sûreté afin de garantir les débours et honoraires du séquestre⁶⁰.

Compte tenu de ce qui précède, il semble difficile de pouvoir inférer du *Code de procédure civile*, du Code civil et des principes généraux du droit civil, les éléments qui permettraient de conclure que la Cour supérieure, exerçant ses pouvoirs inhérents ou sa discrétion judiciaire, peut autoriser la création d'une sûreté prioritaire, sans exigence de publicité, dans le contexte des procédures de la LACC ou de la LFI.

Au demeurant, la Cour d'appel du Québec a soutenu que, lors de l'application de la LACC, «le tribunal peut rendre toutes les ordonnances nécessaires au maintien du *statu quo* pendant la période de proposition»⁶¹. Convenir judiciairement de modifier l'ordre de priorité entre les créanciers prévu par la loi dépasse certainement le *statu quo*.

De plus, si l'on a jugé que le pouvoir du contrôleur, avec ou sans l'autorisation du tribunal, de mettre fin à un contrat s'applique difficilement à une convention collective en raison du cadre législatif

⁵⁷ Voir : art. 2724 (4) et 2730 C.c.Q. Il s'agit, dans ce cas, d'un jugement portant condamnation à verser une somme d'argent, ce qui ne peut se transposer au cas du financement débiteur-exploitant. Voir aussi l'article 70 (1) LFI quant aux effets de la faillite sur une telle hypothèque légale.

⁵⁸ Art. 742-750 C.p.c.

⁵⁹ Art. 2305-2311 C.c.Q.

⁶⁰ Même si les dépenses d'un liquidateur, d'un séquestre ou d'un agent peuvent bénéficier de la priorité de l'alinéa 2651 (1) C.c.Q. concernant les frais de justice et les dépenses faites dans l'intérêt commun, en certaines situations limitées où il est justement démontré que ces dépenses ont été encourues dans l'intérêt commun ou que sans les services rendus, la vente des biens n'aurait pas eu lieu, il faut rappeler que cette priorité ne survivrait pas, dans un contexte de faillite, compte tenu de l'interprétation de l'article 136 LFI. Voir : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 38, n° 224-226, note 265, p. 87.

⁶¹ *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Mine Jeffrey inc.*, précité, note 54, par. 31.

qui en fait un instrument particulier dépassant le simple contrat bilatéral⁶², on voit mal comment un tel raisonnement ne devrait pas s'appliquer à la constitution de sûretés, au régime de publicité et au maintien de l'ordre de priorité entre les créanciers, également d'ordre public, à moins qu'une disposition législative d'exception, qui serait édictée par le législateur fédéral, ne le prévoit explicitement. Ainsi, à l'heure actuelle, suivant ces principes, force est de constater qu'en droit, au Québec, les tribunaux ne peuvent autoriser la constitution de financement débiteur-exploitant ni ordonner la création d'une hypothèque, quelle qu'elle soit.

Techniquement, une débitrice pourrait néanmoins consentir une hypothèque de la façon indiquée par le Code civil et obtenir les cessions de rang nécessaires, ce dont le tribunal pourrait prendre acte. Évidemment, d'un point de vue pratique, cette mécanique suppose des négociations dont l'issue est incertaine.

À l'égard de la portée de la discrétion judiciaire des tribunaux québécois, on note un certain flou et certaines contradictions dans les jugements recensés. À titre d'exemple, il est intéressant de relever l'une des décisions rendues dans l'arrangement relatif à Papiers Gaspésia inc.⁶³. Une requête en substitution d'une garantie et en annulation d'une lettre de crédit fut présentée au tribunal, afin qu'une hypothèque légale, déjà substituée par lettre de crédit aux termes de l'article 2731 C.c.Q., soit de nouveau remplacée par l'hypothèque légale initiale. À bon droit, le tribunal estima que rien ne l'autorisait à s'écarter des termes de la loi qui ne prévoient pas cette possibilité. Cela étant, on ne voit pas pourquoi ce principe ne s'appliquerait pas également en matière de création d'« hypothèques judiciaires *sui generis* » dans le cadre de l'octroi d'un financement débiteur-exploitant.

Par ailleurs, le tribunal peut-il ordonner la vente d'éléments d'actif d'une débitrice par le contrôleur et ordonner qu'une telle vente ait l'effet d'une vente sous contrôle de justice aux termes des dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* et du *Code de procédure civile*? Pas nécessairement, parce qu'il s'agit d'un droit hypothécaire clairement défini et circonscrit et que l'on ne peut le conférer à quelqu'un qui ne détient pas d'hypothèque. Cependant, le tribunal

⁶² *Id.*, par. 44-46, 52 et 53.

⁶³ *Papiers Gaspésia inc. (Dans l'affaire du plan d'arrangement de)*, [2004] R.D.I. 391 (C.S.), J.E. 2004-965 (J. P. Chaput) (C.S.).

s'estime autorisé à ordonner que pareille vente ait l'effet d'une vente forcée et que tous les droits réels inscrits soient purgés par l'effet de son jugement autorisant la vente, et ce, afin de permettre aux objectifs de la *Loi sur les arrangements* d'être atteints⁶⁴. Cette décision, s'inscrivant dans le contexte ô combien particulier de la réorganisation (ou plutôt de la liquidation) de Papiers Gaspésia inc., s'explique très certainement d'un point de vue pratique; sur le plan juridique, on peut toutefois émettre de sérieux doutes à cet égard⁶⁵. La Cour d'appel a refusé d'entendre l'appel logé sur cette question et ne s'est pas prononcée à ce sujet, estimant que toute réponse théorique différente du jugement de première instance ne pourrait s'avérer satisfaisante dans le contexte factuel très particulier de cette affaire⁶⁶.

Ce qu'il faut conclure de tout cela, c'est que l'interprétation libérale de la *Loi sur les arrangements* va dans plusieurs directions, parfois opposées. Il devient par conséquent difficile de prévoir à l'avance les effets d'une restructuration sur les relations contractuelles et sur les principes juridiques que l'on croit établis. Cette incertitude juridique présente assurément bon nombre de conséquences dans l'établissement de ces rapports, notamment au niveau des coûts. Une interprétation différente, s'inspirant des principes d'interprétation que nous venons d'énoncer, permettrait de dissiper bien des incertitudes. Cela démontre également qu'une réforme législative majeure est souhaitable en ce domaine.

Nous verrons maintenant que l'usage de la « juridiction inhérente » peut constituer une forme de processus menant à s'interroger sur le sens de la véritable réforme du droit.

B. De l'usage de la « juridiction inhérente » : panacée ou obstacle à la véritable réforme du droit ?

Le processus de réforme du droit est inévitable et souhaitable. Il permet d'adapter la loi en fonction des exigences de la vie en société à un moment donné. Malgré toute la souplesse dont le processus judiciaire peut faire preuve, c'est néanmoins le législateur qui doit

⁶⁴ *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-74 (j. P. Chaput) (C.S.) (requête pour permission d'appeler rejetée).

⁶⁵ Nous n'analyserons pas cette question dans le cadre du présent article.

⁶⁶ *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-75 (j. Bich) (C.A.).

présider aux réformes qui s'imposent lorsque la loi ne répond plus aux besoins de la société.

En matière de droit de l'insolvabilité, on peut soutenir que le processus législatif ne répond probablement pas assez rapidement aux désirs de changements de l'industrie. Cela explique peut-être l'usage si répandu du recours à la juridiction inhérente par les tribunaux.

Néanmoins, une telle situation est problématique à plusieurs égards, d'abord au chapitre de la prévisibilité des rapports entre les débiteurs et les créanciers (1), ensuite dans le développement d'un processus de réforme du droit à deux vitesses (2).

1. Des rapports entre les débiteurs et les créanciers

De l'étude de la réglementation entre les débiteurs et les créanciers, on relève un certain nombre de points de frictions entre divers intérêts divergents. Doit-on favoriser la liquidation ou la restructuration des entreprises? Faut-il privilégier le principe de la stabilité des transactions afin de minimiser le coût du crédit (a), ou encore, lui préférer celui de la flexibilité et de la souplesse visant à permettre la restructuration des entreprises en difficulté (b)?

a. Stabilité des transactions et impact sur le coût du crédit

D'un côté, on s'inquiète de cette grande latitude des tribunaux en matière de réorganisations commerciales. D'une part, une culture de la réorganisation («*rescue culture*»), par opposition à la liquidation, s'est développée pour dorénavant s'imposer, et ce, au bénéfice des têtes dirigeantes d'une entreprise aux frais des autres parties impliquées. Plusieurs compagnies qui ne sont pas viables bénéficieraient de ces mesures, ce qui à long terme peut nuire au succès des véritables restructurations d'entreprise «viables». Le coût du crédit peut s'en trouver affecté, nuisant, de ce fait, à l'obtention du crédit par les entreprises dans leurs opérations courantes. Enfin, les tribunaux ne tiennent pas compte de principes juridiques et commerciaux bien établis dans leur interprétation de la loi⁶⁷. Pour

⁶⁷ Voir, notamment : A. KENT, *loc. cit.*, note 30.

cela, des règles claires et une législation plus détaillée sont souhaitables.

b. Flexibilité et souplesse permettant la restructuration des entreprises en difficulté encore viables

D'un autre côté, on soutient que le régime canadien mis en place notamment par la *Loi sur les arrangements* fonctionne plutôt bien. De façon générale, les restructurations consistent en des processus négociés à l'avance entre les débiteurs et leurs créanciers, que les tribunaux ne font en somme qu'avaliser, ce qui s'est avéré profitable à toutes les catégories de créanciers, dont les créanciers garantis au premier chef. Si l'on estime qu'il peut être souhaitable d'établir des règles plus claires et de procéder à une réforme du droit en la matière, on craint par ailleurs que cela ne favorise l'émergence d'un processus moins flexible et, partant, moins adapté à l'évolution des besoins de l'industrie⁶⁸.

La question de la réforme du droit emprunte plusieurs ramifications.

2. Un processus de réforme du droit à deux vitesses ?

La question est posée. Sommes-nous en présence d'un processus de réforme du droit à deux vitesses, l'un procédant de l'usage de la juridiction inhérente, en passant par l'adoption d'un modèle d'ordonnance initiale uniforme dans le cadre des procédures de réorganisation (a), l'autre empruntant la longue et tout aussi incertaine voie du processus législatif (b) ?

a. De l'usage de la « juridiction inhérente » à l'adoption d'un modèle d'ordonnance initiale uniforme

On peut soutenir que les tribunaux tentent de répondre de leur mieux aux impératifs commerciaux, avec les outils dont ils disposent. Cependant, on peut se demander si ce recours si fréquent à la « juridiction inhérente » dans son sens le plus libéral et permissif, d'abord par les tribunaux des provinces de common law, puis au Québec, n'a pas donné lieu à une certaine surenchère qui n'est pas

⁶⁸ Voir, notamment : J. SARRA, *loc. cit.*, note 27, 294.

nécessairement bénéfique du point de vue de l'articulation cohérente de principes juridiques communs dans un domaine bien précis du droit, soit celui des restructurations commerciales.

Ainsi, on aurait véhiculé l'idée que les tribunaux du Québec n'ont pas d'expertise comparable à celle des tribunaux ontariens en cette matière, et qu'en raison des contraintes propres au droit civil, ils font preuve de moins de souplesse dans l'application des mêmes textes législatifs. Pour cela, certains ont l'impression que bon nombre de restructurations commerciales d'envergures de sociétés ayant leur siège social au Québec se sont plutôt déroulées à Toronto. L'exemple le plus frappant serait celui de la réorganisation de la compagnie aérienne Air Canada.

Afin de contrer cet exode des dossiers de restructurations, divers scénarios ont été envisagés par nombre d'intervenants en la matière. À titre d'exemples, on note la création, en novembre 2001, d'une nouvelle division de la Cour supérieure du district judiciaire de Montréal, soit la Chambre commerciale, qui se consacre exclusivement à entendre des causes découlant de la *Loi sur la faillite*, de la *Loi sur les arrangements* et de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁶⁹. Plusieurs magistrats se consacrent désormais principalement à ce domaine et répondent avec célérité aux demandes qui leur sont présentées⁷⁰.

Par ailleurs, le comité de liaison du Barreau de Montréal avec la Chambre commerciale, a élaboré une « Formule abrégée d'ordonnance initiale pouvant être rendue aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (c. C-36)* »⁷¹. L'objectif de cette Ordonnance initiale modèle, une première en son genre au Canada, est de doter les praticiens d'un outil de travail pratique et uniforme, permettant de faciliter leur travail et de simplifier la tâche aux tribunaux. On pense qu'un tel outil aidera à mettre un frein à ce « magasinage de juridictions » (« *forum shopping* ») et redonnera aux

⁶⁹ L.R.C. (1985), c. C-44.

⁷⁰ Voir, notamment: Yves LAVERTU, « Chambre commerciale: modèle d'ordonnance », *Journal du Barreau*, Montréal, 1^{er} novembre 2004, 3.

⁷¹ Disponible sur le site du Barreau de Montréal, à l'adresse Internet suivante: [<http://www.barreau.qc.ca/montreal/loads/Version-Abrégée-Finale-21-01-05.doc>] (date de consultation: 17 avril 2005) (ci-après citée « Ordonnance initiale modèle »). Ce document est également disponible en anglais.

tribunaux montréalais la place qui leur revient dans ce domaine du droit commercial⁷².

Cette initiative est fort louable et présente de nombreux avantages pratiques. Cependant, d'un point de vue théorique, elle commande une certaine prudence. L'analyse de ce document dépasse le cadre du présent texte. Toutefois, quelques brefs commentaires s'imposent.

Il est précisé, sur le site Web du Barreau de Montréal, que « [l]es dispositions de cette ordonnance initiale auront peut-être à être débattues devant le tribunal, aucune assurance n'étant donnée, ni opinion n'étant émise relativement au dispositif de cette ordonnance. Les avocats devront indiquer au tribunal toute différence pouvant exister entre l'ordonnance initiale recherchée et celle qui est proposée à titre de formule abrégée [...] ». Il fut également affirmé que « le texte ne consistera pas en un document officiellement avalisé par les magistrats »⁷³. Cependant, on sait que les juges membres de la Chambre commerciale de Montréal ont participé activement au processus du Comité de liaison ayant mené à l'adoption de cette Ordonnance initiale modèle. Évidemment, les tribunaux peuvent remettre en cause la validité même de l'une ou l'autre des conclusions qui figurent dans l'ordonnance proposée. Le feront-ils? Peut-être! Ils seront sans doute conscients qu'une interprétation défavorable à une telle ordonnance pourrait inciter les intéressés à s'adresser à un forum plus conciliant, notamment à des instances judiciaires des provinces voisines. Ne s'agit-il pas d'un autre argument militant en faveur d'une approche plus restrictive de la discrétion judiciaire et de la juridiction inhérente, et ce, à travers l'ensemble du Canada, puisque cela aurait pour effet d'uniformiser le droit et de le rendre plus prévisible^{73a}?

⁷² Y. LAVERTU, *loc. cit.*, note 70; Bernard SYNNOTT, « Propos du Bâtonnier de Montréal: Des sujets chauds pour l'année à venir », *Journal du Barreau*, Montréal, 1^{er} août 2004.

⁷³ Y. LAVERTU, *loc. cit.*, note 70. En effet, l'existence n'en est pas mentionnée sur le site Internet de la Cour supérieure du Québec.

^{73a} À cet égard, voir l'ordonnance rendue dans *MEI Company Technology*, précité, note 18a, par. 24 et 25. Le juge Clément Gascon refusa d'adhérer à nos arguments, considérant que les principes de la juridiction inhérente avaient été suffisamment établis par la doctrine libérale et la jurisprudence l'ayant suivie. Pour d'autres motifs, cependant, le tribunal refusa d'octroyer une charge prioritaire en faveur des employés. Avec déférence, nous ne pouvons souscrire à

À ce chapitre, notons que l'Ordonnance initiale modèle prévoit la constitution d'une charge prioritaire en faveur des administrateurs de la débitrice, afin de garantir toute réclamation en responsabilité qui pourrait être présentée contre eux. Elle prévoit également la constitution d'une charge prioritaire en faveur du contrôleur nommé par le tribunal. Ces charges, nommées improprement « hypothèques », font l'objet d'une indication de montant; cependant, aucune exigence de publicité n'est mentionnée. De plus, l'on y prévoit que ces hypothèques ne pourront être considérées à titre de préférence frauduleuse, et qu'elles seront valides nonobstant l'existence de clauses contractuelles en faveur de prêteurs existant interdisant de nouveaux emprunts de la part de la débitrice ou la création de nouvelles sûretés⁷⁴.

Pour les raisons que nous avons déjà exposées auparavant, ces dispositions sont à notre avis nulles et non avenues. Le tribunal n'a pas le pouvoir de rendre ce genre d'ordonnances, qui sortent clairement de l'étendue de sa discrétion judiciaire et qui n'ont rien à voir avec l'exercice de sa juridiction inhérente. À notre avis, cette analyse vaudrait également dans les provinces de common law.

En cela, de l'interprétation de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Stelco Inc.*, de même que d'une analyse civiliste plus rigoureuse, on pourrait voir émerger une interprétation plus uniforme de la législation d'un océan à l'autre, s'appuyant sur un bijuridisme canadien valable tant dans les provinces de common law qu'au Québec, référant les tribunaux au droit provincial applicable en cas de silence du législateur fédéral en droit privé. Comme cela n'est toutefois pas certain, ces tergiversations, ces différences possibles d'application d'un texte de loi d'une province à l'autre, ces processus de réforme du droit parcellaires et informels, méritent toute l'attention qui leur revient et d'être davantage encadrés. Une réforme législative d'en-

l'opinion du juge dans cette affaire. En effet, lorsqu'il est démontré qu'une série de précédents est fondée sur une erreur, en droit, le tribunal n'est pas tenu de continuer à suivre un courant jurisprudentiel. Nous soumettons respectueusement que cette interprétation libérale est erronée. À cet égard, les précédents ne valent que ce que valent leurs motifs. Voir, en ce sens : A. RIVARD, *Manuel de la Cour d'Appel*, Montréal, Éditions Variétés, 1941, p. 55; voir également : Albert MAYRAND, « L'autorité du précédent au Québec », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 259, 284 et 285; voir, enfin : *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

⁷⁴ Voir l'Ordonnance initiale modèle, précitée, note 71, par. 21, 22, 28, 29 et 30-36.

semble, présidée par le législateur, s'impose et s'avère des plus nécessaires et urgente.

b. De la réforme du droit canadien de l'insolvabilité et de ses influences externes

La réforme du droit de l'insolvabilité n'est pas la plus facile qui soit. Bien que les articles 216 LFI et 22 LACC édictent que ces lois doivent être révisées à tous les cinq ans par un comité parlementaire, la dernière réforme date de 1997. Le *Comité sénatorial permanent des banques et du commerce* a complété cet exercice et remis son rapport, comportant des recommandations de modifications législatives⁷⁵; il semble toutefois que l'instabilité actuelle du gouvernement fédéral ne favorise pas la complétion de ce processus menant à une réforme du droit^{75a}.

⁷⁵ CANADA, Sénat, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, « Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : examen de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », dans *Journal du Sénat* (4 novembre 2003), document parlementaire n° 2/37-784S (ci-après cité « Rapport du Comité sénatorial »).

^{75a} Après la remise du présent article à l'éditeur, le législateur fédéral a rendu public le projet de loi suivant : P.L. C-55, *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, sanctionné le 25 novembre 2005, 1^{re} session, 38^e législature (ci-après cité « P.L. C-55 »). Cette loi, qu'il ne nous appartient pas de commenter en ces pages, nous semble fortement dictée par les impératifs d'un gouvernement minoritaire. En effet, lorsqu'elle entrera en vigueur, il est à prévoir qu'elle provoquera un bouleversement considérable des habitudes de crédit, au détriment des sûretés dont bénéficient normalement les institutions financières et, par conséquent, créant le risque de réduire l'accès au crédit à des coûts minimes. En outre, le P.L. C-55 prévoit des modifications substantielles à la législation actuellement en vigueur, afin, notamment, d'octroyer aux salariés une charge prioritaire. Également, des financements assortis de charges prioritaires en faveur des syndicats, contrôleurs et prêteurs intérimaires, assujetties à l'enregistrement, pourraient être autorisés par le tribunal, et ce, tant en contexte d'avis d'intention de faire une proposition concordataire qu'en contexte de faillite, sous l'empire de la *Loi sur la faillite*, ou dans un contexte d'arrangement, sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*. Voir notamment les articles 24-26, 36, 42, 67, 70, 101(2) et 128 P.L. C-55. De même, on ignore quelle sera la nouvelle portée de la juridiction inhérente sous la LACC aux termes du P.L. C-55. Cette réforme n'est pas encore entrée en vigueur. On peut souhaiter que le Parlement procède à des changements substantiels au P.L. C-55 avant d'en prononcer la mise en vigueur. Il s'agit en effet d'une loi à notre avis très discutable et indésirable pour l'économie canadienne, dans sa facture actuelle. Voir, enfin, les commentaires de Jacob ZIEGEL, « The Travaux of Bill C-55 », (2005) 42 *Can. Bus. L.J.* 440.

Le Rapport du Comité sénatorial prévoit la constitution de financements débiteur-exploitant assortis d'une charge prioritaire. En résumé, on propose d'adapter les critères qui se dégagent de la jurisprudence actuelle en cette matière. On rejette les critères du droit américain, nécessitant entre autres que tout créancier antérieur qui se verrait déclassé, se voit conféré une « protection suffisante » (« *adequate protection* ») permettant de préserver la valeur économique de sa sûreté. Avant de rejeter cette solution américaine, nous croyons qu'il y aurait lieu de poursuivre cette réflexion plus loin. Le Rapport du Comité sénatorial ne reflète certainement pas une vision unanime de tous les intervenants du milieu. De toute façon, à cet égard, il n'existait pas d'unanimité entre les différents intervenants qui ont présenté un mémoire lors des audiences du Comité⁷⁶.

L'Association des banquiers canadiens a, pour sa part, exprimé le souhait que les financements débiteur-exploitant soient limités aux restructurations de grandes entreprises sous l'empire de la LACC, car autrement les coûts du crédit en seraient affectés⁷⁷. Nous serions tentés d'ajouter que le seuil de cette loi, permettant à toute entreprise ayant un endettement minimal de 5 millions de dollars, devrait probablement être révisé à la hausse. Aujourd'hui, nombre de petites et moyennes entreprises (« PME ») disposent d'un endettement supérieur à ce montant. Le résultat pratique est que l'on tente désormais de faire bénéficier à certaines PME du régime de la LACC, alors qu'elles devraient clairement tomber sous le coup des dispositions visant le concordat de la LFI. Cela engendre une incertitude grandissante, en raison de l'interprétation libérale de la LACC et de l'absence apparente de règles claires. À notre connaissance, il n'existe pas de recommandation formulée en ce sens.

*
* *

Notre exposé démontre, si besoin était, la complexité du droit en matière de réorganisations commerciales. Si le financement d'une entreprise insolvable mais encore viable, durant la période intéri-

⁷⁶ Rapport du Comité sénatorial, *loc. cit.*, note 75, 116-119. Le P.L. C-55 va encore plus loin dans ce sens que ce qui était recommandé par le Comité sénatorial.

⁷⁷ CANADIAN BANKER ASSOCIATION, « Examination of the Administration and Operation of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies Creditors Arrangement Act », soumis au Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, Juin 2003 [non publié], p. 5 et 6.

maire précédant la présentation d'un plan d'arrangement à ses créanciers, peut être souhaitable dans bien des cas, il n'en reste pas moins que des balises législatives claires auront pour effet de lever tous les doutes à cet égard, favorisant ainsi la stabilité du droit et des relations commerciales, les parties pouvant compter sur une interprétation prévisible des normes juridiques édictées.

À cet égard, et quelle que soit la réforme éventuelle en la matière, il nous semble qu'il faudra repenser le rôle et le mode d'intervention des tribunaux, à la lumière de l'arrêt *Stelco Inc.* de la Cour d'appel de l'Ontario, de l'arrêt *Lac d'Amiante* de la Cour suprême du Canada, et des articles 8.1. et 8.2 de la *Loi d'interprétation*. La compétence inhérente et la discrétion judiciaire ne sont pas, elles non plus et à l'instar de la *Loi sur les arrangements*, des notions désincarnées de tout autre fondement juridique. Bien qu'ils disposent d'une certaine liberté pour dire et créer le droit, les tribunaux jouissent néanmoins d'une liberté encadrée et circonscrite. Le droit substantif est l'œuvre du législateur, surtout en droit civil. La réforme du droit, articulée, œuvre de compromis, passe inévitablement par le processus législatif. Les tribunaux doivent s'en faire les gardiens.

Chroniques sectorielles

Islam et droits fondamentaux

Les enjeux qui sous-tendent le relativisme culturel des droits humains, les cas de la *Charte arabe des droits de l'Homme* et de la *Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme*

Osire GLACIER

Doctorante à l'Université McGill et à l'Institut islamique

L'un des débats importants qui anime actuellement le domaine des droits humains est l'opposition entre le concept de l'universalité des droits et celui du relativisme culturel. Ainsi selon l'approche universaliste, tous les êtres humains ont les mêmes droits¹:

Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Or, cette conception des droits est parfois perçue comme de l'impérialisme culturel :

*It is extremely important to be sensitive to the dangers of cultural imperialism, whether it is a product of colonialism, a tool of international economic exploitation and political subjugation, or simply a product of extreme ethnocentricity. Since we would not accept others imposing their moral standards on us, we should not impose our own moral standards on them.*²

En d'autres mots, comme chaque civilisation a ses spécificités culturelles et/ou religieuses, il n'y aurait pas une mais plusieurs définitions universelles des droits humains. Toutes choses égales par ailleurs,

¹ *Déclaration universelle des droits de l'Homme* des Nations Unies, art. 2, al. 1, disponible sur Internet à l'adresse suivante : [<http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm>] (ci-après citée la « Déclaration universelle »).

² Abdullahi Ahmed AN-NAÏM (dir.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, p. 38 (1991).

sur le plan des instruments internationaux de protection des droits humains, ce relativisme des droits humains s'est traduit par l'apparition d'un ensemble de chartes et de déclarations à caractère local. Pour en citer quelques-unes, mentionnons la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, la *Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*, la *Charte arabe des droits de l'Homme*³ et la *Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme*⁴.

Précisons tout de suite que notre champ d'analyse se limitera à la Charte arabe et à la Déclaration islamique qui, dans le monde arabo-musulman, sont les seules à bénéficier d'une certaine reconnaissance internationale. De plus, la Charte et la Déclaration se complètent dans la mesure où l'une proteste en premier lieu contre l'ordre politique mondial, tandis que l'autre s'attaque de surcroît aux aspects économiques de cet ordre.

Par la présente étude, nous souhaitons, d'une part, soulever les enjeux qui sous-tendent le relativisme culturel revendiqué par la Charte et par la Déclaration et, d'autre part, souligner les conséquences de cette revendication culturelle pour les droits humains, dans le but de montrer que ce relativisme culturel est avant tout un produit historique. En effet, nous verrons comment la revendication culturelle qui anime la Charte et la Déclaration s'inscrit dans une revendication internatio-

nale beaucoup plus large: l'expérience relativement négative qu'a eue entre autres le peuple arabo-musulman de l'Occident. Pour reprendre des termes très souvent cités, il s'agit de colonialisme, d'impérialisme, de mondialisation, d'occidentalisation croissante, voire de destruction militaire. Dès lors, les droits de la personne paraissent pour certains citoyens arabo-musulmans comme une menace supplémentaire à leurs valeurs culturelles et religieuses. Ce système des droits humains paraît d'autant plus douteux que la scène internationale semble reléguer le ressortissant arabo-musulman au statut de citoyen de deuxième classe. Or, si le recours au nationalisme arabe ou encore à un Islam radical tente, au niveau international, de restituer au citoyen arabo-musulman sa dignité humaine, au niveau national, tant la Charte arabe que la Déclaration islamique s'accompagnent de restrictions majeures en ce qui concerne les droits humains. En effet, la Charte et la Déclaration adoptent comme source de droit la loi islamique. Or, cette loi, telle qu'elle est souvent définie par l'élite dirigeante, s'accompagne de violations des droits humains au moins à trois niveaux, soit quant aux droits humains des femmes, au droit à la liberté religieuse et au traitement dégradant sous forme de châtiments corporels dans le système pénal musulman. Mais avant d'examiner ces violations, nous nous proposons dans un premier temps de faire une

³ Ci-après appelée la «Charte arabe» ou «la Charte».

⁴ Ci-après appelée la «Déclaration islamique» ou «la Déclaration».

brève présentation de la Charte arabe et de la Déclaration islamique.

I. Présentation de la Charte arabe et de la Déclaration islamique

Préalablement, il s'avère pertinent de présenter le contexte socio-historique sous-jacent à l'apparition de la Charte arabe et de la Déclaration islamique.

A. Le contexte socio-historique

1. La Ligue arabe

Un mouvement de régionalisme caractérise les années cinquante dans diverses parties du globe. Ce faisant, des États issus de la même culture et partageant des intérêts communs ont fondé des organisations régionales pour faire face aux nombreux défis contemporains. Ce fut entre autres le cas pour les pays d'Amérique, les pays européens et les pays africains. Dans le contexte arabe, les tentatives de fonder une organisation régionale ont abouti à la création de la Ligue arabe en 1945⁵. La fondation de la Ligue représentait largement la réponse officielle aux demandes du public pour une certaine unité ou solidarité arabe, tel qu'exprimées lors de divers congrès et conférences pan-arabes organisés par des syndicats professionnels et des organisations politiques⁶. Mais à l'époque, il n'y avait pas de véritables discussions concernant les droits humains tels

qu'ils sont définis de nos jours. En fait, les premiers engagements de la Ligue arabe dans le domaine des droits humains concernaient principalement la libération et le droit à l'autodétermination des Arabes vivant sous l'occupation coloniale. Il va sans dire que dès ses débuts, la Ligue s'est particulièrement intéressée, et s'intéresse toujours, à la question palestinienne. Plus tard, l'intérêt accru accordé aux droits humains, aussi bien au niveau national qu'au niveau international, a encouragé la Ligue arabe à s'engager davantage dans ce domaine. Ainsi, suivant les recommandations des Nations Unies, la Ligue a créé, en 1967, un comité régional des droits humains, ce qui a amené la fondation de la Commission arabe permanente des droits humains où tous les pays arabes sont représentés, y compris l'Organisation de la libération de la Palestine. Grâce aux efforts de cette Commission, la région a tenu sa première conférence sur les droits humains en 1968. Plus tard, en 1994, à la veille des festivités du 50^e anniversaire de la création de la Ligue, l'adoption de la *Charte arabe des droits de l'Homme* par le conseil de la Ligue des États arabes, marque une étape importante dans l'évolution de la position de la Ligue vis-à-vis des droits de la personne.

⁵ Ibrahim AL-JAZY, « The Arab League and Human Rights Protection », dans Eugene COTRAN et Adel Omar SHERIF (dir.), *Democracy, the Rule of Law and Islam*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 213.

⁶ Youssef CHOUEIRI, *Arab Nationalism: a History, Nation and State in the Arab World*, Malden, Blackwell Publishers, p. 107-111 (2000).

2. Le Conseil islamique d'Europe

La Ligue des États arabes n'est toutefois pas la seule organisation à exprimer la volonté du monde arabe d'harmoniser sa politique dans tous les domaines. Il en est de même, par exemple, du Conseil islamique d'Europe. Ce Conseil, localisé à Londres, est une organisation privée affiliée à la Ligue du monde musulman⁷. Cette dernière a été fondée en 1962 en Arabie Saoudite⁸. Il s'agit d'une organisation non gouvernementale dont le but est de promouvoir l'unité musulmane. Notons ici que cette organisation représente les opinions, et donc les intérêts, des Musulmans conservateurs. Ceci dit, ses efforts de promotion se manifestent à la fois par des tentatives d'élaboration d'un consensus entre Musulmans concernant la gestion de leurs affaires internes, mais aussi par des tentatives d'élimination des images négatives de l'Islam et des Musulmans dans la communauté mondiale.

Il va sans dire que, dans le domaine des droits humains, les juristes musulmans ont senti de fortes pressions provenant de la scène mondiale contemporaine pour formuler une position islamique concernant les droits humains, surtout au commencement du XV^e siècle de l'ère musulmane⁹. Cette formulation a donné la Déclaration islamique universelle. Comme le précise le secrétaire général du Conseil

islamique d'Europe, cette Déclaration a été élaborée par de grands juristes et théologiens représentant divers mouvements islamiques, travaillant toutefois tous dans le cadre d'une organisation privée. Autrement dit, cette Déclaration n'est pas un document intergouvernemental; elle bénéficie tout de même d'un statut international, notamment grâce à la reconnaissance de l'UNESCO où elle a été solennellement présentée en 1981.

Ainsi, la Ligue arabe a été fondée dans le contexte colonial des années '40, tandis que le Conseil islamique d'Europe a été créé dans un contexte post-colonial. Avant d'étudier les conséquences de ces contextes sur la formulation de la Charte arabe et celle de la Déclaration islamique, il s'avère pertinent, d'une part, de présenter les articles de la Charte et ceux de la Déclaration et, d'autre part, de souligner la problématique de lecture que soulèvent ces articles.

B. La présentation et la lecture des articles

1. La Charte arabe

La Charte arabe est composée de 43 articles, organisés en quatre parties. La première partie traite du droit à l'autodétermination des peuples, affirmant par là la condamnation de l'occupation et de la domination étrangère et, par extension, du racisme et du sionisme. La

⁷ Eva BREMS, *Human Rights: Universality & Diversity*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, 2001, p. 242.

⁸ [www.saudinf.com].

⁹ C.G. WEERAMANTRY, «Islam & Human Rights», dans Mahmood TAHIR (dir.), *Human Rights in Islamic Law*, New Delhi, Genuine Publications, 1993, p. 23.

deuxième partie (art. 2 à 39) traite quant à elle des droits fondamentaux des individus, entre autres le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité, à un procès équitable, au respect de la vie privée, à la personnalité juridique, à la participation politique à la vie de son pays, à la liberté de réunion et d'association, à la liberté d'opinion et de conscience, à l'éducation et au travail et le droit de prendre part à la vie culturelle de son pays. Quant à la troisième partie (art. 40 et 41), elle organise la création du Comité d'experts des droits de la personne. Enfin, la quatrième partie (art. 42 et 43) réglemente les conditions de la ratification de la Charte.

Soulignons ici que nous partageons, avec Maurice Borrmanms, l'idée selon laquelle la Charte arabe présente de nombreuses valeurs communes avec la Déclaration universelle des Nations Unies. En effet, il souligne à juste titre que le principe fondamental de « liberté, égalité et fraternité » énoncé par l'article premier de la Déclaration universelle se retrouve à plusieurs reprises dans la Charte arabe, comme par exemple, à l'article 2 :

Chaque État partie à la présente Charte s'engage à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa juridiction tous les droits et toutes les libertés proclamés dans la présente Charte, sans distinction aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la

*religion, l'opinion politique, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et sans aucune discrimination entre les hommes et les femmes.*¹⁰

Ajoutons pour notre part qu'étant donné le lien historique entre la Ligue arabe et les Nations Unies, ces convergences de principe entre la Charte arabe et la Déclaration universelle ne sont pas étonnantes en soi. D'ailleurs, le septième paragraphe du préambule de la Charte affirme « [son] attachement aux principes énoncés dans la Charte de l'Organisation des Nations Unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme [...] ».

Toutefois, si les États membres de la Ligue arabe affirment leur attachement aux divers instruments internationaux de protection des droits humains, ils affirment également leur attachement à la Déclaration du Caire comme le précise la fin du paragraphe cité ci-dessus : « leur attachement aux principes énoncés dans [...] la Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en Islam ». Or, une telle affirmation pose un sérieux problème de compatibilité de conceptions des droits humains, comme le fait d'ailleurs remarquer Al-Midani dans la conclusion de son article : « Mais le fait d'associer ces textes [...] pose la question de la compatibilité ou non de leurs normes protégeant les droits humains »¹¹. Ce faisant, cette

¹⁰ Maurice BORRMANN, *Islam et droits de l'Homme : les Déclarations*, conférence donnée à l'Université catholique de Milan lors du séminaire organisé par le département de Sciences politiques sur les droits de l'Homme, les 3 et 4 décembre 1998 [www.acat.asso.fr/courrier/docs/islam_221.htm].

¹¹ Mohammed Amin AL-MIDANI, *La Charte arabe des droits de l'Homme*, Jura Gentium, Centre for Philosophy of International Law and Global Politics, [http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/it/surveys/islam].

Charte soulève un problème majeur de lecture. Pour illustrer nos propos, nous prendrons trois exemples : les difficultés de lecture suscitées par les droits humains des femmes, le droit à la liberté religieuse et, enfin, le système des châtiments corporels.

Les articles de la Charte arabe présentent en premier lieu une perception contradictoire des droits humains des femmes. Ainsi, l'article 2 rejoint les aspirations d'égalité entre les genres recommandées par les Nations Unies, voire les dispositions de la CEDAW¹² :

2. *Chaque État partie à la présente Charte s'engage à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa juridiction tous les droits et toutes les libertés proclamés dans la présente Charte, sans distinction aucune fondée sur [...] le sexe [...] et sans aucune discrimination entre les hommes et les femmes.*

En d'autres mots, cette disposition garantit aux femmes arabo-musulmanes une égalité de droits et une protection contre toutes discriminations basées sur le sexe. Mais paradoxalement, l'article 12, qui postule que « [l]a peine de mort ne peut être exécutée contre [...] une mère allaitante jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans après la naissance de l'enfant », nous renvoie de façon très subtile à une conception traditionnelle des devoirs des femmes, et donc à une conception rétrograde de leurs droits. En

effet, cet article renvoie au verset coranique 2:233¹³ qui dispose que « les mères [...] allaiteront leurs bébés deux ans complets [...] ». Or, l'interprétation juridique dominante d'un tel verset se traduit par l'obligation légale de la mère d'allaiter ses enfants dans la mesure du possible¹⁴. Autrement dit, nous sommes en présence d'une conception traditionnelle des devoirs des femmes, et donc de leurs droits. Et nous le sommes d'autant plus que la Charte arabe témoigne son attachement à la Déclaration du Caire qui précise à cet égard :

6. *a) La femme est l'égal de l'homme au plan de la dignité humaine. Elle a autant de droits que de devoirs. [...]*
b) La charge d'entretenir la famille et la responsabilité de veiller sur elle incombent au mari.

Or, cette formulation « avoir autant de droits que de devoirs », signifie tout bonnement que les femmes arabo-musulmanes bénéficient d'une égalité de principe, mais elles sont privées de l'égalité des droits.

De façon similaire, le droit à la liberté religieuse présente les mêmes difficultés de lecture. Ainsi, l'article 27 de la Charte postule que « [t]oute personne, quelle que soit sa religion, a le droit de pratiquer sa foi. Elle a aussi le droit de manifester sa conviction par le culte, les pratiques et l'enseignement sans porter atteinte aux droits d'autrui [...] ». Cet article semble évoquer l'article 18 de la Déclaration universelle :

¹² *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (ci-après appelée la « Convention à l'égard des femmes »).

¹³ *Le Saint Coran*, Médine, Les Presses du complexe du Roi Fahd, 1980, p. 37.

¹⁴ Comme l'exige par exemple l'article 54, al. 4 du nouveau *Code de la Famille* au Maroc.

18. *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.*¹⁵

Mais si une telle similitude peut laisser croire que le droit à la liberté religieuse est inconditionnel selon la Charte arabe ; en réalité, il en est autrement puisque le même article ajoute des restrictions à ce droit : « [...] L'exercice de la liberté de pensée, de conscience et d'opinion ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi ». Mais de quelle loi s'agit-il ? À en croire le préambule qui postule : « Poursuivant l'accomplissement des principes immuables établis par le droit musulman [...] », il s'agit de la loi islamique. De plus, l'article 22 de la Déclaration du Caire, que la Charte arabe respecte, nous apprend que « [t]out homme a le droit d'exprimer librement son opinion pourvu qu'elle ne soit pas en contradiction avec les principes de la charia [la loi islamique] ». Il nous semble pertinent de souligner ici que la loi islamique telle qu'elle a été produite par l'élite dirigeante impose de sérieuses restrictions à l'exercice de la liberté religieuse :

Sur le plan de la protection de la société islamique et de la religion contre toute insolence, l'exercice de la liberté d'expression ne doit nullement porter atteinte ni à l'Islam ni aux Musulmans. Une peine déterminée par la charia ou

*par le juge doit être infligée à ceux qui abusent de cette liberté accordée uniquement pour faire le bien et éviter le mal sur le plan individuel et collectif.*¹⁶

Autrement dit, à l'instar des droits humains des femmes, le droit à la liberté religieuse selon la Charte arabe se situe entre deux pôles contradictoires : l'un, universaliste, qui suppose que ce droit est inviolable, et l'autre, religieux, qui impose de nombreuses restrictions à ce droit.

Mais s'il est aisé de relever les contradictions de lecture que présente la Charte arabe concernant les droits humains des femmes et la liberté religieuse, il en est tout autrement pour le sujet controversé du système des châtements corporels sous l'Islam, telles l'amputation des mains pour vol et la flagellation pour adultère. En effet, l'article 13 de la Charte prévoit : « Les États parties protègent toute personne résidant sur leur territoire contre toute forme de torture mentale ou physique ou mentale, ou traitement cruel, inhumain – ou dégradant ». Or, s'il est clair que cet article condamne toute forme de torture et de traitement cruel, inhumain ou dégradant, il n'est toutefois pas clair si la définition du traitement cruel, inhumain et dégradant inclut, par exemple, l'amputation des mains pour vol ou encore la flagellation en cas d'adultère. Il est d'autant plus légitime de souligner cette ambiguïté que nous avons vu précédemment que la Charte arabe oscille entre une approche

¹⁵ Précitée, note 1.

¹⁶ Suliman Ibn Abdal Rahman AL HUKAIL, *Les droits de l'Homme en Islam et la réfutation des préjugés soulevés contre l'Islam*, Ryad, Dar Ashbilia, 1999, p. 65.

universaliste des droits et une approche religieuse.

2. La Déclaration islamique

La Déclaration islamique est composée de 23 articles qui ont tous un titre énonçant le droit dont il est question. Ainsi, par exemple, l'article 1 qui s'intitule « Droit à la vie » traite de ce droit. Pour rendre compte de l'esprit de la Déclaration, citons quelques-uns de ces droits. En plus du droit à la vie, nous retrouvons entre autres le droit à la liberté, le droit à l'égalité et la prohibition de toute discrimination, le droit à la justice, le droit à un procès équitable, le droit à la protection contre la torture, le droit des minorités, le droit à la liberté des croyances, de pensée et de parole, le droit à la liberté religieuse, le droit de libre association, le droit de fonder une famille et le droit à l'éducation.

Si le titre de ces droits semble rejoindre les droits énoncés dans la Déclaration universelle, le contenu de ces droits présente de sérieuses divergences avec les principes des droits humains tels qu'ils sont définis par les Nations Unies.

Soulignons en premier lieu que la Déclaration islamique se qualifie d'« islamique ». Autrement dit, elle fait référence non pas à un système laïc des droits, mais plutôt à un système religieux. D'ailleurs, la première note explicative mentionne que : « [L]e terme "loi" signifie la charia ». Or, nous remarquons que la majorité écrasante des articles renvoie aux prescriptions de la loi islamique par des formulations telles que « contraire à la loi » ou « confor-

mément à la loi », comme on peut le constater entre autres à l'article 2, al. a) : « L'homme est né libre. Aucune restriction ne doit être apportée à son droit à la liberté, sauf sous l'autorité et dans l'application normale de la Loi ». En d'autres mots, la Déclaration islamique lie explicitement ses dispositions à des considérations canoniques et religieuses. Et ce lien est d'autant plus fort que la deuxième note explicative soutient que « [c]haque des droits de l'homme énoncés dans la présente Déclaration comporte les obligations correspondantes ». Or, une telle affirmation nous renvoie à une conception religieuse des droits humains où le mot « droit » (« *haqq* »), lie étroitement le concept de « Vérité suprême » au devoir de « refléter » par tous les actes humains cette « Vérité révélée » :

Le terme haqq (droit) désigne la vérité, en tant qu'elle s'oppose à l'erreur et au faux (batil), mais aussi à la simple opinion (dann). Quand au verbe dont dérive le substantif, il connote l'idée de devoir, d'obligation, voire de nécessité, et par suite tout processus susceptible de s'exprimer par un énoncé qui lui est correspondant et par suite vrai. Mais si une forme de ce même verbe signifie disputer, au sens où il y a dispute quand au moins deux personnes prétendent à la vérité, le terme haqq désigne l'un des noms de Dieu ou l'un de ses attributs, autrement dit la Vérité par excellence, ou l'auteur de la Vérité suprême et révélée [...] L'usage coranique de la notion de droit, dans ce qu'elle a de plus proche de notre conception des droits de l'homme, lie plus profondément, dans le mot haqq la notion de droit à celle de devoir.¹⁷

¹⁷ M.A. SINACEUR, « Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme », dans Alain FENET (dir.), *Droits de l'homme, droits des peuples*, Paris, PUF, 1982, p. 222.

Avec une conception des « droits » qui lie profondément droit, vérité et devoir, il n'est pas étonnant par ailleurs de constater que la Déclaration islamique inclut comme droits humains la quête de la vérité (interprétons « Vérité révélée »), et le devoir de prescrire « le bien » et d'empêcher « le mal », c'est-à-dire le devoir de promulguer « cette Vérité » comme on peut le constater aux articles suivants :

Art. 12 b) *La recherche de la connaissance et la quête de la vérité sont non seulement un droit mais un devoir pour tout Musulman.*

Art. 14 a) *Toute personne a le droit [...] de créer des institutions et organismes destinés à prescrire ce qui est bien (ma'ruf) et à empêcher ce qui est mal (munkar).*

Or, une telle conception des droits humains relève de deux structures fondamentales de la foi musulmane, soit la supériorité de « *ilm au juhl* », de la « Vérité révélée » à l'ignorance, c'est-à-dire tout ce qui s'écarte de cette vérité et, d'autre part, la supériorité acquise par *al-jihad*, la lutte pour la foi islamique. Citons à ce sujet Gilbert Grandguillaume :

L'opposition ilm-juhl, en son sens radical, la notion de savoir ou science concerne essentiellement la connaissance de la vraie religion, de la voie unique inspirée par Allah à son prophète Mohammed. C'est en ce sens qu'elle est souvent citée dans le Coran, c'est dans ce texte qu'elle a reçu une valeur sacrée. Son antithèse est la notion d'ignorance qui est essentiellement l'ignorance de la vraie foi, telle qu'elle apparaît dans la qualification de Jahiliya, appliquée à la période qui précède l'Islam [...] Le

*terme de Jihad désigne le fait de lutter pour la foi [...] Mais c'est surtout la lutte positive qui est visée et attestée à travers cette notion tout au long de l'histoire.*¹⁸

Compte tenu des raisons mentionnées ci-dessus, la Déclaration islamique nous offre une conception religieuse, et donc une toute autre lecture de ses dispositions. Pour illustrer nos propos, nous reprendrons les mêmes exemples que pour la Charte arabe, soit les droits humains des femmes, le droit à la liberté religieuse et le système des châtiments corporels sous l'Islam.

En premier lieu, l'article 19, al. h) dispose : « Au sein de la famille, les hommes et les femmes doivent se partager leurs obligations et leurs responsabilités selon leur sexe [...] » Ce faisant, si l'article 5, al. a) de la CEDAW stipule :

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour :

a) *Modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes.*

La Déclaration islamique quant à elle affirme que les femmes et les hommes ont des responsabilités distinctes, et donc des droits distincts, sans que cette distinction des droits soit une discrimination. De façon similaire, l'article 12, al. a) témoigne de la conception islamique du droit à la liberté religieuse puisqu'il énonce : « Toute personne

¹⁸ Gilbert GRANDGUILLAUME, « Islam et politique au Maghreb », dans Olivier CARRÉ (dir.), *L'Islam et l'État dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, PUF, 1982, p. 47-50.

a le droit d'exprimer ses pensées et ses convictions dans la mesure où elle reste dans les limites prescrites par la Loi [...]» sans que ces limites soient considérées comme un manquement à la liberté religieuse. Enfin, en ce qui concerne les châtiments corporels dans le système pénal musulman, l'article 1, al. a) nous apprend que « [l]a vie humaine est sacrée et inviolable et tous les efforts doivent être accomplis pour la protéger. En particulier, personne ne doit être exposé à des blessures ni à la mort, sauf sous l'autorité de la Loi [...]». Autrement dit, selon la Déclaration islamique, les blessures qui sont infligées, par exemple, dans le cadre de son système pénal ne seraient pas une forme de traitement cruel, inhumain et dégradant.

Par conséquent, si la Charte arabe oscille entre la conception universaliste et la conception relativiste des droits humains, la Déclaration islamique quant à elle présente une conception religieuse des droits humains. À ce stade, il s'avère pertinent de nous interroger sur les courants qui animent à la fois cette oscillation vers une conception relativiste des droits humains et cette résistance religieuse à la conception universaliste de ces droits. C'est ce que nous nous proposons d'étudier maintenant.

II. Les enjeux sous-jacents à la formulation de la Charte arabe et de la Déclaration islamique

A. La Charte arabe

Pour mieux comprendre les enjeux qui sous-tendent la Charte arabe, nous proposons préalablement de jeter un bref coup d'œil à la *Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*¹⁹. Mentionnons d'abord que cette Convention a été produite par le Conseil de l'Europe en 1950, c'est-à-dire par des puissances coloniales à une époque où certaines d'entre elles exerçaient encore leur domination sur de nombreux pays arabes et nord-africains. Nous déduisons entre autres de l'article 7, al. 2 de cette Convention que les pays membres du Conseil de l'Europe se considèrent comme des nations civilisées : « d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Or, parler de nations civilisées sous-entend l'existence de peuples sauvages, ou mieux, de nations non civilisées. Ainsi, comme le fait remarquer Alain Finkielkraut²⁰ en parlant du rapport que l'Occident entretient avec les populations non européennes, « un "arbitraire culturel" s'arroge le monopole de la légitimité, dévalorise les modes de pensée, les savoir-faire et les arts de vivre qui ne sont pas les siens, et les rejette dans les ténèbres de la sauvagerie ou de l'ignorance ». Et c'est pour

¹⁹ Ci-après appelée la « Convention européenne ».

²⁰ Alain FINKIELKRAUT, *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987, p. 79.

faire face à cet ethnocentrisme, et à toute la dévalorisation culturelle qu'il engendre, que la Charte arabe glorifie la civilisation arabe et son héritage musulman, comme on peut le constater d'ores et déjà au premier paragraphe de son préambule : « Proclamant la foi de la nation arabe dans la dignité de l'Homme, du jour où Dieu a privilégié cette nation en faisant du monde arabe le berceau des religions révélées et le foyer des civilisations [...] ».

Il s'avère intéressant de noter ici que l'arabisme n'est pas dissociable de l'Islam :

*On est tenté, souvent de présenter la vie politique arabe, au Moyen-Orient, comme inspirée des années cinquante par le nationalisme arabe, puis à partir de 1967, par l'islamisme [...] Aussi est-il commode certes, mais difficile en réalité, de discerner entre l'arabisme et l'islamisme dans la succession des décennies depuis l'après-guerre. L'Islam est présent; et bien présent dans les pays arabes et dans leurs codes.*²¹

Mais si l'Islam est bien présent dans la Charte arabe, comme on l'a vu précédemment, le nationalisme arabe l'est également comme peut en témoigner la formulation « Dieu a privilégié cette Nation [...] » mentionnée dans son préambule. Certes, un certain degré de nationalisme peut avoir des effets bénéfiques pour les individus, les nations et la communauté internationale, ne serait-ce que parce qu'à l'instar de l'affirmation de soi, une affirmation culturelle saine apporte à l'humanité

toute la diversité des modes de pensées et des modes de vie qui peuvent exister à l'échelle planétaire :

*National pride is comparable, from a psychological standpoint, to the good narcissistic image that the child gets from its mother and proceeds, through the intersecting play of identification demands emanating from both parents, to elaborate into an ego ideal.*²²

Toutefois, à l'instar d'un ego blessé, un nationalisme exacerbé ou une survalorisation culturelle et/ou religieuse peuvent être symptomatiques d'une fierté nationale blessée, voire agressée par les forces contemporaines internationales. Et dans le cas du nationalisme arabe, de nombreuses dispositions de la Charte arabe nous renseignent amplement sur la nature des blessures et agressions extérieures qu'il a essuyées. À ce propos, citons seulement l'article 1 de cette Charte : « a) Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes [...] b) Le racisme, le sionisme, l'occupation et la domination étrangère sont un outrage à la dignité humaine [...] ». Autrement dit, derrière le nationalisme arabe se cache la protestation d'un ordre mondial avilissant, puisqu'il prive, ou a privé, certains peuples de leur droit à l'autodétermination, et les nationaux de certains pays, de leur dignité humaine.

En effet, tout en se plaçant au sommet des civilisations, l'ethnocentrisme occidental établit une hiérarchie entre les nations et, parallèlement, une hiérarchie entre

²¹ Olivier CARRÉ et Michel SEURAT, « L'Utopie islamiste au Moyen-Orient arabe », dans O. CARRÉ (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 13 et 14.

²² Julia KRISTEVA, *Nations without Nationalism*, traduit par Leon S. ROUDIEZ, New York, Columbia University Press, p. 52 (1993).

tous les citoyens à l'échelle planétaire. Ce faisant, si, selon la Convention européenne, par exemple, il y a des nations civilisées et des nations non civilisées, il y a les citoyens des nations civilisées, d'une part, et les citoyens des nations non civilisées, d'autre part, c'est-à-dire « les autres », comme on le verra dans l'exemple ci-dessous. Or, réduire un ensemble de citoyens à « l'Autre » n'est en fait qu'une forme de déshumanisation. Et ceci est d'autant plus grave qu'ainsi déshumanisés, ces citoyens voient leur dignité humaine plus aisément bafouée : « *Whether operating as initial justification or as subsequent rationalization, the tendency to dehumanize "different" societies and persons underlies much of the exploitation and oppression of one society by another [...]* »²³. Ainsi, par exemple, si l'un des buts déclarés de la Convention européenne est, comme le mentionne le préambule, « [d']assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés », cette reconnaissance et cette application universelles des droits ne s'étendent pas à tous les citoyens, mais seulement à certains d'entre eux. Pour étayer nos idées, nous empruntons un exemple à Aldeeb Abu-Sahlieh qui cite l'article 56 de la Convention européenne :

1. Tout État peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil

de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales.

*3. Dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales.*²⁴

Autrement dit, les États membres du Conseil de l'Europe sont autorisés à ne pas étendre l'application de la Convention dans les territoires qui sont extérieurs à la métropole. Nous concluons donc, comme Abu-Sahlieh, que ces États peuvent considérer les nationaux de certains pays comme des citoyens de deuxième classe : « [...] *these States can classify certain human beings as second class, depriving them of the protection of their human rights* ».

Derechef, pour protester contre l'existence tacite de citoyens de deuxième classe à l'échelle planétaire, la Ligue arabe propose une valorisation de l'identité arabe comme on peut le déduire notamment de l'article 35 de la Charte arabe qui affirme que « [t]out citoyen a le droit de vivre dans un milieu intellectuel et culturel qui glorifie les idéaux de la nation arabe et le respect des droits de l'Homme [...] ». Interprétons que les citoyens arabes ont le droit de vivre leur identité culturelle sans avoir à subir les humiliations dues à une quelconque domination étrangère, une dévalorisation culturelle ou une marginalisation

²³ A.A. AN-NAÏM (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 24.

²⁴ ABU-SAHLIEH, « Muslims and Human Rights: Challenges and Perspectives », dans Wolfgang SCHMALE (dir.), *Human Rights and Cultural Diversity*, Goldbach, Keip Publishing, 1993, p. 240.

dans la communauté internationale. Par conséquent, l'adoption par la Ligue arabe de sa propre Charte des droits humains exprime avant tout une protestation envers l'ordre mondial. Mais si la Charte arabe proclame une valorisation de l'héritage arabo-musulman pour faire face à toutes formes de domination étrangère, la Déclaration islamique quant à elle propose un retour à un Islam radical sauf qu'ici, il s'agit de surcroît d'une protestation envers l'ordre économique mondial jugé contraire aux valeurs spirituelles de l'Islam comme on le verra ci-après.

B. La déclaration islamique

Si le préambule de la Déclaration universelle affirme que la plus haute aspiration de l'être humain est « l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère », le préambule de la Déclaration islamique nous fait remarquer que cette aspiration n'a pas été satisfaite : « Considérant que l'aspiration séculaire des hommes à un ordre du monde plus juste où les peuples pourraient vivre, se développer et prospérer dans un environnement affranchi de la peur, de l'oppression, de l'exploitation et des privations est loin d'être satisfaite ». D'ailleurs, de nombreux défenseurs de l'approche théocratique des droits humains ne manquent pas de le souligner. Ainsi, par exemple, Abul A'La Maududi avance que : « *In the middle of the present century, the United Nations made a Declaration*

of universal human rights [...] Yet, human rights have been violated and trampled upon at different places, and the United Nations has been a helpless spectator »²⁵. Selon le Conseil islamique, l'incapacité des Nations Unies d'assurer la protection des droits humains, et en l'occurrence des droits économiques à l'échelle planétaire, se traduit par l'existence massive des privations. Et ces privations paraissent d'autant plus aberrantes qu'elles ne sont pas dues à un manque de ressources, mais plutôt à un problème de distribution des richesses entre les peuples et entre les individus, comme on peut le déduire du préambule de la Déclaration islamique : « les moyens de subsistance économique surabondants dont la miséricorde divine a doté l'humanité sont actuellement gaspillés, ou inéquitablement ou injustement refusés aux habitants de la terre [...] ». Or, qui dit problème de distribution, dit primauté des intérêts d'une minorité économiquement puissante au détriment de la dignité de la majorité qui, le plus souvent, n'a que sa force de travail à vendre pour survivre. Et c'est entre autres contre un tel ordre économique que la Déclaration islamique s'élève en proposant un retour radical aux valeurs de partage de l'Islam.

La Déclaration islamique a consacré une longue disposition à « l'ordre économique et [aux] droits qui en découlent ». Ainsi, l'article 15, al. a) postule : « Dans leur activité économique, toutes les personnes ont

²⁵ Abul A'La MAUDUDI, « Human Rights, the West & Islam », dans M. TAHIR, *op. cit.*, note 9, c. 1, p. 1.

droit à tous les avantages de la nature et de toutes ses ressources. Ce sont des bienfaits accordés par Dieu au bénéfice de l'humanité entière ». Mais pour que les avantages de la nature et de toutes ses ressources soient accessibles à l'humanité entière, au lieu d'être le privilège d'une minorité, à savoir les détenteurs du capital, de nombreux juristes, défenseurs de l'approche théocratique des droits humains, préconisent l'instauration d'une constitution véritablement islamique. D'ailleurs, l'une des recommandations faite aux États par l'Union des avocats arabes est « [la] nécessité de déployer de nouveaux efforts en vue d'appliquer le régime et la réglementation islamiques s'appuyant sur les principes islamiques, au lieu du régime économique actuel, considéré comme un reliquat du colonialisme passé, car le régime islamique constitue le seul espoir de sauver l'humanité de l'exploitation sociale et économique [...] »²⁶. Bien entendu, comme les constitutions en vigueur sont considérées comme un produit du colonialisme, le Conseil islamique a proposé en 1983 un modèle de constitution conforme aux valeurs islamiques²⁷. Nous y retrouvons, selon nous, les mêmes conceptions de distribution des richesses que celles énoncées à l'article 15, al. a) de la Déclaration islamique, comme on peut le déduire de l'article 47 :

The economic order [...] shall seek to mobilize and develop the human and

material resources of society, in a planned and harmonious manner, to satisfy the spiritual, material and social needs of all members of the community.

Cependant, pour qu'une telle distribution des richesses entre les membres de la société soit possible, il est nécessaire d'opérer un déplacement des intérêts des particuliers, des entreprises et des institutions vers un intérêt unique, celui de la communauté, comme l'affirme l'article 15, al. e) de la Déclaration islamique : « Tous les moyens de production doivent être utilisés dans l'intérêt de la communauté (*ummah*) dans son ensemble [...] », ou encore l'article 49, al. a) de la Constitution islamique : « *All natural and energy resources belong originally to the society as do enterprises and institutions established through the public exchequer* ». Soulignons cependant que le droit à la propriété privée des moyens de production ne signifie pas pour autant le droit à la libre entreprise au sens capitaliste du terme. En effet, de nombreuses dispositions visent à restreindre toute poursuite du profit qui entraînerait en conflit avec les intérêts de la communauté. À ce sujet, citons en premier lieu l'article 15, al. d) de la Constitution islamique qui postule : « Les pauvres ont droit à une part définie de la prospérité des riches, fixée par la Zakat, imposée et collectée conformément à la Loi ». Autrement dit, en instaurant la *Zakat*,

²⁶ *Les Droits de l'Homme en Islam*, Rapport d'un Colloque international à Kuweit, décembre 1980, organisé par la Commission internationale de juristes, l'Université de Kuweit et l'Union des avocats arabes, Commission internationale de juristes, Kuweit, 1982, p. 13.

²⁷ Ibrahim Abdulla AL-MARZOUQI nous en fournit une copie dans son ouvrage, *Human Rights in Islamic Law*, Abu Dhabi, [s.n.], 2000, p. 534-550.

une forme d'impôt sur le revenu et sur les propriétés, l'État islamique interviendrait dans le libre jeu du marché pour permettre une redistribution équitable des revenus entre toutes les strates sociales. De façon similaire, l'article 15, al. f) de la Déclaration islamique dispose :

Afin de promouvoir le développement d'une économie équilibrée et de protéger la société de l'exploitation, la Loi islamique interdit les monopoles, les pratiques commerciales excessivement restrictives, l'usure, l'emploi des mesures coercitives dans la conclusion de marchés et la publication de publicités mensongères.

Cela signifie que l'État islamique pourrait intervenir dans le libre jeu du marché pour prohiber toutes formes de gains excessifs si celui-ci est contraire aux valeurs spirituelles de l'Islam voulant qu'on ne doive pas s'enrichir sans travailler, c'est-à-dire sans produire en contrepartie un service pour la communauté. Il va sans dire que l'État islamique aurait par ailleurs la responsabilité d'abolir le système capitaliste dans sa totalité, puisque ce dernier est considéré comme un système de gains excessifs à l'échelle internationale dont sont victimes les pays défavorisés et, quant à nous, la majorité des pays arabo-musulmans, comme on peut le déduire de l'article 54 de la Constitution islamique : « *The State shall take all such measures as may be necessary to terminate and prevent foreign economic domination* ».

Si, en tentant d'allier les valeurs spirituelles de l'Islam aux valeurs marchandes, le système économique

islamique est de nos jours à l'origine de modes opérationnels révolutionnaires, notamment dans les domaines bancaire et financier, il n'en reste pas moins que la volonté d'islamiser l'ordre économique correspond avant tout à la nostalgie d'un ordre socio-économique qui a été ébranlé par les forces internationales contemporaines :

Avant l'invasion de la civilisation matérialiste occidentale, pendant la période de notre décadence sociale, les gens avaient l'habitude de s'occuper les uns des autres entre parents, voisins, habitants du même quartier ou du même pays. Ils avaient l'habitude de croire fermement qu'ils étaient frères, que leur vie dans ce monde n'était que passagère, et qu'ils ne jouiraient pas des bénédictions de la vie éternelle s'ils abandonnaient les pauvres à leur misère, tout en se livrant eux-mêmes à leurs propres plaisirs [...].²⁸

De plus, cette nostalgie s'accompagne de la protestation d'un ordre économique mondial jugé responsable de l'enrichissement des uns au détriment des autres qui s'appauvrissent et, selon nous, de la majorité des pays arabo-musulmans, comme peuvent en témoigner les nombreuses allusions de la Déclaration islamique quant à l'incapacité des Nations Unies de protéger tous les êtres humains contre l'exploitation et les privations. Toutefois, si aussi bien la Charte arabe que la Déclaration islamique protestent contre l'ordre mondial contemporain en inscrivant les droits humains dans un système de valeurs culturelles et religieuses, cette inscription a des répercussions

²⁸ Anour ABDEL-MALEK, *La pensée politique arabe contemporaine*, Paris, Seuil, 1970, p. 208.

négatives sur les droits humains des citoyens arabo-musulmans.

III. Les conséquences de la loi islamique sur les droits humains

Rappelons d'abord que tant la Charte arabe que la Déclaration islamique adoptent comme source de droit la loi islamique. Or pour comprendre la problématique que soulève l'application de la loi islamique dans le domaine des droits humains, il nous paraît important de rappeler brièvement le contexte historique de cette législation. La législation islamique est née avec le premier État islamique, c'est-à-dire quand le prophète a reçu, sous forme de révélations coraniques, entre autres des décisions juridiques. Après le décès du prophète, la législation islamique a été élaborée de trois façons : par l'interprétation des textes sacrés, par l'usage de l'analogie qui permet d'obtenir une décision juridique à partir des délibérations passées sur des cas similaires et par la déduction de l'esprit de la loi divine en l'absence de texte ou d'analogie. Ainsi, le corpus de la loi islamique a été établi par un ensemble de juristes appartenant à différentes régions et traditions musulmanes environ un siècle après le décès du prophète, soit à la fin du VIII^e siècle. Depuis et malgré quelques divergences, cette loi est toujours en vigueur dans la majorité des pays musulmans. Autrement dit, nous sommes en présence d'un ensemble d'interprétations

« humaines » de sources sacrées qui ont produit une législation dans un contexte historique donné. Or, ce n'est pas ainsi que l'entend l'élite dirigeante dans cette partie du monde où le Politique, le Religieux et le Juridique sont interdépendants. En effet, selon cette élite, la loi islamique serait immuable, parce qu'elle serait la transcription juridique de la parole divine. Ce faisant, cette législation a résisté à tout changement au long des siècles, refusant par là d'intégrer dans les structures juridiques les idées et les progrès de la modernité :

*Le Coran, le Fiqh [le droit musulman] et le Hadith [les propos attribués au prophète et à ses compagnons] constituent des invariants figés dans l'immuable. Cette anti-historicité de la tradition, d'où se dégage une série de modèles stéréotypés, joue de manière fort subtile sur l'organisation sociale [...].*²⁹

Mais si cette anti-historicité joue sur l'organisation sociale, à plus forte raison joue-t-elle sur les droits humains. Précisons toutefois que dans le cadre de cette chronique, nous nous contenterons de souligner les conséquences de cette interprétation de la loi islamique sur les droits humains des femmes, sur le droit à la liberté religieuse et sur les traitements dégradants dans le système pénal musulman.

A. Les droits humains des femmes

Le verset 2:228³⁰ affirme que les femmes « ont des droits équivalents à leurs obligations, conformément à la bienséance. Mais les hommes

²⁹ Yasmina NAWAL, *Les femmes dans l'Islam*, Paris, Éditions la Brèche, 1980, p. 9.

³⁰ *Le Saint Coran*, op. cit., note 13, p. 36.

ont cependant une prédominance sur elles ». Au plan juridique, l'interprétation historique d'un tel verbatim se traduit par une inégalité des droits à tous les niveaux, et ceci, jusqu'à nos jours. À ce propos, Mohamad Mugraby s'exprimait ainsi lors du colloque relatif au mouvement arabe des droits humains tenu au Caire en 1998 : « *We have to confront, as well, the problems posed by Sharia in the Arab world today [...] The first problem is gender equality. Women are unequal in all areas of the law* »³¹. À titre d'exemple, mentionnons que, dépendamment du pays arabo-musulman dont il est question, ces inégalités de droits peuvent être entre autres l'exercice de la tutelle parentale jusqu'au jour du mariage des femmes, l'obligation de respecter un code vestimentaire, l'absence de protection contre les discriminations relatives à l'accès à l'éducation ainsi qu'au sein du système éducatif, des discriminations dans le marché du travail ainsi que la prohibition d'exercer certaines fonctions publiques et judiciaires, l'interdiction de voter, l'interdiction de conduire, des dispositions relatives au contrat de mariage qui contraignent les femmes à l'obéissance à leur époux, la polygamie, la répudiation, la perte de la garde des enfants si les femmes divorcées se remarient, et l'héritage où les femmes ne bénéficient que de la

moitié d'une part en comparaison avec un héritier masculin.

Il va sans dire que ces inégalités de droits affectent les femmes à tous les niveaux, entre autres en matière d'alphabétisme, de niveau d'éducation, d'accès au marché du travail et aux ressources économiques, d'accès aux soins de santé, de participation à la vie culturelle et politique et d'accès aux structures du pouvoir. Ce n'est donc pas étonnant de constater avec les Nations Unies que les femmes arabomusulmanes souffrent d'un sérieux manque de valorisation :

*Applying the United Nations Development Programme gender empowerment measure to Arab countries clearly reveals that the latter suffer a glaring deficit in women's empowerment. Among regions of the world, the Arab region ranks next to last; only sub-Saharan Africa has a lower score.*³²

Ceci dit, il est intéressant de noter que, selon les défenseurs du relativisme culturel et/ou religieux, la problématique des droits humains des femmes arabomusulmanes serait une fausse problématique, puisqu'elle serait plutôt le résultat d'un ensemble d'interprétations déformées par des malentendus culturels :

The image of Islam that is generally portrayed in the West carries an extremely distort picture of its great contributions towards the betterment of the lot of women [...] Islam is generally criticized for having been very

³¹ Mohamed MUGRABY, *International Aspects of the Arab Human Rights Movement, an Interdisciplinary Discussion held in Cairo in March 1998*, Human Rights Program Publications, Cambridge, Harvard Law School, p. 36 (2000).

³² UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM, Arab Fund for Economic and Social Development, *Arab Human Development Report 2002*, New York, United Nations Publications, 2002, p. 28.

*unfair to women – the veil, polygamy and divorce and numerous other inadequacies of her status are mentioned as an evidence of that. The truth of the matter is that all this criticism is based on gross misunderstandings, ignorance [...].*³³

Et même quand il y a reconnaissance de la discrimination à l'égard des femmes arabo-musulmanes, comme on peut le déduire des propos de An-Naïm³⁴ : «[...] *By granting women a lower status and sanctioning discriminatory treatment against them, Sharia denies women [...] the same degree of honor and human dignity it guarantees to Muslim men*», il n'en reste pas moins que la problématique des droits humains des femmes arabo-musulmanes n'est pas appréciée à sa juste valeur, puisqu'elle est souvent perçue comme une transcription de l'ethnocentrisme culturel occidental. À titre d'exemple, citons de nouveau An-Naïm :

*This analogy may also explain our ethnocentricity, the tendency to regard one's own race or social group as the model of human experience [...] For example, some feminists in one cultural tradition may assume that women in other cultures have [or ought to have] the same conflicts and tensions with their societies and are seeking [or ought to seek] the same answers.*³⁵

Selon notre interprétation des propos de An-Naïm, les femmes

arabo-musulmanes ne vivraient pas de conflits avec leur société et ne chercheraient pas non plus un statut meilleur. Or, ce n'est pas le cas, puisque aussi bien le Moyen-Orient que l'Afrique du Nord ont vu naître de nombreuses organisations féministes, militant entre autres pour les droits des femmes, et ceci depuis le siècle dernier. En effet, les premières organisations des femmes au Maroc, par exemple, datent de 1940, avec Akhwat al-Safa, mouvement émergeant du Parti de la Démocratie et de l'Indépendance, et avec la branche des Femmes, mouvement émergeant du Parti de l'Istiqlal, bien qu'à cette époque la priorité de ces organisations aient été la lutte pour l'indépendance. Plus tard, la société marocaine a vu apparaître d'autres formations féminines avec par exemple l'Union progressiste des femmes marocaines en 1961, l'Union nationale des femmes marocaines en 1969, l'Association démocratique des femmes marocaines en 1985, l'Union de l'action féminine en 1987, etc., organisations militant toutes pour les droits des femmes³⁶. Signalons par ailleurs qu'au cours de ces deux dernières décennies, les pays arabo-musulmans ont été le terrain de protestations féminines massives. Ainsi, par exemple, en 1990 les femmes en Arabie Saoudite ont défilé

³³ Parveen Shaukat ALI, «Equality as a Basic Human Right in Islam», dans M. TAHIR (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 144 et 145.

³⁴ Abdullahi Ahmed AN-NAÏM, «Sharia and Basic Human Rights Concerns», dans Charles KURZMAN (dir.), *Liberal Islam, a Sourcebook*, New York, Oxford University Press, p. 224 (1998).

³⁵ A.A. AN-NAÏM, *op. cit.*, note 2, p. 23.

³⁶ Laurie BRAND, *Women, the State and Political Liberalization, Middle Eastern and North African Experiences*, New York, Columbia Press, p. 46 (1998).

dans les rues pour protester contre l'interdiction qui leur était faite de conduire. De façon similaire, en 1991, les femmes égyptiennes ont défilé dans les rues, pour protester contre la dissolution de l'association féministe Arab Women's Solidarity Association. Ceci confirme que la problématique des droits humains des femmes arabo-musulmanes n'est pas une problématique qu'on pourrait commodément attribuer à un malentendu culturel. Il s'agit plutôt d'une réalité palpable qui paralyse la moitié de la population arabe, privant ces sociétés de la moitié de leur potentiel humain.

B. Le droit à la liberté religieuse

De façon similaire, les restrictions juridiques qui limitent considérablement la liberté religieuse privent les sociétés arabes de la diversité des idées qui est nécessaire à leur épanouissement intellectuel, culturel, artistique et démocratique. En effet, même si le verset 2:256 affirme « [n]ulle contrainte en religion »³⁷, l'interprétation juridique de ce verset entraîne pourtant de nombreuses limitations au droit à la liberté religieuse. Ainsi, les minorités vivant sous un État islamique ne peuvent pratiquer leurs rites que s'ils s'acquittent d'un impôt pour recevoir la protection de l'État, tel qu'il ressort du rapport du colloque international tenu au Koweït en 1980: « Les aspects de

cette protection se manifestent par l'autorisation qu'ont ces minorités de pratiquer leurs rites, [...] que leurs droits civils sont protégés de même que la constitution des familles sous réserve de payer la *djizia* »³⁸.

De plus, à l'instar du droit conditionnel accordé aux minorités d'exercer leurs cultes, le droit à l'expression religieuse est conditionnel. En effet, la liberté d'expression religieuse est « [...] entourée de règles et de critères pour la protéger contre toute déviation absurde et éviter qu'on s'en serve pour attaquer la charia »³⁹. Or, comme ces règles et critères sont établis en fonction de la construction officielle de l'Islam, de nombreux intellectuels ont été condamnés à mort pour hérésie, à leur insu. Mentionnons seulement Mahmud Muhammad Taha, penseur soudanais, qui a été pendu par Numeiri en 1985 et tous ses écrits brûlés, pour avoir simplement distingué deux composantes dans le message coranique, soit une composante atemporelle et une autre conjoncturelle⁴⁰.

Enfin, il n'est pas permis aux Musulmans d'abandonner ou de renier l'Islam par la conversion aux autres cultes. Toutefois, à l'instar de l'hérésie, l'apostasie est également définie en fonction de la construction officielle de l'Islam. De nombreux intellectuels ont ainsi été condamnés à mort pour apostasie, tout bonnement parce que leur interprétation de l'Islam s'écartait

³⁷ *Le Saint Coran*, *op. cit.*, note 13, p. 42.

³⁸ *Les Droits de l'Homme en Islam*, *op. cit.*, note 26, p. 76.

³⁹ S.I.A.R. AL HUKAIL, *op. cit.*, not 16, p. 65.

⁴⁰ ABU-SAHLIEH, *loc. cit.*, note 24, 246.

de l'interprétation officielle. Il en a été ainsi pour Nawal Saādawi⁴¹, psychiatre, auteure et activiste égyptienne en 2001 et pour Abou Zeid, penseur égyptien :

*Here, I am particularly concerned with Sharia position on the right of a Muslim to cease being Muslim, whether by converting or engaging in behavior deemed anti-religious. Consider what happened to Nasr Haled Abou Zeid who was accused of apostasy and then taken to court where divorce proceedings were initiated against his will, and that of his wife, on the basis that no Muslim woman should be married to a non-Muslim, particularly an apostate.*⁴²

Il va sans dire que de tels manquements à la liberté religieuse constituent une sérieuse entrave à la liberté d'expression, au développement du pluralisme intellectuel, à l'apparition et à la circulation des idées nouvelles et, somme toute, au renouveau de la pensée arabomusulmane. Conséquemment, le monde arabo-musulman apparaît comme une entité monolithique qui demeure imperméable aux progrès de son temps, autrement dit immuable au long des siècles. Or, cette immuabilité, qui est à la fois la cause et l'effet d'une censure millénaire, affecte les droits humains des citoyens arabo-musulmans à tous les niveaux. Après avoir analysé ce qu'il en est pour les droits humains des femmes et pour le droit à la liberté religieuse, nous

nous proposons maintenant d'examiner le troisième volet, soit les traitements dégradants selon le système pénal musulman.

C. Les traitements dégradants selon le système pénal musulman

Le Coran a établi des pénalités bien précises pour des comportements jugés déviants, tels le vol et l'adultère, entre autres aux versets 5:38 et 24:2⁴³ qui postulent respectivement : « Le voleur et la voleuse, à tous deux coupez la main, en punition de ce qu'ils se sont acquis [...] » et « La fornicatrice et le fornicateur, fouettez-les chacun de cent coups de fouet [...] ». Il en résulte que, d'un point de vue juridique, ces pénalités sont considérées comme immuables puisqu'elles seraient « établies par Allah, le Très Haut. Ainsi, au moment où le juge prend connaissance d'un criminel méritant la peine, il doit l'appliquer sur lui et il n'a pas le droit de la supprimer [de pardonner] »⁴⁴. Ainsi, par exemple, quand Numeiri a instauré la loi islamique au Soudan en 1983, de nombreuses personnes se sont trouvées handicapées à vie parce que coupables du délit de vol, dans un pays pourtant ravagé par la famine : « *As a result of this implementation, there are today in Sudan many people handicapped for life* »⁴⁵. De façon similaire, sans l'appui de l'organisation Amnistie internatio-

⁴¹ [www.radicalparty.org/nawal/appeal_en.htm].

⁴² M. MUGRABY, *op. cit.*, note 31, p. 36 et 37.

⁴³ *Le Saint Coran*, *op. cit.*, note 13, p.114.

⁴⁴ S.I.A.R. AL HUKAIL, *op. cit.*, not 16, p.130.

⁴⁵ ABU-SAHLIEH, *loc. cit.*, note 24, 246.

nale, la nigérienne Amina Lawal Kurami, qui aurait avoué avoir eu un enfant pendant qu'elle était divorcée, aurait été lapidée à mort, parce que coupable d'adultère⁴⁶.

Il s'avère intéressant de mentionner ici l'étude menée par An-Naïm à ce sujet⁴⁷. À partir de la question suivante: «Est-ce que les Musulmans seraient prêts à renoncer au système pénal de la loi islamique parce qu'il constitue un traitement cruel, inhumain et dégradant selon les standards internationaux?», il arrive à la conclusion suivante: pour que la protection contre un traitement cruel, inhumain et dégradant soit effectivement mise en œuvre dans une société donnée, il faut que la définition de ce traitement soit déterminée par les standards moraux de cette même société. Si nous partageons la conclusion de An-Naïm, nous retenons cependant qu'il apparaît, pour la vaste majorité des Musulmans, que la lapidation, la flagellation et l'amputation des mains, par exemple, ne sont pas un traitement cruel, inhumain et dégradant, parce qu'elles représentent tout bonnement la volonté divine, laquelle volonté ne peut être sujette à discussion.

Par ailleurs, ce qui nous paraît pertinent dans l'argumentation de An-Naïm, c'est la distinction qu'il opère entre les Musulmans éduqués et la vaste majorité des Musulmans, à savoir la masse populaire. Ainsi,

pour reprendre les idées de An-Naïm, selon les premiers, l'amputation des mains pour vol, par exemple, serait fort probablement perçue comme un traitement cruel, tandis que pour les seconds, elle représenterait tout bonnement un verdict divin et, dans ce sens, indiscutable. Et effectivement, cette distinction existe bel et bien dans toutes les sociétés et, en particulier, dans les sociétés arabo-musulmanes: «[...] *the movement has remained mostly a top-down process: highly educated people attempting to persuade others [...]*»⁴⁸. Autrement dit, l'éducation est le facteur déterminant quant à la réceptivité des droits humains et, en l'occurrence, face à la définition d'un traitement cruel, inhumain et dégradant. Et en quoi consiste le rôle joué par l'éducation dans l'exemple ci-dessus? Elle apporte une meilleure compréhension des structures du pouvoir, permettant par là de distinguer la volonté divine des ambitions purement politiques des hommes. C'est ce que nous verrons maintenant.

Si, comme on l'a vu précédemment, la masse populaire peut adhérer à l'interprétation littérale du verset 5:38 qui affirme que «[l]e voleur et la voleuse, à tous deux coupez la main, en punition de ce qu'ils se sont acquis [...]»⁴⁹, telle que le décrète d'ailleurs l'interprétation officielle de l'Islam dans certains pays, une meilleure connaissance

⁴⁶ [www.amnistie.qc.ca].

⁴⁷ A.A. AN-NAÏM, *op. cit.*, note 2, p. 33-37.

⁴⁸ Henry STEINER, *International Aspects of the Arab Human Rights Movement, an Interdisciplinary Discussion held in Cairo in March 1998*, *op. cit.*, note 31, p. 24.

⁴⁹ *Le Saint Coran*, *op. cit.*, note 13, p. 114.

du Coran et du contexte historique de la loi islamique permettrait une remise en question d'une telle interprétation. D'abord, l'un des débats importants tout au long de l'histoire de la pensée musulmane est justement de savoir si le langage du Coran est littéral ou symbolique. Inutile de préciser qu'à ce sujet, aucun consensus entre penseurs musulmans n'a été atteint. En d'autres termes, à notre avis, l'interprétation littérale du verset 5:38 n'est qu'une interprétation parmi d'autres. De surcroît, comme le prophète a été le dirigeant du premier État islamique, quels que soient les enseignements universels qu'on puisse en tirer, il existe une composante historique dans les versets coraniques. À titre d'exemple, mentionnons seulement certains versets de la sourate Al-Imran concernant la bataille d'Ohod qui eut lieu en l'an 625. Ainsi, selon nous, si l'enseignement universel du verset 5:38 est entre autres de condamner toute atteinte à la propriété privée d'autrui, l'amputation des mains nous renseigne par contre sur les pratiques punitives qui étaient adéquates dans le contexte historique du premier État musulman. Autrement dit, l'amputation des mains pour vol relève tout bonnement de pratiques qui datent de l'antiquité. Or, comment se fait-il que la masse populaire adhère encore à des pratiques aussi anachroniques? Nous empruntons ici la réponse de An-Naïm: «*Even the educated moderni-*

zed Muslim, who may be privately repelled by this punishment, cannot risk the consequences of openly questioning the will of God»⁵⁰. Et quelles conséquences doivent affronter tous ceux qui questionneraient la volonté divine telle qu'elle est définie par l'interprétation officielle de l'Islam: «*[...] a Muslim who disputes the binding authority of the Quran is liable to death penalty for apostasy [heresy] under Sharia*»⁵¹. L'État ayant privilégié une interprétation juridique du verset 5:38, tous ceux qui s'en écartent sont condamnés à mort. Somme toute, il est tout à fait logique que dans cette partie du globe où la démocratie n'a pas encore triomphé, de nombreux États privilégient l'interprétation littérale des pratiques punitives du Coran. En effet, que ce soit pour régner, ou encore pour imposer la censure, l'exercice de la torture ne relève-t-il pas de la même pratique, à savoir porter atteinte à l'intégrité physique des citoyens? Mais bien entendu, selon les sources officielles, toutes les souffrances et les humiliations qu'on inflige aux citoyens ne vaudraient rien, puisque cette vie terrestre ne vaudrait rien non plus: «*In fact, religious sources strongly emphasize that the next life is the true and ultimate reality, to which this life is merely a prelude*»⁵². L'obscurantisme est donc à son comble. Rappelons par ailleurs que, même en ce qui concerne «la réalité ultime», il n'y a pas eu de consensus entre penseurs musulmans

⁵⁰ A.A. AN-NAÏM, *op. cit.*, note 2, p. 35.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

tout au long de l'histoire de la pensée musulmane, puisque selon certains soufis, c'est dans cette vie-ci qu'on est appelé à réaliser « la réalité ultime ».

Par conséquent, le fossé qui semble séparer le système pénal musulman de l'approche universaliste des droits humains n'est pas dû à des spécificités religieuses ou culturelles, mais plutôt à des pratiques historiques et politiques. À cet égard, citons les propos de Mohammed El-Sayyid Saeid tenus lors du colloque relatif au mouvement des droits humains arabes :

*In my view, the issue is not so much cultural relativity or peculiarity as historical and material difference. In the West, the State was founded four centuries ago. Over the next two centuries, it achieved basic economic transformation and established a stable political and cultural system. In the Arab world, societies only emerged from the Middle Ages a few decades ago, or even a few years ago in the case of some countries – Southern Yemen obtained its independence less than twenty years ago [...] These societies are confused with regard to the cultural basis of modern statehood.*⁵³

*
* *

Au cours des dernières décennies, outre la Charte arabe et la Déclaration islamique, le monde arabo-musulman a été la scène d'un foisonnement de chartes et de déclarations relatives à la protection des droits de la personne, notamment trois Déclarations de

1979, 1981 et 1990 proclamées par l'Organisation de la Conférence islamique, une autre Déclaration du Conseil islamique d'Europe datant de 1980, une Déclaration émanant du Colloque tenu au Koweït en 1980, une Déclaration tunisienne de 1985, une Déclaration des juristes arabes en 1986, une Déclaration libyenne de 1988 et une Déclaration marocaine de 1990. Si ce foisonnement de chartes et de déclarations témoigne de quelque chose, c'est principalement du grand intérêt que le monde arabe porte à la question des droits de la personne. Par contre, ce qui s'avère problématique c'est l'inscription de ces droits dans les institutions nationales et dans le tissu social.

L'éducation divise les sociétés arabes en une élite éduquée et la vaste majorité de la population dont le niveau d'éducation est relativement bas. D'ailleurs, en 2002, dans leur rapport relatif au monde arabe, les Nations Unies ne manquent pas de souligner cette situation : « *A telling indicator of the poor level of educational attainment in the Arab countries is the persistence of illiteracy rates that are higher, and educational enrolment rates that are lower, than those of dynamic less developed countries in East Asia and Latin America* »⁵⁴. Or, comme on l'a vu précédemment, le niveau d'éducation affecte significativement la réception du concept des droits humains par les masses populaires, ce qui entraîne une conséquence

⁵³ Mohammed El-Sayyid SAEID, *International Aspects of the Arab Human Rights Movement, an Interdisciplinary Discussion held in Cairo in March 1998*, op. cit., note 31, p. 34.

⁵⁴ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM, op. cit., note 32, p. 29.

majeure pour le mouvement arabe des droits de la personne, qui fonctionne souvent comme une enclave d'élite, privée de l'appui populaire. À ce propos, Asma Khader s'exprimait ainsi lors du colloque relatif au mouvement arabe des droits humains: «*But at this point, human rights is still an elitist movement lacking mass support*»⁵⁵. Mais l'absence de la légitimité populaire des droits humains dans le monde arabo-musulman relève d'une dynamique double, l'une qui se situe à l'échelle internationale, tandis que l'autre se joue à l'intérieur des frontières nationales.

En effet, d'une part le peuple arabo-musulman n'est pas suffisamment éduqué concernant les droits humains. S'ajoute une idée erronée largement véhiculée, soit celle que les droits humains sont un produit occidental. Or, quand on sait que dans l'esprit de la vaste majorité de la population arabe, il y a confusion entre l'Occident, les Nations Unies et les agressions militaires des États-Unis et de leurs alliés, on comprend mieux l'ampleur de la résistance aux droits de l'homme qu'une telle idée peut produire. Pourtant, la Déclaration universelle a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, après de longs débats où les pays occidentaux étaient en minorité. D'ailleurs, l'un des trois auteurs de la Déclaration universelle est Charles Malik, un Libanais⁵⁶. Mais le fait est que la moindre agression, ou le

moindre malentendu qu'essuie le monde arabe sur la scène internationale se traduit par un recul de la réceptivité du concept des droits humains auprès des populations locales.

D'autre part, si le concept des droits humains est un concept universel – donc pas plus occidental qu'arabe ou autre, on pourrait légitimement se demander pourquoi ce concept semble si étranger au tissu social. Et cette question est d'autant plus légitime que ce sujet a été soulevé à plusieurs reprises au cours de l'histoire de la pensée musulmane. À titre d'exemple, citons seulement Avicenne au X^e siècle.

Il s'avère pertinent de souligner ici que le concept des droits humains sous-entend l'alternative de leur protection ou de leurs violations. Autrement dit, ce concept implique inévitablement la responsabilité des États. Or, dans les sociétés arabo-musulmanes, les États sont justement responsables de violations massives des droits humains ... dont la plus grave peut-être est celle qu'engendre le manque d'accès aux ressources économiques et au système éducatif.

⁵⁵ Asma KHADER, *International Aspects of the Arab Human Rights Movement, an Interdisciplinary Discussion held in Cairo in March 1998*, op. cit., note 31, p. 17.

⁵⁶ *International Aspects of the Arab Human Rights Movement, an Interdisciplinary Discussion held in Cairo in March 1998*, op. cit., note 31, p. 21.

Livres reçus

Adaptation (L') d'Hydro-Québec aux enjeux de l'intégration économique, par Marie-Louise PELLETIER, coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-726-0, 164 p.

Affaire (L') des «Traîtres», par François GENDRON, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-714-7, 76 p.

Bioéthique (La) dans la perspective de la philosophie du droit, par Francesco D'AGOSTINO, coll. «Dikè», Ste-Foy, PUL, 2005, ISBN-2-76378-214-0, 138 p.

Bons (Les) mots du civil et du pénal, par Madeleine MAILHOT, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-717-1, 332 p.

Chartes des droits de la personne, par Henri Brun, 18^e éd., coll. «Alter Ego», Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-715-5, 1 347 p.

Code civil du Québec/Civil Code of Quebec 2005-2006, sous la direction de Jean-Louis BAUDOIN, coll. «Judico», Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-716-3

Code criminel/Criminal Code 2005-2006, textes préparés par Andrée JEAN, Louise MARTINEAU et Lise SAINTONGE-POITEVIN, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-719-8

Code de procédure civile, par Hubert REID et Claire CARRIER, 21^e éd., coll.«Alter Ego», Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-711-2, 1 790 p.

Code de procédure civile/Code of Civil Procedure 2005-2006, textes préparés par Andrée JEAN, Louise MARTINEAU et Lise SAINTONGE-POITEVIN, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-720-1

Code des sûretés, par Julien REID, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-705-8, 676 p.

Compagnies, corporations et sociétés pas actions/Companies, Corporations and Business Corporations 2005-2006, coll. «Judico», Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-99-2

Considérations juridico-philosophiques, par Bjarne MELKEVIK, coll. «Dikè», Ste-Foy, PUL, 2005, ISBN-2-76378-207-8, 186 p.

Déontologie (La) judiciaire appliquée, par Pierre NOREAU et Chantal ROBERGE, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-741-4, 294 p.

Dire le droit: pour qui et à quel prix?, sous la direction de André RIENDEAU, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-734-1, 314 p.

Droit (Le) comme discipline universitaire – Une histoire de la Faculté de droit de l'Université Laval, par Sylvio NORMAND, Sainte-Foy, P.U.L. 2005, ISBN 2-76378-300-7, 266 p.

Enfant (L'), ses familles et les institutions de l'adoption, par Carmen LAVALLÉE, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-713-9, 542 p.

Impôt (L') sur le revenu au Canada – Éléments fondamentaux, par Pierre DUSSAULT et Normand RATTI, avec la collaboration de Guy LAPERRIÈRE, 3^e éd., t. 1, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit – Université de Sherbrooke, 2005, ISBN 2-92000-337-2

Institution (L') du trust dans le système mixte du droit privé écossais, par Aleksender STEPKOWSKI, Varsovie, Liber, 2005, ISBN-83-7206-110-6, 198 p.

Isolement et mesures disciplinaires dans les centres de réadaptation pour les jeunes, par Julie DESROSIERS, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-746-5, 334 p.

Loi du travail/Labor Law 2005-2006, textes préparés par Andrée JEAN, Louise MARTINEAU et Lise SAINTONGE-POITEVIN, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-718-X

Loi sur la justice administrative/An Act Respecting Administrative Justice 2005, textes préparés par Andrée JEAN, Louise MARTINEAU et Lise SAINTONGE-POITEVIN, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-736-8

Loi sur les normes du travail, par Charles CAZA, 5^e éd., coll. «Alter Ego», Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-694-9, 832 p.

Manuel de gestion d'un syndicat de copropriété divisé au Québec, par Marie TRUDEL et André M. BENOÎT, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-724-4, 268 p.

Précis de la preuve, par Léo DUCHARME, 6^e éd., coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-725-2, 702 p.

Protection (La) du consommateur – Loi et règlements/Consumer Protection – Act and Regulations 2005-2006, textes préparés par Andrée JEAN, Louise MARTINEAU et Lise SAINTONGE-POITEVIN, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, ISBN-2-89127-733-3

Revue juridique des étudiants et étudiantes de l'Université Laval, (2005) 18 *R.J.E.U.L.* 1-155

Sens (Le) des lois, par Benoît FRYDMAN, coll. «Penser le droit», Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, ISBN-2-8027-2036-8, 696 p.

Treaties and International Documents Used in International Trade Law – Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international, par Alain PRUJINER et Bernard COLAS, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur/ICC Publishing, 2005, ISBN-2-89127-712-0, 710 p.

Revue juridique Thémis

Index — Volume 39
(2005) 39 *R.J.T.*

Sujets des articles

Argent (L') n'a pas d'odeur Normand LECLERC.....	51
Code (Le) civil est-il la véritable constitution de la France ? Rémy CABRILLAC	245
Code et histoire Jean PINEAU	223
Comparative Legal Education in Canada Catherine VALCKE	483
Constitutionnalisme sociétal et globalisation : alternatives à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État Gunther TEUBNER	435
Différentes manifestations de la notion de peine privée en droit québécois Pauline ROY.....	263
Indemnisation (L') du préjudice corporel dans les juridictions de tradition civiliste Daniel GARDNER.....	395
Lettre (La) d'Amérique David GRUNING.....	153
Lettre (La) d'Angleterre Estelle DERCLAYE et Paul L.C. TORREMANS	509

Pertes (Les) non pécuniaires : compte-rendu/constat/critiques	
Patrice DESLAURIERS	371
Préjudices (Les) écologiques	
Michel YERGEAU et Nadia CATTANEO	303
Rationalités (Les) du droit et l'économie dans la sociologie du droit de Max Weber	
Andréa BUSS	111
Régulation (La) procédurale de la recherche biomédicale et la procéduralisation du droit de la bioéthique	
Mourad MEDJNAH.....	459
Testateur (Le) et son clone inavoué, le juge : clone difforme ou conforme dans la recherche des intentions du testateur	
Pierre CIOTOLA.....	1

Auteurs des articles

BUSS, Andréa	
Rationalités (Les) du droit et l'économie dans la sociologie du droit de Max Weber	111
CABRILLAC, Rémy	
Le Code civil est-il la véritable constitution de la France?	245
CIOTOLA, Pierre	
Le testateur et son clone inavoué, le juge : clone difforme ou conforme dans la recherche des intentions du testateur.....	1
DERCLAYE, Estelle et Paul L.C. TORREMANS	
La lettre d'Angleterre	509
DESLAURIERS, Patrice	
Les pertes non pécuniaires : compte-rendu/constat/critiques	371
GARDNER, Daniel	
L'indemnisation du préjudice corporel dans les juridictions de tradition civiliste	395
GRUNING, David	
La lettre d'Amérique	153

LECLERC, Normand

L'argent n'a pas d'odeur 51

MEDJNAH, MouradLa régulation procédurale de la recherche biomédicale
et la procéduralisation du droit de la bioéthique 459**PINEAU, Jean**

Code et histoire 223

ROY, PaulineDifférentes manifestations de la notion de peine privée
en droit québécois 263**TEUBNER, Gunther**Constitutionnalisme sociétal et globalisation : alternatives
à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État 435**VALCKE, Catherine**

Comparative Legal Education in Canada 483

YERGEAU, Michel et Nadia CATTANEO

Code et histoire 303

Sujets des pages du CDACI**Limites (Les) de la «juridiction inhérente» du tribunal
et le cas du financement débiteur-exploitant
(«*DIP Financing*») en droit civil québécois**

Antoine LEDUC 551

Auteurs des pages du CDACI**LEDUC, Antoine**Les limites de la «juridiction inhérente» du tribunal
et le cas du financement débiteur-exploitant
(«*DIP Financing*») en droit civil québécois 551

Sujets des chroniques sectorielles

Droit pénal

Le troisième Pilier : la profession juridique, véritable partenaire du système de justice pénale internationale

Elise GROULX..... 195

Islam et droits fondamentaux

Les enjeux qui sous-tendent le relativisme culturel des droits humains, les cas de la *Charte arabe des droits de l'Homme* et de la *Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme*

Osire GLACIER..... 597

Auteurs des chroniques sectorielles

GLACIER, Osire

Les enjeux qui sous-tendent le relativisme culturel
des droits humains, les cas de la *Charte arabe
des droits de l'Homme* et de la *Déclaration islamique
universelle des droits de l'Homme* 597

GROULX, Elise

Le troisième Pilier : la profession juridique,
véritable partenaire du système de justice
pénale internationale..... 195



BARREAU DE MONTRÉAL

1, rue Notre-Dame Est, bureau 9,80
Montréal QC H2Y 1B6
Téléphone : (514) 866-9392
Télécopieur : (514) 866-1488
Courriel : general@barreaudemontreal.qc.ca
Site Internet : www.barreaudemontreal.qc.ca

AVIS

Nous avons acheté tous les
anciens numéros disponibles
et les droits de réimpression
de la

REVUE JURIDIQUE THÉMIS

Des collections complètes
sont maintenant disponibles.
Nous pouvons vous procurer
aussi des volumes ou des
numéros isolés.

William S. Hein & Co., Inc.
1285 Main Street
Buffalo, New York, 14209



Chambre des notaires du Québec

800, Place Victoria, Tour de la Bourse
Montréal, (Québec) H4Z 1L8

Téléphone : (514) 879-1793
Site internet : www.cdnq.org



FILIALE DE
COMMUNICATIONS QUEBECOR INC.

40, rue Notre-Dame Est

Montréal (Québec) H2Y 1B9

Téléphone : (514) 875-6326

sans frais : 1 800 363-2327

Télécopieur : (514) 875-8356

Wilson & Lafleur Ltée
Librairie / Éditeur québécois en droit

*Au service de la communauté
juridique depuis 1909*

Consultez
notre catalogue
par Internet et commandez
dès maintenant!
www.wilsonlafleur.com

GOLDSTEIN, FLANZ & FISHMAN

S.E.N.C.

AVOCATS ET PROCUREURS
BARRISTERS AND SOLICITORS

1250 BOULEVARD RENÉ-LÉVESQUE OUEST, SUITE 4100, MONTRÉAL (QUÉBEC) H3B 4W8
TÉLÉPHONE : 514.932.4100 FAX : 514.932.4170

Gascon & Associés

AVOCATS / BARRISTERS AND SOLICITORS

ÉDIFICE GARE WINDSOR
1100, RUE DE LA GAUCHETIÈRE OUEST
BUREAU 280
MONTRÉAL, QUÉBEC
CANADA H3B 2S2

TÉLÉPHONE +1 (514) 879-5606
FAX +1 (514) 879-4659



LEGAL
NETWORK
INTERNATIONAL

Votre librairie juridique par excellence

Plus de 900 titres
en inventaire

Catalogue disponible



COOP DROIT
Université de Montréal
C.P. 6128, succ. Centre-Ville
Montréal QC H3C 3J7
téléphone : (514) 343-6908
télécopieur : (514) 343-6914
Commandes téléphoniques acceptées

GOWLINGS

L'intelligence des idées

Gowling Lafleur Henderson s.r.l.

Avocats

Agents de brevets et de marques de commerce

1, Place Ville Marie
37^e étage
Montréal (Québec) Canada H3B 3P4

Téléphone: (514) 878-9641

Télécopieur: (514) 878-1450

www.gowlings.com

CHANDONNET & ASSOCIÉS
Avocats

Place Hérelle
550, Chemin Chambly
Bureau 300
Longueuil, Qc J4H 3L8

Téléphone : (450) 677-6700
Télécopieur : (450) 677-1225
Courriel : info@chandonnet.com



**Joli-Coeur, Lacasse,
Geoffrion, Jetté, St-Pierre**
AVOCATS

1000, RUE DE LA GAUCHETIÈRE OUEST
BUREAU 2800
MONTRÉAL (QUÉBEC) CANADA H3B 4W5

TÉLÉPHONE : (514) 871-2800
TÉLÉCOPIEUR : (514) 871-3933

**Nous sommes fiers
de témoigner notre attachement
à l'Université de Montréal
par l'attribution
du prix Bélanger Sauvé
en droit administratif.**

**DES ÉQUIPES, UNE PHILOSOPHIE:
LA QUALITÉ DES SERVICES.**



Bélanger Sauvé

AVOCATS

AGENTS DE MARQUES DE COMMERCE

www.belangersauve.com

Les Éditions Thémis Inc. remercient les annonceurs
pour leur participation
au financement de la Revue juridique Thémis.

