

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle

Pierre-Olivier LAPORTE\*

## Résumé

Malgré les trente ans passés de la Charte des droits et libertés de la personne, la problématique de l'impact des droits et libertés dans le rapport contractuel a fait l'objet de peu d'attention par la doctrine et la jurisprudence québécoise et canadienne. Les modalités selon lesquelles un contractant peut invoquer sa liberté ou son droit fondamental en vue de se soustraire à une obligation contractuelle sont, pour l'essentiel, inconnues. L'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, rendu en 2004 par une Cour suprême hautement divisée, a offert certains éclaircissements à cet égard, sans toutefois offrir une véritable théorie de l'interaction de la liberté contractuelle et des droits et libertés protégés par la Charte.

À la lumière de l'expérience européenne, le présent article propose un cadre analytique destiné à éclairer la problématique de la mise en oeuvre des droits et libertés dans la

## Abstract

More than thirty years after the enactment of the Charter of Human Rights and Freedoms, the impact of fundamental rights and freedoms in contractual relations has been afforded relatively little attention by judges and commentators. The conditions under which a contractual party may invoke a guaranteed right or freedom in order to avoid the enforcement of a contractual obligation are still largely unknown. In the 2004 case *Syndicat Northcrest v. Amselem*, a highly divided Supreme Court offered certain guidelines regarding this issue, without quite presenting a genuine theory of the interaction between contractual freedom and the rights protected by the Charter.

In light of European experience, this paper presents an analytical framework for the enforcement of rights and freedoms in the contractual sphere. The first part discusses

---

\* LL.B./B.C.L. (McGill). L'auteur tient à remercier le professeur François Chevrette pour sa collaboration à la rédaction de ce texte, ainsi que le professeur Frédéric Bachand, M<sup>e</sup> France Brosseau, M. Nicholas Cerminaro et M. Patrick Forget pour leurs commentaires judiciaires.

sphère contractuelle. Une première partie est d'abord consacrée à l'étude des problèmes théoriques et pratiques suscités par la réglementation simultanée du contrat par le droit privé et par la Charte. Une seconde partie s'intéresse au concept d'atteinte contractuelle aux garanties fondamentales et, plus particulièrement, à sa proposition inverse: la renonciation à l'exercice des droits et libertés. Une troisième partie aborde finalement la question de la résolution du conflit éventuel entre, d'une part, la protection des droits et libertés et, d'autre part, la mise en oeuvre de l'obligation contractuelle reconnue par le droit privé.

the practical and theoretical problems flowing from the regulation of contractual relations by both the Charter and private law. The second part analyzes the concept of contractual infringement, with a particular focus on the related issue of waiver of rights and freedoms. The third and final part identifies approaches to resolving eventual conflicts between, on the one hand, the interest of protecting fundamental rights and freedoms and, on the other hand, that of upholding contractual obligations recognized as valid under private law.

## Plan de l'article

<b>I. Introduction</b> .....	291
A. <i>Syndicat Northcrest c. Amselem</i> .....	292
B. La problématique.....	295
<b>II. Droits et libertés et rapports contractuels</b> .....	298
A. La relation entre les droits et libertés et le droit privé à la lumière de l'expérience étrangère .....	298
B. L'applicabilité de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> dans le domaine contractuel .....	305
<b>III. Atteinte contractuelle et renonciation</b> .....	309
A. La renonciation à l'exercice des droits et libertés dans les rapports contractuels.....	309
B. Les modalités d'une renonciation valide .....	318
1. Une renonciation libre.....	318
2. Une renonciation éclairée .....	325
3. Une renonciation conforme à l'ordre public .....	328
<b>IV. Justification de l'atteinte et résolution du conflit</b> .....	332
A. Les intérêts pouvant justifier l'atteinte .....	335
1. L'atteinte justifiée par la poursuite d'un intérêt individuel.....	337
2. L'atteinte justifiée par la poursuite d'un intérêt communautaire .....	339
B. La résolution du conflit : option ou conciliation .....	343
<b>Conclusion</b> .....	350



## I. Introduction

L'applicabilité de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>1</sup> aux rapports privés n'a soulevé aucun débat véritable en droit québécois<sup>2</sup>, cette dernière ayant été adoptée notamment en vue d'assurer la protection des droits et libertés dans les relations individuelles<sup>3</sup>. Ce défaut de réflexion sur la possibilité d'imposer le respect des droits et libertés aux individus a cependant occulté certains problèmes associés à leur mise en œuvre dans un champ déjà couvert par le droit privé. Si le rapport entre la responsabilité civile et l'atteinte illicite à un droit fondamental a donné lieu à des échanges intéressants<sup>4</sup>, on ignore dans une large mesure de quelle manière s'articule le rapport entre les valeurs du *Code civil du Québec* et celles de la Charte. L'enfant peut-il invoquer la liberté d'expression afin de se soustraire à l'autorité parentale? Le contractant peut-il répudier des obligations librement assumées au motif que celles-ci limitent l'exercice de sa liberté de religion? Ces questions mettent en opposition certaines valeurs fondamentales de notre ordre juridique et demeurent, pour l'essentiel, sans réponse. L'arrêt *Syndicat Northcrest c.*

---

<sup>1</sup> L.R.Q., c. C-12 (ci-après citée « la Charte »).

<sup>2</sup> Voir notamment : Yves-Marie MORISSETTE, « Certains problèmes d'applicabilité des Chartes des droits et libertés en droit québécois », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 5, où l'auteur estime que la question de l'applicabilité de la Charte québécoise aux matières privées est une « situation claire » : « Considérée globalement, l'applicabilité de la Charte provinciale aux activités et aux rapports de droit privé ne paraît pas avoir suscité jusqu'ici de difficultés sérieuses ».

<sup>3</sup> Sur les origines de la Charte, voir : André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, 3 et suiv.

<sup>4</sup> Voir notamment, dans la doctrine : Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n<sup>o</sup> 442 et suiv. ; Adrian POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », (1998-1999) *Conférences Meredith* 49 ; Karl DELWAIDE, « Les articles 49 et 52 de la *Charte québécoise des droits et libertés* : recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise », *id.*, 95 ; Madeleine CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne », (1978) 56 *R. du B. can.* 197. Du côté de la jurisprudence, voir : *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591 ; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 ; *Béliveau St-Jacques c. F.E.E.S.P.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

*Amselem*<sup>5</sup>, rendu par une Cour suprême hautement divisée, a permis d'illustrer les difficultés conceptuelles et normatives qui subsistent dans l'interprétation des garanties de la Charte à l'encontre de la mise en œuvre d'obligations contractuelles par ailleurs valides. Les faits de cette affaire, ainsi que les motifs ayant mené à la conclusion de la Cour, constituent une entrée en matière idéale et méritent d'être présentés sommairement.

### A. *Syndicat Northcrest c. Amselem*

L'affaire découle d'une querelle entre le syndicat des copropriétaires d'un luxueux complexe immobilier de la région montréalaise (le Sanctuaire du Mont-Royal) et quatre de ses copropriétaires juifs orthodoxes, dont Moïse Amselem. À l'occasion de la fête juive du Souccoth, M. Amselem avait édifié, sur le balcon attenant à son condominium, une cabane de bois – la *souccah* – conformément à une obligation qu'il estimait imposée par la Bible. Selon la foi juive et suivant les règles traditionnelles du Souccoth, les Juifs sont tenus d'occuper une habitation de fortune pendant toute la période de la fête en vue de souligner l'importance historique des 40 années de pérégrinations du peuple israélien dans le désert du Sinäi.

Constatant l'édification de la structure, le syndicat demanda son démantèlement, au motif que cette dernière contrevenait à un règlement de la déclaration de copropriété qui interdisait d'effectuer quelque construction que ce soit sur les balcons de l'immeuble. Suite à la demande de M. Amselem d'obtenir le droit de déroger à cette règle d'application générale, le syndicat proposa à ce dernier, ainsi qu'aux autres copropriétaires de confession juive, de construire une *souccah* commune dans les jardins du Sanctuaire, aux frais du syndicat. Les appelants refusèrent cet accommodement et choisirent de construire leur propre *souccah* sur leur balcon, malgré la déclaration de copropriété. Le syndicat sollicita une injonction permanente interdisant la construction de *souccahs* et autorisant leur démolition. La demande fut accueillie par la Cour supérieure du Québec<sup>6</sup>, dont les conclusions furent acceptées par la Cour d'appel<sup>7</sup>. L'affaire fut portée devant la Cour suprême.

---

<sup>5</sup> [2004] 2 R.C.S. 551 (ci-après cité « *Amselem* »).

<sup>6</sup> [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.).

<sup>7</sup> [2002] R.J.Q. 906 (C.A.).

Le juge Iaccobucci, pour la majorité, identifia trois questions en litige: 1<sup>o</sup> les dispositions de la déclaration de copropriété portent-elles atteinte à la liberté de religion des appelants (Charte, art. 3)? 2<sup>o</sup> Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée par le droit de l'intimé à la vie et à la sûreté de sa personne (art. 1<sup>er</sup>) ou par son droit à la jouissance de son bien (art. 6)? 3<sup>o</sup> Les appelants ont-ils renoncé à leur droit à la liberté de religion en signant la convention de copropriété?

Quant à la première question, la majorité entama la discussion par une analyse approfondie du droit à la liberté de religion et conclut qu'une personne pouvait invoquer cette garantie en démontrant, d'une part, l'existence d'une croyance religieuse objectivement ou subjectivement obligatoire et, d'autre part, la sincérité de cette croyance. L'atteinte à la liberté de religion survient lorsque cette dernière subit une entrave susceptible de menacer les croyances ou les comportements religieux qu'elle tend à protéger. En l'espèce, les appelants ont pu convaincre la majorité que leur liberté de religion était en jeu et que l'entrave imposée par la déclaration de copropriété était telle qu'on puisse la qualifier d'atteinte :

*Il est évident que, dans le cas de M. Amselem, les clauses contestées de la déclaration de copropriété empiètent de façon importante sur son droit. En effet, si M. Amselem croit sincèrement que la religion juive l'oblige à installer sa propre souccah et à l'habiter [...], l'interdiction qui est faite à M. Amselem de construire sa propre souccah vide de toute substance le droit reconnu à ce dernier, sans compter qu'elle entrave l'exercice de ce droit d'une manière non négligeable. La souccah commune n'est tout simplement pas une solution valable. Il y a donc nettement atteinte au droit de M. Amselem.<sup>8</sup>*

Quant à la seconde question, la majorité refusa d'accéder à l'argument du syndicat qui tentait de justifier l'application de la clause contestée en plaidant que l'installation des *souccahs* portait atteinte aux droits des autres copropriétaires à la jouissance paisible de leurs biens et à la sûreté de leur personne<sup>9</sup>. À cet égard, la majorité estima « inacceptable » l'argument de l'intimé qui, selon elle, revenait à affirmer que « de négligeables intérêts d'ordre esthétique subissant

<sup>8</sup> *Amselem*, précité, note 5, par. 74.

<sup>9</sup> En ce qui concerne le droit à la vie et à la sûreté, le syndicat plaidait que les *souccahs* pouvaient entraver les sorties de secours de l'édifice et que son évacuation pourrait être rendue plus difficile en cas d'incendie.



une atteinte minime devraient l'emporter sur l'exercice de la liberté de religion des appelants »<sup>10</sup>.

Enfin, quant à la question de la renonciation, la majorité jugea que l'idée même devait être rejetée, l'argument selon lequel les appelants auraient renoncé à leur liberté de religion ne « résistant pas à l'examen »<sup>11</sup>. D'abord, la renonciation à une liberté garantie, dans la mesure où elle serait théoriquement possible, ne pourrait avoir l'effet escompté par l'intimé car, selon la preuve, les appelants n'auraient pas exprimé leur intention de renoncer de façon libre et en pleine connaissance des conséquences véritables de la renonciation (ces derniers n'ayant apparemment pas pris la peine de lire la déclaration avant de procéder à l'achat du condominium). L'acquiescement exprimé par la signature du contrat n'est autre chose que l'acceptation d'un contrat d'adhésion, ce qui empêche d'y voir une renonciation. Une décision de renoncer à un droit fondamental devrait être exprimée en termes formels. Quant à la possibilité pour les appelants de choisir un lieu d'habitation plus conforme à leurs croyances, la majorité estima que « ce serait un geste à la fois indélicat et moralement répugnant que de suggérer que les appelants aillent tout simplement vivre ailleurs s'ils ne sont pas d'accord avec la clause restreignant leur droit à la liberté de religion »<sup>12</sup>.

Dans une première opinion dissidente, le juge Bastarache conclut également au caractère attentatoire de la clause contestée, tout en jugeant que cette atteinte pouvait être justifiée. Tout titulaire des droits et libertés fondamentaux a l'obligation d'exercer ceux-ci dans le respect des droits et libertés d'autrui. En l'espèce, la liberté de religion de M. Amselem est inconciliable avec le droit à la libre jouissance des biens de l'intimé et au droit à la vie et à la sûreté des copropriétaires. Ainsi, l'atteinte au droit de M. Amselem, découlant de l'entrave à l'exercice de sa liberté de religion provoquée par la déclaration de copropriété, ne constitue pas une violation.

Les motifs de la seconde opinion dissidente, celle du juge Binnie, accordent une plus grande attention aux effets de la signature de la

---

<sup>10</sup> *Amselem*, précité, note 5, par. 87.

<sup>11</sup> *Id.*, par. 91.

<sup>12</sup> *Id.*, par. 98.

déclaration de copropriété sur la possibilité d'invoquer avec succès une garantie de la Charte :

*Au cœur du présent litige [...] se pose la question de l'engagement des appelants, constaté dans le contrat conclu avec les autres copropriétaires, de ne pas insister pour construire des souccahs individuelles sur les balcons de l'immeuble, balcons qui sont des parties communes.*

Le juge Binnie estima en premier lieu qu'il appartenait aux appelants et non pas aux autres copropriétaires de déterminer, avant la signature du contrat, quel pouvait être l'effet des obligations assumées sur l'exercice de leur liberté de religion. L'omission de prendre connaissance des termes de la déclaration de copropriété devient un facteur pertinent au moment de déterminer la *raisonnabilité* de l'exercice de la liberté de religion. Cette omission ne peut entraîner la jouissance de droits plus étendus que ceux des personnes qui ont lu le contrat. Par ailleurs, il ne s'agit pas simplement de soupeser les intérêts en présence, une telle approche permettant de libérer trop facilement les citoyens de leurs obligations contractuelles. Il s'agit plutôt de se demander si, *en l'espèce*, les appelants pouvaient raisonnablement insister pour installer une *souccah personnelle*, eu égard à leurs engagements contractuels. Le juge Binnie jugea enfin que qualifier le problème de « renonciation » dramatiserait exagérément la situation et qu'il n'était pas nécessaire d'aborder cette question pour conclure au rejet de l'appel de M. Amselem.

En conclusion, la Cour accueillit le pourvoi et reconnut aux appelants le droit d'installer une *souccah* sur leur balcon respectif, une fois par année et pour toute la durée du *Souccoith*. La sanction de la violation de la liberté de religion des appelants fut donc l'inapplicabilité temporaire de la clause contractuelle attentatoire.

## **B. La problématique**

La décision de la Cour suprême dans *Amselem* soulève certaines interrogations fondamentales en ce qui a trait à la mise en œuvre des droits et libertés dans les rapports contractuels. En premier lieu, la question préliminaire du mode d'application des garanties et du fonctionnement concret des recours disponibles a été éludée. Les motifs de la majorité n'offrent aucun éclaircissement quant au fondement de la sanction offerte à la victime d'une atteinte découlant d'un contrat auquel elle est partie. À cet égard, on ignore toujours si la clause attentatoire doit être considérée comme contraire à l'ordre

public (du point de vue civiliste<sup>13</sup>), ou comme conférant à la victime le droit à la cessation de l'atteinte (conformément à l'article 49 de la Charte<sup>14</sup>), sans que s'ensuive nécessairement sa nullité. La conclusion de la Cour laisse sous-entendre que la seconde option a été préférée, la clause de la déclaration de copropriété n'ayant pas été annulée *erga omnes*. On ignore cependant en vertu de quel raisonnement cette conclusion a été retenue.

En second lieu, la Cour n'a pas précisé les critères permettant de conclure au caractère attentatoire d'une clause contractuelle, librement assumée par les parties. On se demande dans quelle mesure – et en vertu de quelles conditions – l'exercice de la liberté contractuelle peut constituer une donnée pertinente dans l'analyse qui vise à déterminer si le droit ou la liberté en cause a réellement fait l'objet d'une atteinte. Le contrat ne pourrait-il pas constituer le véhicule par lequel une personne *exerce* ses droits et libertés, autant qu'un outil susceptible de les réprimer? En d'autres termes, est-il possible pour une personne d'*aménagement* l'exercice des droits et libertés qui lui sont reconnus en vue d'obtenir un avantage impliquant par ailleurs une limitation à ceux-ci? À cet égard, le concept de renonciation, traité avec tant de réserve par la Cour, pourrait s'avérer fondamental à l'analyse. La réticence des juges de la majorité à traiter de cette problématique laisse également subsister de nombreuses interrogations quant à la possibilité même de renoncer (laquelle a été formellement reconnue par d'autres jugements de la Cour suprême<sup>15</sup>) et quant aux modalités d'une renonciation *valide*. La possibilité de choisir un avantage découlant du rapport contractuel, à l'encontre de l'exercice d'une garantie, semble s'imposer au regard des assises libérales de la Charte. André Gide a dit : *choisir, c'est renoncer*<sup>16</sup>. Il faudra voir dans quelle mesure cette maxime est applicable à l'exercice concurrent des droits et libertés et de la liberté contractuelle.

<sup>13</sup> Voir l'article 1413 C.c.Q. : « Est nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public ». Le contrat dont les dispositions violeraient les garanties de la Charte pourrait être interprété comme relevant de l'une ou l'autre de ces deux causes de nullité.

<sup>14</sup> Art. 49, al. 1 : « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte ».

<sup>15</sup> Voir *infra*, partie II.

<sup>16</sup> « [...] choisir, c'était renoncer pour toujours, pour jamais, à tout le reste [...] » : André GIDE, *Les nourritures terrestres*, Paris, Gallimard, 1897, p. 66.

En troisième lieu, une fois l'atteinte reconnue, le processus de justification a entraîné de sérieuses divergences d'opinion au sein de la Cour. Pour la majorité – qui, notons-le, ne cite pas l'article 9.1 de la Charte – l'approche adéquate consiste en une pondération des intérêts en présence. En l'espèce, l'intérêt des copropriétaires à la préservation esthétique de l'ensemble immobilier a été jugé d'une importance négligeable face à l'intérêt des copropriétaires juifs d'exercer pleinement leur liberté de religion. Pour le premier groupe de juges dissidents, les droits et libertés ne peuvent être exercés qu'en conciliation avec les droits et intérêts d'autrui, ce qui ne pourrait permettre la construction de la souccah<sup>17</sup>. Ainsi, l'application des garanties de la Charte en vue de retirer ses effets à une clause contractuelle autrement valide soulève le problème de la relation entre droits et libertés – ou entre intérêts – divergents. Encore là, l'absence d'assises théoriques est notable.

En somme, quoique l'on pense de la conclusion de l'affaire *Amselem*, il apparaît désormais évident que tout n'a pas encore été dit de la relation qui doit prévaloir entre la Charte et le *Code civil du Québec*, notamment en ce qui a trait à l'application des garanties fondamentales dans la sphère contractuelle.

Dans une première partie, nous examinerons, sous un angle général et conceptuel, la relation entre les droits et libertés et le rapport contractuel (I), d'abord en faisant état de l'expérience étrangère en ce qui a trait à la relation entre les droits et libertés et le droit privé (A), puis en analysant l'applicabilité des garanties et des recours de la Charte dans le domaine contractuel (B). La seconde partie de cette étude sera consacrée à la problématique de l'atteinte contractuelle et à celle de la renonciation (II). Nous tenterons d'y démontrer que la renonciation à l'exercice des droits et libertés est philosophiquement justifiable (A) et qu'elle peut permettre la négation du caractère attentatoire d'une limitation contractuelle, moyennant d'assez strictes modalités (B). En l'absence d'une renonciation valide, on se demandera si l'atteinte peut néanmoins être justifiée par la finalité du contrat (III). Le mécanisme justificatif applicable en la matière devra permettre de reconnaître les intérêts légitimes susceptibles d'être considérés à ce titre (A). La résolution du conflit entre la réparation de l'atteinte et la protection des intérêts identifiés devra favoriser une approche conciliatrice ayant pour objectif

---

<sup>17</sup> *Amselem*, précité, note 5, par. 176-180.

de reconnaître l'importance proportionnelle de valeurs concurrentes (B).

## II. Droits et libertés et rapports contractuels

### A. La relation entre les droits et libertés et le droit privé à la lumière de l'expérience étrangère

Dans la conception libérale, les droits et libertés sont d'abord ceux que l'on oppose à l'État<sup>18</sup>. Les relations individuelles sont régies par le droit privé, dont les normes suffisent à la mise en œuvre du principe d'autonomie. En l'absence d'intervention législative, les personnes privées sont en principe libres d'agir selon les intérêts et valeurs qui leur sont propres. Égaux devant la loi, les individus ne sauraient ainsi porter atteinte aux libertés de leurs semblables.

Ce postulat traditionnel constitue bien évidemment un dogme dont la plupart des systèmes juridiques ont pu s'affranchir. En réalité, les pouvoirs privés comptent sur des moyens de coercition qui, souvent, dépassent en importance ceux de l'État. L'individu est soumis à des autorités diverses, toutes susceptibles de limiter sa liberté<sup>19</sup>. Les groupes dont il fait partie lui imposent des règles de conduite<sup>20</sup>. Le contrat de travail restreint, par sa nature même, la liberté du salarié. En somme, on a pris conscience du fait que les pouvoirs privés représentent aussi une menace sérieuse aux droits et libertés<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Jean RIVERO, «Les libertés publiques dans l'entreprise», (1982) *Droit social* 421, 422.

<sup>19</sup> Voir notamment : Gavin PHILLIPSON, «The Human Rights Act, "Horizontal Effect" and the Common Law: a Bang or a Whimper?», (1999) 62 *M.L.R.* 824, 847, où l'auteur souligne le pouvoir de la presse de diffuser certaines informations portant atteinte à la vie privée, pouvoir qui dépasserait celui de l'État lui-même.

<sup>20</sup> Voir : Andrew CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 137.

<sup>21</sup> L'ingérence des pouvoirs privés dans le domaine des droits de la personne a imposé à l'État une charge supplémentaire : celle de protéger les droits et libertés non seulement contre son action propre, mais également contre les atteintes d'origine privée. L'État doit non plus seulement s'abstenir de violer les droits fondamentaux, mais il doit encore «protéger l'homme contre l'homme». Voir : Patrick de FONTBRESSIN, «L'effet horizontal de la Convention européenne des Droits de l'Homme et l'avenir du droit des obligations», dans *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 158.

À la lumière de cette conception nouvelle, on comprend aisément les efforts qui furent déployés pour tenter de justifier l'applicabilité des chartes constitutionnelles de protection des droits et libertés dans la sphère des rapports privés. Dans la plupart des systèmes juridiques, on a reconnu cette applicabilité, sans toutefois qualifier les droits et libertés d'*obligations* entre particuliers, au sens où le droit privé pourrait l'entendre. Au Canada, la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>22</sup>, dont l'application est formellement limitée à la sphère publique, influence les développements de la common law sans toutefois permettre aux individus d'invoquer directement ses garanties dans les litiges privés<sup>23</sup>. En Europe, la thèse de l'applicabilité « horizontale » (ou entre particuliers) des garanties fondamentales est également reconnue, mais généralement sous une forme « indirecte »<sup>24</sup>. Le droit privé continue de régir les rapports individuels, mais les droits et libertés peuvent y apparaître à travers l'interprétation des concepts qui lui sont propres, tels que l'ordre public et la bonne foi. On a donc reconnu l'importance de protéger les droits et libertés contre les atteintes portées par des entités non étatiques, sans toutefois forcer la remise en question de la place respective du droit civil et du droit constitutionnel dans le champ de la réglementation des rapports individuels.

---

<sup>22</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

<sup>23</sup> Voir généralement : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 576 ; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 ; *Hill c. Église de Scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 ; voir aussi : Lorraine E. WEINRIB et Ernest J. WEINRIB, « Constitutional Values and Private Law in Canada », dans Daniel FRIEDMANN et Daphne BARAK-EREZ (dir.), *Human Rights in Private Law*, Portland, Hart, 2001, p. 43.

<sup>24</sup> En Allemagne, la question du *Drittwirkung der Grundrechte* (l'applicabilité des droits de la personne aux tierces parties) a été étudiée dans l'arrêt *Lüth*, BVerGE 7, 198, dans lequel la Cour constitutionnelle allemande a tranché en faveur d'une application indirecte de la Constitution aux litiges privés. En ce qui a trait à l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme, voir : Evert Albert ALKEMA, « The Third-party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights », dans Franz MATSCHER et Herbert PETZOLD (dir.), *Mélanges Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns, 1988, p. 33 ; Dean SPIELMAN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'Homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; Jean RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », dans *Amicorum Discipulorumque Liber René Cassin*, Paris, Pedone, 1971 ; dans le même ouvrage : Marc-André EISSEN, « La Convention européenne des Droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour ».

Le débat sur l'applicabilité des garanties constitutionnelles dans la sphère privée fut particulièrement fécond dans l'Allemagne de l'après-guerre, où la question fut posée relativement à la portée des garanties en matière de droits et libertés prévues par la nouvelle Constitution. La controverse doctrinale qui s'ensuivit contribua largement à l'élaboration d'une théorie de la mise en œuvre des instruments de protection des droits de la personne dans les rapports privés<sup>25</sup>. Les idées qu'elle a permis de mettre en lumière sont également pertinentes à la problématique de l'application de la Charte québécoise dans les matières contractuelles, ce qui justifie d'en présenter les grandes lignes.

La thèse de l'applicabilité « directe », fondée sur la prémisse selon laquelle les droits et libertés constituent des règles *supérieures* de droit privé, fut d'abord défendue par les auteurs allemands Hans Nipperdey<sup>26</sup> et Walter Leisner<sup>27</sup>. Suivant cette thèse, les garanties constitutionnelles sont directement applicables aux rapports individuels et peuvent être invoquées indépendamment des recours de droit privé<sup>28</sup>. En d'autres termes, les individus ont une obligation de respect des droits et libertés d'autrui. Les garanties constituent par ailleurs des règles de fond quant à la validité des actes juridiques et quant aux standards de conduite qui s'imposent aux individus<sup>29</sup>. L'argument le plus probant au soutien de cette thèse est celui de l'importance d'offrir des recours efficaces face aux atteintes d'origine privée aux droits et libertés. Selon les tenants de cette approche, la seule alternative à l'application directe est la non-application, les modèles intermédiaires étant de nature à donner lieu à des distinctions judiciaires laborieuses et menant à des impasses<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Voir: Kenneth LEWAN, «The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany», (1968) 17 *I.C.L.Q.* 571.

<sup>26</sup> Voir: Hans NIPPERDEY, «Freie Entfaltung der Persönlichkeit», dans Karl BETTERMANN, Hans NIPPERDEY et Franz SCHEUNER (dir.), *Die Grundrechte*, vol. IV, partie 2, Berlin, Duncker & Humblot, 1962, p. 742; Hans NIPPERDEY, «Grundrechte und Privatrecht», dans Hans NIPPERDEY (dir.), *Festschrift für Erich Molitor*, Munich, C.H. Beck, 1962.

<sup>27</sup> Voir: Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, Munich, C.H. Beck, 1960.

<sup>28</sup> Aharon BARAK, «Constitutional Human Rights and Private Law», dans D. FRIEDMANN et D. BARAK-EREZ, *op. cit.*, note 23, p. 14.

<sup>29</sup> K. LEWAN, *loc. cit.*, note 25, 573.

<sup>30</sup> A. BARAK, *loc. cit.*, note 28, 15.

La thèse de l'applicabilité *indirecte* a quant à elle été proposée par Günter Dürig<sup>31</sup>. Selon cette approche, les garanties constitutionnelles ont également un rôle à jouer, mais elles doivent être appréciées *sous l'angle du droit privé*. Elles n'imposent pas d'obligations aux individus mais doivent néanmoins servir à l'interprétation des concepts généraux du droit civil, dont la bonne foi et l'ordre public<sup>32</sup>. L'application indirecte permet de répondre à certains problèmes d'interaction entre le droit privé et les droits et libertés suscités par l'application directe. Le droit privé doit fournir le cadre conceptuel au sein duquel un différend impliquant à la fois des questions de droit privé et des questions de droits fondamentaux doit être réglé<sup>33</sup>. Le rejet de la théorie de l'application directe est motivé sur la base de la difficulté d'harmoniser la mise en œuvre des garanties constitutionnelles et la protection de l'autonomie individuelle<sup>34</sup>. Par exemple, on craint que la liberté contractuelle d'une personne ne puisse être rendue caduque, en vertu de l'application directe, par l'exercice par autrui de ses droits et libertés. L'application directe met en péril l'originalité du droit privé par rapport au droit public en ce qu'elle s'attaque directement à la stabilité contractuelle, au profit de la protection des libertés traditionnellement opposables au pouvoir public<sup>35</sup>.

Pour les tenants de l'application directe, cette critique n'est pas sans réplique. Selon Leisner, la liberté contractuelle constitue une forme de délégation du pouvoir réglementaire de l'État. L'individu peut donc aménager l'exercice des libertés qui lui sont reconnues sur la base du contrat dans la mesure où cet aménagement correspond aux valeurs de la Constitution. Lorsque l'entrave à l'exercice d'une garantie n'est pas justifiable en vertu de ces valeurs, l'acte juridique est frappé de nullité<sup>36</sup>. Nipperdey distingue quant à lui l'atteinte d'origine publique et l'atteinte d'origine privée en ce que l'individu susceptible d'entraver les libertés d'autrui est lui-même

---

<sup>31</sup> Günter DÜRIG, « Grundrechte und Zivilrechtssprechung », dans *Festschrift für Nawiascky*, Munich, Isar, 1956 ; voir aussi : Basil MARKESINIS, « Privacy, Freedom of Expression, and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany », (1999) 115 *L.Q. Rev.* 47, 50.

<sup>32</sup> K. LEWAN, *loc. cit.*, note 25, 576.

<sup>33</sup> A. BARAK, *loc. cit.*, note 28, 18.

<sup>34</sup> *Id.*

<sup>35</sup> K. LEWAN, *loc. cit.*, note 25, 594 et 595.

<sup>36</sup> *Id.*, 573.



porteur de garanties constitutionnelles. Il évoque donc l'idée d'une évaluation proportionnelle de différents intérêts, à savoir la protection de l'autonomie contractuelle des parties, des objectifs poursuivis par le contrat et des droits et libertés de chacun<sup>37</sup>.

Outre les concepts d'application directe et indirecte, une troisième approche, défendue par Franz Gamillscheg<sup>38</sup>, s'inspire des interactions propres au domaine du travail et consiste à faire dépendre l'opposabilité des garanties constitutionnelles de la présence d'une forme de *pouvoir social*. Cette idée plaide en faveur d'une protection de l'autonomie de la personne à l'encontre de toute forme de coercition, publique ou privée. Dans l'hypothèse où la volonté individuelle est librement exprimée, les garanties constitutionnelles sont inapplicables. En outre, le recours aux droits et libertés dans la résolution de différends privés devrait être limité aux cas où le droit privé ne prévoit aucun recours satisfaisant. Certains éléments factuels doivent être pris en compte dans la détermination de la sanction appropriée. D'abord, les actions passées de l'individu peuvent limiter ses recours en vertu de la Constitution. Ainsi, une personne ayant accepté un emploi d'imprimeur ne pourrait refuser d'imprimer certaines publications dont la teneur serait opposée à ses opinions politiques<sup>39</sup>. Il faut ensuite apprécier l'intérêt qui justifie l'entrave à la garantie, lequel ne peut être purement personnel à l'auteur de cette entrave. La théorie du pouvoir social est donc centrée sur la protection des droits et libertés à travers une conception réaliste et collectiviste de l'autonomie individuelle. Son application dépend cependant d'une insuffisance théorique du droit privé en ce qui a trait à la protection des valeurs constitutionnelles.

En somme, bien qu'on s'accorde généralement sur l'importance de fournir des recours efficaces contre les atteintes d'origine privée, le problème de l'interaction contradictoire d'ordres normatifs distincts demeure entier. D'une part, l'objectif de protection qui découle des garanties constitutionnelles impose une approche libérale lorsque vient le moment d'invoquer ces dernières à l'encontre de l'action privée. D'autre part, l'autonomie individuelle, fondamentale en droit

---

<sup>37</sup> *Id.*, 575.

<sup>38</sup> Voir: Franz GAMILLSCHEG, «Die Grundrechte im Arbeitsrecht», (1964) 164 *Archiv für die civilistische Praxis* 385.

<sup>39</sup> K. LEWAN, *loc. cit.*, note 25, 579.

privé, requiert la reconnaissance juridique des effets du consentement librement exprimé. L'ordre juridique privé s'oppose donc à la remise en question systématique des conventions sur la base d'atteintes aux garanties constitutionnelles. L'application des droits et libertés dans la sphère privée soulève ainsi un problème d'harmonisation, exacerbé lorsqu'il s'agit de concilier l'objectif de protection des droits et libertés et la notion d'autonomie individuelle. Le recours aux garanties constitutionnelles en vue de modifier les conséquences d'actes juridiques autrement valides porte atteinte à la liberté contractuelle, liberté de choisir soi-même les normes régissant ses rapports avec autrui. Sans une forte reconnaissance des effets de cette liberté privatiste, le caractère obligatoire des conventions devient incertain, les parties demeurant libres d'en contester les clauses au gré de l'exercice de leurs droits et libertés. Pour certains, cette discordance constitue un argument en faveur de leur non-application dans le domaine privé : « *the main rationale for not applying civil rights in the private sphere is the diminution in individual autonomy which is feared would result* »<sup>40</sup>. On s'interroge aussi sur les effets de l'applicabilité des garanties constitutionnelles sur le pouvoir des associations d'imposer des règles à leurs membres en vue de l'accomplissement de leur finalité<sup>41</sup>. Cette interrogation semble particulièrement opportune à la lecture de l'affaire *Amselem*<sup>42</sup>, où la clause contestée avait clairement pour objet la préservation de l'aspect luxueux du complexe immobilier, valeur qui – on le présume – était partagée par la vaste majorité des copropriétaires.

À première vue, la tension qui oppose les libertés fondamentales et la liberté contractuelle semble pourtant paradoxale, les deux concepts partageant la fonction première de garantir à l'individu un pouvoir d'autodétermination. Le conflit soulevé par la doctrine européenne et évoqué plus haut ne devrait donc pas être perçu comme insoluble, dans la mesure où l'on conçoit le principe des libertés fondamentales comme *ne portant pas directement atteinte* à la capacité d'exprimer un consentement en vue de conclure un acte juridique. Mais il ne s'agit là que d'un constat préliminaire : le problème relatif à la *mise en œuvre concurrente* d'une liberté fondamentale et d'une obligation contractuelle subsiste, dans l'hypothèse où celle-ci poserait une limite à l'exercice de celle-là. La protection des droits et

---

<sup>40</sup> G. PHILLIPSON, *loc. cit.*, note 19, 846.

<sup>41</sup> A. CLAPHAM, *op. cit.*, note 20, p. 356.

<sup>42</sup> Précité, note 5.

libertés dans la sphère privée suppose une *répression* des faits et actes susceptibles d'entraver leur exercice<sup>43</sup>. Au contraire, la liberté contractuelle commande la *reconnaissance* de l'effet juridique des obligations librement assumées. Comment concilier ces techniques à première vue contradictoires?

Ni la théorie de l'application directe, ni celle de l'application indirecte ne permettent en elles-mêmes d'élucider cette problématique. En vertu de la première approche, le contrat est perçu comme attentatoire dès qu'une garantie est en cause, ce qui porte atteinte à l'autonomie protégée par la liberté contractuelle. Suivant la seconde, on se demande encore si la clause qui porte entrave au libre exercice d'une garantie reconnue par la Charte est nécessairement contraire à l'ordre public. Dans l'affirmative, on se retrouve aux prises avec un problème analogue à celui qui a provoqué la remise en question d'une application directe. Dans la négative, on soulève une question primordiale : dans quelles circonstances une clause contractuelle limitant l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale pourra-t-elle être conforme à l'ordre public et, corrélativement, quels vices la clause doit-elle porter de manière à y être contraire? La même question peut aussi être formulée dans le cadre de la théorie de l'application directe : comment devons-nous reconnaître une atteinte d'origine contractuelle, partant de la prémisse selon laquelle toute clause susceptible d'entraver l'exercice d'une garantie n'est pas nécessairement attentatoire? La distinction entre application directe et application indirecte soulève donc un problème de perspective, lequel n'est pas étranger aux juristes québécois : la Charte doit-elle s'appliquer à travers le *Code civil du Québec*, ou doit-elle au contraire recevoir une interprétation qui reconnaît son autonomie de principe, interprétation susceptible, le cas échéant, de la faire prévaloir sur ce dernier? C'est la question à laquelle nous nous attardons maintenant. Pour ce qui est de la validité du postulat voulant que la liberté contractuelle puisse permettre à l'individu de compromettre le libre exercice d'une garantie qui lui est accordée par la Charte, nous y reviendrons à une étape ultérieure.

---

<sup>43</sup> Cette affirmation traduit une conception *négative* des droits et libertés, largement acceptée en pratique. Voir : Andrew PETTER et Allan C. HUTCHINSON, « Rights in Conflict: The Dilemma of Charter Legitimacy », (1989) 23 *U.B.C. L. Rev.* 531, 539-541.

## B. L'applicabilité de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans le domaine contractuel

Il s'agit donc d'abord de déterminer les modalités d'application de la Charte aux rapports contractuels régis par le *Code civil du Québec*. La disposition préliminaire du Code civil nous invite d'abord à comprendre la relation entre ces deux instruments comme étant « harmonieuse »<sup>44</sup>. C'est le mode de réalisation de cette harmonie – *in extenso* – qui nous intéresse ici. En ce qui concerne le domaine contractuel, la doctrine a d'abord apprécié l'impact de la Charte à travers le Code civil plutôt que sous l'angle inverse. Aussi, différents auteurs ont-ils préféré la mise en œuvre des droits et libertés par l'intermédiaire du concept d'ordre public, ce qui, dans le langage européen, pourrait être assimilé à une application indirecte. Selon cette idée, toute clause portant atteinte à la liberté d'autrui serait contraire à l'ordre public, et donc nulle de nullité absolue<sup>45</sup>.

Cette approche peut d'abord être critiquée d'un point de vue théorique. D'une part, l'adopter reviendrait à interpréter la Charte comme un simple « *statute* »<sup>46</sup>, lequel aurait ainsi pour seule fonction celle d'éclairer le droit commun<sup>47</sup>. De nature « quasi constitutionnelle »<sup>48</sup>, la Charte québécoise mérite une interprétation téléologique,

---

<sup>44</sup> On y lit : « *Le Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ».

<sup>45</sup> Voir notamment : Louis PERRET, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121, 138 : « Dans le *domaine contractuel*, en précisant d'une façon non limitative le contenu de l'ordre public, elle [la Charte] permet d'entraîner la nullité des contrats ou des clauses contractuelles qui y sont contraires ». Voir aussi : Jean-Louis BAUDOIN et Pierre Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n<sup>o</sup> 133, p. 157.

<sup>46</sup> Voir : A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 4, 54.

<sup>47</sup> Selon la théorie du droit commun, les lois particulières sont adoptées en vue de compléter ou d'expliciter le cadre établi par le Code civil, lequel prend une place centrale dans l'ordre juridique. Voir : Jean-Maurice BRISSON, « Le Code civil, droit commun ? », dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, Journées Maximilien Caron 1992, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 292 ; Alain-François BISSON, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* », (1999) 44 *R.D. McGill* 539.

<sup>48</sup> André MOREL, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49, 62.

tenant compte des intérêts primordiaux devant être protégés<sup>49</sup>. D'autre part, le recours exclusif aux sanctions du Code civil ignore la place qui revient à l'article 49 de la Charte, lequel prévoit le droit de la victime d'une « atteinte illicite » de voir cesser cette atteinte.

La reconnaissance de l'utilité de l'article 49 en vue d'une interprétation téléologique de la Charte semble par ailleurs se révéler essentielle du point de vue pratique, au-delà du débat théorique. La nullité qui se rattache à l'acte juridique contraire à l'ordre public constitue une sanction rigide qui ne laisse aucune place à la conciliation d'intérêts divergents. L'analyse civiliste de la validité d'une clause contractuelle produit un résultat binaire : la clause est valide, ou alors elle est nulle et sans effets. Le contrat frappé de nullité est « réputé n'avoir jamais existé »<sup>50</sup>. Lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les droits et libertés d'une personne au sein d'une relation contractuelle à laquelle elle est partie, la disponibilité de sanctions souples semble essentielle, bien que certains contrats puissent être si contraires à la lettre et à l'esprit de la Charte qu'ils doivent être annulés dans leur intégralité. L'expérience jurisprudentielle permet de démontrer l'utilité du recours de l'article 49, au-delà du champ couvert par l'ordre public contractuel.

En matière de droit du travail, lorsqu'une mesure patronale est jugée discriminatoire, le tribunal impose l'accommodement raisonnable, reconnaissant ainsi la légitimité de la règle à l'encontre des parties non affectées<sup>51</sup>. En principe, on reconnaît donc l'effet obli-

---

<sup>49</sup> Voir notamment : *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 1120 et 1121 :

*La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet.*

<sup>50</sup> Art. 1422 C.c.Q.

<sup>51</sup> Sur l'obligation d'accommodement raisonnable, voir généralement : Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 ; Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001 ; José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 R.D. McGill 325.

gatoire du contrat de travail, lequel prévoit le pouvoir de gestion de l'employeur. Seuls les employés subissant les effets discriminatoires de l'exercice de ce pouvoir pourront bénéficier d'un traitement d'exception. En d'autres termes, la mise en œuvre du droit à l'égalité dans la sphère contractuelle suppose la disponibilité d'un recours en *inopposabilité de la norme* portant discrimination. La validité du contrat n'est pas en cause : c'est l'exercice des droits qu'il confère aux parties qui doit tenir compte des droits et libertés des autres parties.

L'arrêt *Amselem*<sup>52</sup> permet de tirer la même conclusion en ce qui concerne le modèle d'application des garanties de la Charte dans un cadre proprement privatiste, à savoir l'application des dispositions d'une déclaration de copropriété. La sanction appliquée par la Cour suprême, à savoir la suspension temporaire de l'interdiction de construire sur les balcons pendant la fête du Soucoth, correspond à l'idée d'accommodement. Il s'agit d'une sanction flexible qui permet une certaine reconnaissance des intérêts contractuels de la communauté des résidents du Sanctuaire, en plus de l'exercice de la liberté de religion de sa minorité juive. À cet égard, le jugement illustre l'inopportunité du recours exclusif aux sanctions contractuelles civilistes : la nullité de la clause contestée eut permis à tous les résidents de faire subir les modifications désirées aux balcons attenants à leur appartement ! Un tel résultat n'aurait été souhaitable pour personne. Cette conclusion d'ordre pratique nous amène à rejeter l'ordre public et la nullité comme mécanismes satisfaisants en ce qui a trait à la mise en œuvre des garanties de la Charte au sein du rapport contractuel.

Ce rejet de la perspective civiliste nous amène donc à soulever la question de la disponibilité de son alternative : les recours de la Charte sont-ils plus aptes à fournir la sanction adéquate de l'atteinte contractuelle ? Le législateur québécois a d'abord reconnu, à l'article 13 de la Charte, la possibilité de faire déclarer « sans effet » toute stipulation « comportant discrimination »<sup>53</sup>. La suspension des *effets* de la clause discriminatoire peut laisser place à une analyse fondée sur son opposabilité, du moins en ce qui concerne la discrimination par effets préjudiciables. Par ailleurs, le fait qu'on ait choisi de limi-

---

<sup>52</sup> Précité, note 5.

<sup>53</sup> Art. 13 : « Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est sans effet ».

ter l'application de l'article 13 au problème de la discrimination n'implique pas que l'on ait exclu la possibilité de remédier aux atteintes contractuelles visant d'autres garanties que le droit à l'égalité. À notre avis, l'article 13 ne constitue qu'un cas de figure dans l'éventail des sanctions de l'article 49 et n'est évidemment pas le seul qui soit pertinent en ce qui a trait à l'applicabilité de la Charte en matières contractuelles<sup>54</sup>.

Cette conclusion s'impose au regard de la formulation très générale de cette dernière disposition (toute atteinte donne droit à sa cessation<sup>55</sup>), ainsi qu'en vertu de la nature et des objectifs de la Charte. Il faut tenir compte ici du rôle essentiel du contrat dans l'organisation des rapports privés. La somme des obligations contractuelles d'une personne peut constituer la contrainte la plus importante à l'exercice de sa liberté. Remettre en cause l'applicabilité de l'article 49 en matière contractuelle reviendrait ainsi à accepter que le domaine où cette liberté est peut-être le plus susceptible d'être menacée soit soustrait à l'influence normative de la Charte. Une fois de plus, l'arrêt *Amselem*<sup>56</sup> apporte un certain renfort à notre position : il y est bel et bien question d'une atteinte à la *liberté de religion* de l'appelant et non pas à son droit à l'égalité. C'est donc dire que le rôle de la Charte en matière contractuelle est plus étendu qu'il n'y paraît à première lecture.

À notre avis, dans la plupart des situations où le contrat met en jeu les droits et libertés d'une partie contractante, c'est l'article 49 de la Charte qu'il faudrait invoquer en vue d'obtenir la suspension des effets attentatoires de la clause contestée, voire son annulation. À cet effet, on se demandera quels critères permettent de conclure au caractère attentatoire d'une stipulation contractuelle. Contrai-

---

<sup>54</sup> Voir : Maurice DRAPEAU, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne », (1994) 28 R.J.T. 30, 84 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de Benoit MOORE, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357.

<sup>55</sup> Nous ne traiterons pas ici de la controverse qui vise à savoir si l'atteinte et l'atteinte illicite constituent ou non des concepts différents. Au fins de cette étude, nous présumerons que l'atteinte contractuelle à l'exercice d'une liberté protégée donne droit à l'inopposabilité de la clause qui en est à l'origine, que l'on conclue ou non au caractère *illicite* d'une telle clause. Au sujet de ce débat, voir : A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 4, 54 et suiv.

<sup>56</sup> Précité, note 5.

rement aux atteintes d'origine extracontractuelle, l'atteinte aux droits et libertés provoquée par le contrat soulève inévitablement la question du rôle du consentement de la victime dans l'analyse de l'atteinte. D'une part, on hésite peu à qualifier d'*atteinte* la conduite unilatérale d'une tierce partie portant préjudice à l'exercice des droits et libertés d'une personne. Un journal qui publie un article diffamatoire porte atteinte au droit à la réputation de sa victime<sup>57</sup>, de même qu'une entreprise qui soumet ses employés à une surveillance abusive atteint leur droit à la vie privée<sup>58</sup>. D'autre part, le contrat constitue en principe le résultat d'une action bilatérale ou multilatérale, la rencontre des volontés des parties contractantes. C'est donc dire que l'atteinte qui en découle sera le plus souvent le résultat d'une concertation à laquelle la victime est elle-même partie! Cette donnée fondamentale doit permettre de justifier une approche distincte face à la problématique de l'atteinte contractuelle, s'écartant de la présomption classique voulant qu'une simple entrave à l'exercice d'une liberté constitue nécessairement une atteinte à la garantie qui tend à la protéger. Cette idée d'une entrave *concertée* se voit vite opposer l'hypothèse de la renonciation, à laquelle nous nous attarderons maintenant.

### III. Atteinte contractuelle et renonciation

#### A. La renonciation à l'exercice des droits et libertés dans les rapports contractuels

La reconnaissance du pouvoir de renoncer à l'exercice des droits et libertés est d'abord suggérée par l'objet même des garanties conférées par la Charte. On se demandera donc, à titre préliminaire, quelles prérogatives découlent du fait d'en être titulaire. Dans *R. c. Big M Drug Mart*, la Cour suprême définit la liberté – et plus particulièrement la liberté *de religion* – de la façon suivante :

---

<sup>57</sup> Voir *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 994; Nicole VALLIÈRES, *La presse et la diffamation*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1985.

<sup>58</sup> Voir: *Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Québec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111 (C.A.); Claude D'AOUST, Louis LECLERC et Gilles TRUDEAU, *Les mesures disciplinaires: étude jurisprudentielle et doctrinale*, Montréal, École des relations industrielles, Université de Montréal, 1982, p. 219; Linda BERNIER, Lukasz GRANOSIK et Jean-François PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, c. 22.



*La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. [...]*

*La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.<sup>59</sup>*

La liberté constitue donc un pouvoir d'autodétermination, une sphère où chacun est maître d'agir sans subir la contrainte de la volonté d'autrui<sup>60</sup>. Il s'agit d'un pouvoir de choisir les comportements qui correspondent à nos valeurs ou objectifs. Ainsi, la liberté de religion se définit à la fois comme le « droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse » et comme « le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte »<sup>61</sup>. Ce droit peut également s'exercer de façon négative, celui-ci englobant non seulement la liberté d'agir conformément à la religion à laquelle on appartient, mais également celle de *ne pas* pratiquer cette religion ou encore celle de choisir les préceptes auxquels on adhère, au détriment d'autres préceptes pouvant être associés à cette religion. La liberté s'entend à la fois du droit d'exercice et du droit de non-exercice<sup>62</sup>. L'individu libre choisit la trame des valeurs qui guideront son action. À cette fin, il peut adhérer à un mouvement religieux, à une idéologie, à une moralité. Ce choix n'implique pas une adhésion *totale*. Une personne de confession juive peut décider de ne pas suivre les règles du sabbat. Un individu peut choisir de *ne pas* exprimer ses opinions politiques. Qu'est-ce à dire en ce qui a trait à la liberté contractuelle? L'étude de quelques exemples pourra nous éclairer.

En premier lieu, la personne de religion juive qui choisit de ne pas adhérer aux règles du sabbat *exerce* sa liberté de religion en

<sup>59</sup> R. c. *Big M Drug Mart*, [1995] 1 R.C.S. 295, 336-337 (ci-après cité « *Big M Drug Mart* »).

<sup>60</sup> J. RIVERO, *loc. cit.*, note 18, 421.

<sup>61</sup> *Big M Drug Mart*, précité, note 59, 336.

<sup>62</sup> J. WOEHLING, *loc. cit.*, note 51, 371.

acceptant de travailler le samedi. La liberté ne subit aucune entorse puisque le fait pour cette personne d'être indisponible à des fins religieuses en cette journée de la semaine n'atteint aucune conviction. Il s'agit, au contraire, de l'expression du droit de ne pas pratiquer certaines règles du culte. Il est donc naturel que la possibilité de s'engager à l'encontre d'une forme potentielle d'exercice de la liberté soit reconnue<sup>63</sup>. La proposition inverse reviendrait à nier la liberté de *ne pas* agir conformément aux prescriptions objectives attachées à ses croyances.

En second lieu, on se demandera si une personne de confession chrétienne qui choisit de fréquenter l'église tous les dimanches, conformément à sa foi, peut néanmoins, en vertu de sa liberté de religion, accepter un emploi ce même jour. En d'autres termes, la personne libre peut-elle choisir de renoncer à agir conformément à une croyance sincère ? Encore une fois, la réponse ne saurait qu'être positive. Libre, l'individu a le pouvoir de dresser la liste de ses priorités. En l'occurrence, le chrétien pratiquant qui accepte un emploi le dimanche choisit de donner préséance à son travail par rapport à l'exercice de son culte religieux, dans l'hypothèse où ces deux valeurs ne sauraient être conciliables. Pour l'heure, il accepte de limiter l'exercice de sa foi à la poursuite d'un objectif qui s'en détache.

Ces deux exemples constituent des illustrations de ce qu'implique l'exercice d'une liberté. Tantôt l'individu est parfaitement libre d'adapter ses comportements à ses croyances profondes, tantôt ceux-ci sont contraints par des exigences externes. L'essence de la liberté, c'est d'abord la *possibilité de choisir*. Toutefois, comme le soulignait la Cour suprême dans un autre contexte, « [l]a liberté de croyance est plus large que la liberté d'agir sur la foi d'une croyance »<sup>64</sup>. Cette idée intéresse non seulement l'étendue des garanties, mais également le pouvoir individuel d'en aménager l'exercice. On pourrait en

---

<sup>63</sup> Cette idée est aussi reflétée par la possibilité de consentir à certains empiètements sur son intégrité physique ou sa vie privée : « *When I give my consent, whether through contract, another juridical act – acte juridique – or by any other means, for example, to a physician to amputate my leg or to a magazine to publish a photograph of me in the nude, it seems to me that I am exercising my right. I am not declining to exercise it* » : Adrian POPOVICI, « Personality Rights – A Civil Law Concept », 50 *Loy. L. Rev.* 349, 355 (2004).

<sup>64</sup> *University Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, par. 36 (J. Iacobucci et J. Bastarache) (ci-après cité « *University Trinity Western* »).

déduire que la liberté de croire devrait donc être plus étendue que la liberté d'agir au mépris de ses obligations contractuelles...

Dans la mesure où l'on conçoit la garantie en cause comme conférant un *pouvoir d'autodétermination* à son titulaire, il semble donc que la possibilité de renoncer à l'exercice des droits et libertés doive couler de source – voire même que la renonciation soit de fait inévitable<sup>65</sup>. L'exercice d'une prérogative positive découlant d'une liberté (se rendre à l'église le dimanche) implique nécessairement le non-exercice de son corollaire négatif (renoncer à s'y rendre). Choisir, c'est donc bel et bien renoncer, le choix d'une facette dite « positive » de la liberté impliquant naturellement le rejet de sa facette « négative ». Cette idée selon laquelle exercer une garantie correspondra toujours à renoncer à l'exercer autrement est parfois évoquée de manière presque explicite par le texte même de certains instruments. La Loi fondamentale de l'État d'Israël garantit la liberté de chaque citoyen de s'adonner à toute occupation, profession ou entreprise<sup>66</sup>. Or, il est clair qu'accepter de travailler pour un employeur donné (exercer sa liberté de travail) correspondra le plus souvent à renoncer à travailler chez son compétiteur (ou renoncer à exercer sa liberté autrement). Cela ne devrait pourtant pas mener à l'invalidation de tous les contrats de travail, au seul motif que ceux-ci limitent le plein exercice de la garantie constitutionnelle ! Sous cet angle, la reconnaissance du pouvoir de renoncer s'impose, *car exercer sa liberté, c'est renoncer à son exercice*. Ce principe fondamental a sans doute les allures d'un paradoxe orwellien, mais il n'est finalement que le reflet de la dualité propre à la notion de liberté.

<sup>65</sup> La prémisse sur laquelle est fondée cette affirmation soulève la question de savoir si certaines garanties devraient au contraire être perçues comme des *valeurs* supérieures à la volonté du titulaire. Le droit à la dignité humaine constitue certainement un cas de figure problématique, comme l'a illustré la célèbre affaire française du lancer du nain, Conseil d'État (27 octobre 1995) req. n° 136-727 (Commune de Morsang-sur-Orge) et n° 143-578 (Aix-en-Provence). Dans cette affaire, le Conseil d'État français a jugé que le respect de la dignité humaine constituait une composante essentielle de l'ordre public, rendant ainsi nulle toute convention par laquelle une personne de petite taille acceptait de se faire lancer. L'argument des nains, selon lequel la dignité humaine assure un pouvoir d'autodétermination à son titulaire, fut rejeté. Pour une discussion des différentes conceptions du droit à la dignité, voir : Roger BROWNSWORD, « Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity », dans D. FRIEDMANN et D. BARAK-EREZ, *op. cit.*, note 23, p. 181 et suiv.

<sup>66</sup> Art. 3 : « *Every citizen or resident of the State is entitled to engage in every occupation, profession or business* ». Voir : A. BARAK, *loc. cit.*, note 28, 14.

Loin de résoudre la problématique, cette idée soulève un important problème de perspective : on pourra toujours concevoir une situation donnée comme relevant alternativement de l'exercice d'une prérogative ou du non-exercice de son envers. Il s'agira donc de choisir quelle hypothèse semble la plus conforme à la situation factuelle. Pour en revenir à un exemple qui nous est familier, doit-on considérer l'adhésion de M. Amselem à la déclaration de copropriété comme l'exercice de sa liberté de *ne pas* construire une *souccah* sur son balcon, malgré les commandements auxquels il s'estime lié, ou plutôt comme un comportement n'étant pas susceptible de faire foi de son détachement par rapport à ceux-ci (rendant par le fait même la clause attentatoire à la liberté)? Le choix d'une perspective au détriment d'une autre doit constituer l'aboutissement du raisonnement et non pas son point de départ. Il nous faut donc rejeter la présomption selon laquelle *l'entrave* à l'exercice d'un droit, entraînée par l'effet obligatoire du contrat, constitue nécessairement une *atteinte* à ce dernier<sup>67</sup>. Il s'agit alors de déterminer si l'entrave comporte les qualités conceptuelles de l'atteinte, ou si l'adhésion au contrat relève plutôt d'un choix légitime qu'il faille reconnaître et mettre en œuvre. Nous l'avons déjà souligné : conclure au caractère attentatoire d'une norme contractuelle revient à nier, dans une certaine mesure, la pertinence de l'expression de volonté du contractant.

Malgré une certaine réticence des tribunaux judiciaires à reconnaître les effets de la renonciation, certaines décisions de la Cour suprême nous amènent à suggérer que le pouvoir de renoncer est d'ores et déjà reconnu en droit positif. On a bien sûr rejeté la possibilité de renoncer à *l'application* d'une loi visant la protection des

---

<sup>67</sup> En vertu de l'application de la Charte canadienne, on conclut généralement à l'atteinte à un droit dès lors que son exercice est limité par une norme étatique. L'étape ultérieure du raisonnement consiste à se demander si cette *atteinte* peut être rachetée sur la base de l'article 1<sup>er</sup>. Dans la négative, on conclut à la *violation* du droit invoqué. Voir notamment : R. c. *Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 (ci-après cité « *Swain* »). Ainsi, la violation repose sur la prémisse de l'atteinte, qui peut quant à elle être déduite à l'étape préliminaire. Au contraire, dans le domaine des rapports privés, « l'atteinte à un droit de la personnalité est l'aboutissement du raisonnement ». Il faut donc connaître les étapes de ce raisonnement en vue de conclure à une atteinte. Voir : Adrian POPOVICI, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2001) 34 *R.J.T.* 607, 623.

droits et libertés de la personne<sup>68</sup>, mais il ne s'agit pas ici de remettre en cause ce principe. Au contraire, la renonciation à l'exercice d'un droit doit s'envisager dans le cadre de l'application des lois de ce type<sup>69</sup>. Il ne s'agit donc pas de prétendre que la personne qui renonce perd la protection offerte par la Charte, mais bien qu'elle ne pourra pas réussir à prouver les éléments constitutifs de l'atteinte. Tout au plus, la renonciation participe de la conception voulant que le titulaire d'un droit ou d'une liberté fondamentale ait le pouvoir d'en aménager l'exercice. À cet égard, différentes avenues ont été explorées.

Pour certains, le pouvoir de renoncer découle de la protection accordée au droit à la vie privée. Rejeter la validité d'une renonciation librement consentie correspondrait à s'immiscer au sein d'une sphère d'intimité, que l'on reconnaît par ailleurs être sous contrôle exclusif de la personne. Ce lien unissant vie privée et autonomie individuelle a été souligné, tant par la doctrine que par la jurisprudence. Pour le professeur Rivero, « la liberté de la vie privée est la reconnaissance au profit de chacun d'une zone d'activité qui lui est propre, et qu'il est maître d'interdire à autrui »<sup>70</sup>. C'est de cette faculté que naît la liberté contractuelle<sup>71</sup>, liberté de s'engager auprès d'autrui en échange d'un bénéfice auquel on ne pourrait avoir droit autrement ; liberté, donc, d'agir de façon autonome. On peut percevoir l'influence de ces idées libérales dans le jugement du juge LaForest dans l'arrêt *Godbout c. Ville de Longueuil* :

*Bien que les exigences de la vie en société s'opposent, bien sûr, à ce que soit garanti à chacun le droit absolu d'agir comme bon lui semble, la faculté fondamentale des individus de faire des choix essentiellement privés sans subir de restrictions inopportunes commande la protection*

<sup>68</sup> Voir notamment : *Dickason c. Université de l'Alberta*, précité, note 49, 1130 ; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 154 ; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, 213 et 214.

<sup>69</sup> Il faut d'abord distinguer l'abandon d'un droit et la renonciation à son exercice. Voir : Philippe FRUMER, *Le renoncement aux droits et libertés : la Convention européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 441.

<sup>70</sup> Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, t. 2, 5<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1996, p. 76 et 77.

<sup>71</sup> Voir notamment : François RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi les autres ?*, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 12.

*de la loi, de manière que seules des considérations importantes puissent faire obstacle à son exercice.*<sup>72</sup>

Cette faculté d'autonomie est susceptible d'aménagement, tel que l'a établi l'arrêt *Lac d'Amiante*<sup>73</sup>. Traitant du droit des parties à un procès civil de demander la confidentialité des documents soumis en preuve, le juge Lebel a estimé que le déclenchement même d'une procédure judiciaire emporte renonciation à certains aspects du droit à la vie privée :

*Même si des dossiers ou des informations sont confidentiels ou relèvent de la vie privée, la partie qui engage un débat judiciaire renonce, à tout le moins en partie, à la protection de sa vie privée. [...] Cependant, la règle de confidentialité cherche à limiter l'atteinte à la vie privée à l'étape de l'examen préalable en la restreignant à la mesure nécessaire pour la conduite du débat.*<sup>74</sup>

En principe, l'individu doit donc être libre de choisir la poursuite d'intérêts privés qui s'opposeraient au maintien d'une autodétermination parfaite au chapitre des droits et libertés qui lui sont garantis par la Charte. Du point de vue civiliste, on se permettra même de mettre en doute la survivance pratique du concept de *capacité juridique* tel que nous le connaissons dans l'hypothèse où la liberté de renoncer ne serait pas reconnue. Si l'on permet d'invoquer la nullité des clauses contractuelles qui, *prima facie*, ont pour effet de limiter l'exercice d'une liberté fondamentale, on porte un coup fatal à la possibilité pour le tiers de s'assurer du respect des engagements assumés en ouvrant toute grande la porte à l'opportunisme. Par conséquent, si l'on reconnaît aux chrétiens le pouvoir de demander la nullité des contrats les engageant à fournir des services le dimanche, on porte atteinte à leur capacité pratique de s'engager ce jour-là. Le

---

<sup>72</sup> [1997] 3 R.C.S. 844, par. 15 (ci-après cité « *Godbout* »). (Nos non-italiques). On peut résumer cette affaire de la façon suivante. La Ville de Longueuil avait adopté une résolution obligeant tous ses employés à habiter sur le territoire de la municipalité. De manière à obtenir sa permanence, Mme Godbout avait accepté de signer une déclaration par laquelle elle s'engageait à établir sa résidence principale à Longueuil. Suite à son refus de donner suite à cet engagement, cette dernière fut congédiée et intenta une action pour obtenir des dommages-intérêts et pour être réintégrée dans ses fonctions. Se prononçant sur la validité de l'obligation de résidence, la Cour suprême estima que cette dernière violait le droit à la vie privée, garanti à l'article 5 de la Charte. Notons par ailleurs que la renonciation n'a pas été reconnue dans cet arrêt.

<sup>73</sup> *Lac D'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743.

<sup>74</sup> *Id.*, par. 42.

client, au fait de la possibilité de voir le contrat sanctionné de nullité, exigera que les services soient dispensés par un juif ou par un musulman, moins susceptible d'être voué au respect du dimanche, ce qui soulève inévitablement le problème de la discrimination dans le choix d'un cocontractant. Pareille conséquence est à la fois absurde et contraire à l'objectif de protection des droits et libertés.

La plupart des décisions canadiennes en matière de renonciation ont d'ailleurs su éviter l'écueil de la négation du pouvoir individuel d'aménager par avance l'exercice des droits et libertés. Dans *Frenette c. La Métropolitaine*, la Cour suprême a donné raison à une compagnie d'assurance qui avait déposé une requête en vue d'obtenir copie du dossier médical d'un assuré, invoquant une clause du contrat d'assurance qui prévoyait son droit d'accéder à ce document. L'assuré plaidait que cette clause portait atteinte à son droit à la vie privée et que le contrat d'assurance ne pouvait être interprété de manière à le priver de son droit. La Cour suprême confirma le bien-fondé de la requête de la compagnie d'assurance, refusant d'admettre le caractère attentatoire de la clause :

*En l'espèce, les termes clairs du contrat ont permis de résoudre facilement la question de l'accès et de la portée de cet accès. Si le titulaire du droit à la confidentialité a renoncé clairement à ce droit [...] la question du droit au respect de la vie privée ne se pose plus car [...] le titulaire du droit a, de son propre chef, renoncé au respect de sa vie privée aux conditions qu'il a lui-même fixées [...].*<sup>75</sup>

La conception selon laquelle certaines garanties en matière de droits et libertés confèrent un pouvoir d'autodétermination à leur titulaire a donc formellement été adoptée. Le droit à la vie privée accorde le pouvoir d'aménager l'accès à la sphère intime, pouvoir susceptible d'être exercé par voie contractuelle. Ainsi, dans la mesure où la requête de la compagnie d'assurance respecte les règles de cet aménagement (telles qu'établies par le contrat), il ne peut y avoir atteinte à l'objet de la garantie, celui-ci ayant été modelé aux fins de la conclusion du contrat. La renonciation permet donc de conclure à l'exercice d'une garantie, dans les circonstances où l'on pourrait autrement conclure à son atteinte.

---

<sup>75</sup> [1992] 1 R.C.S. 647 (ci-après cité « *Frenette* »).

Cette même idée a aussi été évoquée en matière de renonciation aux garanties procédurales. Les arrêts *Mills c. La Reine*<sup>76</sup> et *R. c. Rahey*<sup>77</sup>, traitant tous deux de la possibilité de renoncer à la tenue d'un procès dans un délai raisonnable, ont évalué l'impact de la renonciation *par rapport à l'objet de la garantie* :

[...] *la renonciation par l'accusé à invoquer certaines périodes dans le calcul peut être un facteur à prendre en considération en déterminant si un délai est déraisonnable. Le délai demandé, causé ou accepté par un accusé doit normalement être exclu de l'évaluation du caractère raisonnable [...].*<sup>78</sup>

Un accusé qui accepte un délai supplémentaire à la tenue de son procès contribue à *définir* le concept de raisonabilité en ce qui le concerne. L'acceptation d'un ajournement permet de démontrer qu'en réalité, l'accusé a consenti à ce que la date du procès soit remise, ce qui illustre sa propre conception de ce que peut être un délai raisonnable. Une fois de plus, on accorde une certaine importance à la faculté individuelle d'aménager l'étendue des garanties dont on bénéficie. Le principe est analogue à celui qui fut énoncé dans *Frenette*<sup>79</sup>.

En ce qui concerne le problème de l'atteinte contractuelle, il faut donc conclure qu'une clause du contrat ne pourra être qualifiée d' attentatoire que dans la seule mesure où l'on démontrera que cette dernière empiète sur la garantie en cause, de façon contraire à la volonté de la partie lésée. Comme la clause contestée pourra, dans tous les cas, être présentée comme *aménageant* l'exercice du droit en cause aux fins de la relation contractuelle, le contrat par ailleurs valide devra, en principe, faire *présumer* renonciation<sup>80</sup>. Il ne pourra donc y avoir *atteinte* aux droits et libertés *que dans la mesure où la renonciation présumée à l'exercice de cette liberté serait déclarée invalide*. Dans cette optique, il reste donc à déterminer les

<sup>76</sup> [1986] 1 R.C.S. 863 (ci-après cité « *Mills* »).

<sup>77</sup> [1987] 1 R.C.S. 588 (ci-après cité « *Rahey* »).

<sup>78</sup> *Id.*, 612 (J. Lamer). (Nos non-italiques).

<sup>79</sup> Précité, note 75.

<sup>80</sup> Dans *Amselem* (précité, note 5, par. 156), le juge Bastarache souligne que le fardeau de preuve en matière d'atteinte aux droits et libertés appartient à la partie qui allègue l'atteinte. Dans la mesure où l'on rejette la présomption qui fait automatiquement d'une *entrave* au plein exercice d'un droit une *atteinte* à ce droit, il faut conclure que la preuve d'une simple *limitation* issue du rapport contractuel ne pourrait parvenir seule à satisfaire le fardeau.



critères qui nous permettront de conclure à une renonciation valide. Vu l'état embryonnaire du droit sur cette question, l'exercice qui suit ne peut prétendre à l'exhaustivité; il doit être considéré comme une simple contribution aux fins de l'élaboration d'une véritable théorie de la renonciation contractuelle en droit québécois.

## **B. Les modalités d'une renonciation valide**

En somme, si le contrat peut constituer *le mode d'expression* de la volonté du renonçant, la question de la *validité* de la renonciation demeure entière. Il s'agit donc d'identifier les conditions de formulation de la volonté abdicative, en vue de la protection des libertés individuelles et de l'intérêt public<sup>81</sup>. Dans la mesure où l'on accepte la validité du raisonnement qui assimile la renonciation à l'exercice de la liberté elle-même, nous devons d'abord procéder à l'examen du contexte de cette renonciation. D'une part, la renonciation doit répondre aux exigences associées à ses assises justificatives. Elle doit donc découler de l'expression d'une volonté *libre* (1) et *éclairée* (2). D'autre part, les tribunaux ne sauraient reconnaître la validité d'une renonciation qui heurte *l'ordre public* (3). L'appartenance de ces critères au droit des contrats ne doit pas nous surprendre, étant donné l'origine contractuelle de la renonciation dont il est ici question. Aussi faudra-t-il reconnaître la validité de la clause portant renonciation de manière à y voir un aménagement de la garantie à laquelle on a renoncé.

### **1. Une renonciation libre**

On l'a fait valoir plus haut: la renonciation contractuelle aux droits et libertés a fait l'objet de bien peu d'attention en droit canadien. À cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme s'avère intéressante<sup>82</sup>. Les arrêts *Van der Mussele*<sup>83</sup> et

---

<sup>81</sup> Voir: P. FRUMER, *op. cit.*, note 69, p. 549.

<sup>82</sup> Sur la pertinence de se référer aux sources européennes en ce qui a trait à l'analyse des instruments de protection des droits et libertés, voir: Walter S. TARNOPOLSKY, «Sources communes et parenté de la Convention européenne et des instruments canadiens des droits de la personne», dans Daniel TURP et Gérald BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 77.

<sup>83</sup> *Van der Mussele*, n° 8919/80, 27 octobre 1983.

*Deweer*<sup>84</sup> constituent sans doute les décisions les plus célèbres en ce qui concerne la liberté de la renonciation, pierre d'assise d'une analyse visant à en déterminer la validité.

Les faits de la première affaire sont les suivants. Le requérant Van der Mussele, ressortissant belge, était stagiaire en droit. Le Bureau de consultation et de défense du Barreau d'Anvers le désigna comme avocat d'office d'un certain Njie Ebrima, soupçonné de vol et de trafic de drogue. Celui-ci fut défendu par le requérant, lequel consacra moins de vingt heures de travail à cette cause. À la fin des procédures, le Barreau informa ce dernier qu'en vertu du Code judiciaire belge, il ne devait recevoir aucune rémunération en contrepartie du travail fourni. M. Van der Mussele déposa une requête devant la Commission européenne des Droits de l'Homme sur la base de l'article 4-2 de la Convention, selon lequel « nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire ». Il alléguait qu'un refus d'assistance gratuite l'eût exposé à des sanctions de la part du Barreau et qu'ainsi son travail n'avait pas été librement entrepris.

Il s'agit donc d'une affaire où le concept de liberté fut directement en cause – la *liberté de travail* impliquant que nul ne puisse être forcé à travailler contre son gré. La Cour souligna d'abord la nature contractuelle de l'atteinte alléguée et insista sur le principe voulant qu'un travail exécuté sur une base consensuelle ne puisse *a priori* tomber sous la définition du « travail forcé » :

[U]n travail à exécuter en vertu d'un contrat librement conclu ne saurait tomber sous le coup de l'article 4 par cela seul que l'un des deux contractants s'est engagé envers l'autre à l'accomplir et s'expose à des sanctions s'il n'honore pas sa signature.<sup>85</sup>

La Cour se pencha ensuite sur la liberté du consentement donné par M. Van der Mussele et considéra la contrainte à laquelle ce dernier prétendait avoir été soumis :

*Si Me Van der Mussele avait refusé, sans raison valable, d'assurer la défense de M. Ebrima, il n'aurait encouru aucune sanction de caractère pénal. En revanche, il aurait risqué de voir le conseil de l'Ordre rayer son nom de la liste des stagiaires ou rejeter sa demande d'inscription au*

<sup>84</sup> *Deweer*, n° 6903/75, 5 février 1980.

<sup>85</sup> *Van der Mussele*, précité, note 83, par. 34.

*tableau, perspective assez redoutable pour pouvoir constituer « la menace d'une peine » [...].*<sup>86</sup>

Malgré l'existence d'une contrainte, la Cour se demanda néanmoins si, en l'espèce, le requérant avait consenti de plein gré à assurer la défense de M. Ebrima. À cet égard, elle considéra comme pertinente l'adhésion implicite de M. Van der Mussele aux règles du Barreau le jour où il choisit d'embrasser la profession d'avocat. De manière à déterminer la liberté du consentement du requérant, la Cour opta pour un test de proportionnalité :

*[A]près avoir constaté l'existence d'un risque analogue à « la menace d'une peine » puis la valeur relative de l'argument tiré du « consentement préalable » du requérant, [la Cour] prend en compte l'ensemble des circonstances de la cause, sous l'angle des préoccupations qui sous-tendent l'article 4 de la Convention européenne, pour déterminer si le service exigé de Me Van der Mussele tombe sous le coup de l'interdiction du travail obligatoire. Il pourrait en aller ainsi d'un service à fournir pour accéder à une profession donnée, s'il imposait un fardeau à ce point excessif, ou hors de proportion avec les avantages attachés à l'exercice futur de celle-ci, que l'intéressé ne saurait passer pour s'être par avance « offert de son plein gré » à l'accomplir ; tel pourrait être le cas, par exemple, d'une tâche étrangère à ladite profession.*<sup>87</sup>

Ainsi, le raisonnement de la Cour peut se résumer en trois volets : 1<sup>o</sup> Le requérant était-il sujet à une peine importante s'il refusait de remplir le mandat confié par le Barreau ? 2<sup>o</sup> Avait-il donné son assentiment aux « règles générales » sous-tendant l'accession à la profession d'avocat ? 3<sup>o</sup> Le fardeau imposé était-il disproportionné par rapport aux avantages retirés en vertu du choix initial ?

La Cour refusa finalement de donner suite à la requête de M. Van der Mussele en tenant compte du rapport entre les avantages découlant de l'accession au Barreau et les charges inhérentes à cette accession. Au chapitre des avantages, la Cour retint le fait que les services fournis concourraient à la formation professionnelle du requérant et qu'ils lui permettraient éventuellement d'accéder à une profession dont l'Ordre jouit d'un monopole. En outre, elle nota le fait que l'obligation imposée à M. Van der Mussele n'était pas excessive.

---

<sup>86</sup> *Id.*, par. 35.

<sup>87</sup> *Id.*, par. 37. (Nos non-italiques).

Dans l'arrêt *Deweer*<sup>88</sup>, la Cour européenne des Droits de l'Homme eut à décider de la validité d'une renonciation dans le cadre d'un contrat de transaction<sup>89</sup>. Dans cette affaire, le requérant exerçait le métier de boucher dans la région de Louvain, en Belgique. Un jour, il reçut la visite d'un inspecteur, lequel constata une infraction relative au prix chargé pour la viande de porc et décida d'ordonner la fermeture de l'établissement jusqu'à ce que le tribunal se penche sur l'affaire. M. Deweer reçut par la suite une offre de transaction suivant laquelle l'ordre de fermeture pourrait prendre fin le lendemain du paiement d'une somme de 10 000 FB, somme peu élevée en comparaison du manque à gagner engendré par la fermeture. Ce dernier accepta l'offre, tout en réservant ses droits de réclamer la restitution de la somme versée devant les tribunaux civils. À l'encontre des agissements du représentant de l'État belge, M. Deweer invoqua l'article 6-1 de la Convention, lequel protège le droit de toute personne « à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable [...] ».

La Cour estima d'une part qu'en acceptant l'offre de transaction, « M. Deweer renonçait à se prévaloir de son droit à un examen de sa cause par un tribunal »<sup>90</sup>, notant que ce type de renonciation se rencontrait fréquemment, tant au civil (transactions, conventions d'arbitrage) qu'au pénal (amendes). D'autre part, elle souligna le fait qu'une telle renonciation ne peut être opposable que dans la mesure où la contrainte exercée sur le renonçant se limite à sanctionner le refus de transiger par la mise en branle de procédures judiciaires normales. En l'espèce, le caractère modique de la somme réclamée par rapport à la crainte d'une fermeture prolongée rendait si contraignante l'offre de transaction que le requérant se voyait enlever toute possibilité réelle de ne pas l'accepter. La Cour conclut

---

<sup>88</sup> Précité, note 84.

<sup>89</sup> La transaction constitue de fait une forme de renonciation : son objet consiste en l'extinction d'une créance à faire valoir. Voir : Frédérique DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 52-54.

<sup>90</sup> *Deweer*, précité, note 84, par. 49. Notons que la possibilité de renoncer au droit d'agir en justice en matières civiles a été reconnue dans la plupart des juridictions, notamment pour permettre la reconnaissance de l'effet obligatoire des conventions d'élection de for et d'arbitrage et des mécanismes consensuels de règlement de différends. Voir généralement : Charles JARROSSON, « Les modes alternatifs de résolution de différends : présentation générale », (1997) *R.I.D.C.* 325.

donc à l'absence d'une renonciation valide et à l'atteinte au droit à l'audition devant un tribunal.

À la lumière de ces deux décisions, il est possible de tirer différentes conclusions quant à l'approche privilégiée par la Cour européenne des Droits de l'Homme relativement aux modalités de la volonté de renoncer à un intérêt protégé par la Convention. D'une part, on reconnaît la validité d'une renonciation à un droit ou à une liberté dans la mesure où un avantage particulier en découle. D'autre part, l'existence d'une contrainte préalable à l'exercice de la liberté contractuelle est aussi un facteur pertinent. Dans *Van der Musselle*, la Cour a reconnu qu'un refus d'accéder à la demande du Barreau eut comporté des conséquences néfastes pour la carrière de ce dernier. En l'espèce, il s'agissait d'une contrainte *attachée à l'obtention d'un avantage* (autre que l'évitement de la contrainte). Dans ce contexte, la renonciation pouvait être valide dans la mesure où l'avantage et la contrainte s'équivalaient sur une échelle de proportionnalité<sup>91</sup>. En d'autres termes, l'acceptation de la contrainte ne paraissait pas déraisonnable au vu des avantages obtenus par le fait de cette contrainte. Dans *Deweer*, la renonciation fut au contraire *le fruit de la contrainte* plutôt que celui de la quête d'un avantage distinct. La renonciation fut motivée par le désir d'échapper à une conséquence néfaste plutôt que par la recherche d'un avantage. La renonciation fut donc sans effet, le consentement à l'entrave étant vicié par la crainte. En somme, *la renonciation doit être le reflet du libre consentement*.

En y pensant bien, cette idée est presque tautologique : si la renonciation peut constituer l'exercice d'une liberté, encore faut-il que la liberté s'exerce... librement ! En ce sens, l'interprète devra rechercher « l'intention réelle de l'individu de ne pas faire valoir une prérogative attachée à lui »<sup>92</sup>. Le procédé visant à apprécier les avantages découlant de la renonciation, adopté par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans *Van der Musselle* et *Deweer*, constitue finalement un moyen de prouver la liberté de la renonciation. Le lien causal entre la poursuite d'un intérêt et l'intention de ne pas faire valoir un droit permettra, dans certains cas, de remettre en cause l'impact d'une contrainte dans l'expression de la volonté

---

<sup>91</sup> Voir aussi les décisions *Vereniging*, n° 11308/84, 13 mars 1986 ; *Stedman*, n° 29107/95, 9 avril 1997 ; *Konttinen*, n° 24949/94, 3 décembre 1996.

<sup>92</sup> F. DREIFUSS-NETTER, *op. cit.*, note 89, p. 57.

abdicative. L'exemple des contrats de transaction illustre bien cette idée. Dans tous les cas, la renonciation au droit à l'audition devant un tribunal sera accompagnée d'une contrainte : celle de la poursuite judiciaire, en cas de non-renonciation. Seule la crainte d'une conséquence disproportionnée par rapport au bénéfice découlant de la transaction pourra être considérée comme viciant le consentement abdicatif. La liberté de la renonciation dépend en ce sens du caractère accessoire de la contrainte qui en serait à l'origine, dans la mesure où cette dernière pourrait être démontrée.

L'équilibre du pouvoir contractuel des parties constitue clairement un aspect pertinent de l'analyse de la liberté de la renonciation. Selon le professeur Rivero, « toute supériorité – physique, économique, patrimoniale – peut peser sur la volonté de celui qui s'y trouve assujéti »<sup>93</sup>. Ainsi, la personne qui renonce à l'exercice de sa liberté au profit d'un monopole pourra faire valoir que la situation s'oppose à l'expression d'un choix véritable, dans la mesure où la privation de l'avantage recherché aurait des effets négatifs importants. Une compagnie détenant le monopole du transport en commun ne pourrait imposer à ses usagers l'obligation de ne pas critiquer son mode d'opération<sup>94</sup>. Dans un tel cas, ces derniers seraient soumis à un choix contraignant : renoncer à l'exercice de leur liberté d'expression ou perdre l'accès au transport en commun. La renonciation ne serait alors pas *libre* : elle dépendrait plutôt de la contrainte associée à la non-renonciation, n'étant pas rationnellement liée à l'obtention d'un intérêt distinct. La Cour suprême a adopté un raisonnement analogue dans *Godbout* :

*[...] les prétentions de l'appelante au sujet de la renonciation sont loin d'être convaincantes car elles ne tiennent pas compte du fait que l'intimée n'avait pas d'autre choix que de se plier à l'obligation de résidence si elle voulait obtenir son statut d'employée permanente de la municipalité. Il est de la nature de la renonciation qu'elle soit exprimée librement pour être valable.*<sup>95</sup>

Ces idées rappellent les dispositions du droit commun relatives aux contrats d'adhésion ou de consommation, matières où la protection des personnes a justifié l'adoption de règles de validité plus strictes. L'article 1437 C.c.Q. prévoit la nullité de la clause abusive

<sup>93</sup> J. RIVERO, *loc. cit.*, note 18, 422

<sup>94</sup> Voir : G. PHILLIPSON, *loc. cit.*, note 19, 846 ; P. FRUMER, *op. cit.*, note 69, p. 564.

<sup>95</sup> *Godbout*, précité, note 72, par. 71 (j. La Forest).

d'un contrat de consommation ou d'adhésion « *si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci* »<sup>96</sup>. Cette règle reprend l'essence du raisonnement selon lequel la liberté de la renonciation peut être déduite de l'existence d'un lien rationnel entre les avantages et les inconvénients qui en découlent, au même titre que la clause d'un contrat d'adhésion sera présumée valide si son objet se rapporte aux règles gouvernant habituellement le type de convention dont il est question.

En contexte de relations de travail, il faut également considérer la validité d'une renonciation *collective* à l'exercice d'une liberté, d'une renonciation *pour autrui*<sup>97</sup>. D'abord, cette idée semble opposée au caractère individuel des libertés publiques : on conçoit mal comment l'interprète pourrait trouver, dans la relation entre le salarié et son syndicat, une délégation implicite du pouvoir de renoncer à l'exercice des droits et libertés de chacun des membres. La reconnaissance juridique de la volonté collective pourrait en outre mettre en péril la protection des libertés des minorités<sup>98</sup>. On peut également critiquer la possibilité de renoncer collectivement en invoquant la menace des ingérences du pouvoir économique. La légitimité du processus de négociation collective ne devrait pas supplanter l'objectif de protection des droits et libertés individuels<sup>99</sup>. Le contrat de travail ne saurait répondre seul à l'ensemble des doléances des travailleurs, tel que l'a exprimé un auteur américain :

*The emphasis labour law places upon the collective contract tends to legitimate it as the pre-eminent source of law in the organized workplace and as the ultimate goal of the employees' unionization struggle. [...] The overall thrust is to channel employee aspirations into conventional economic demands. Yet focussing on the contract as the primary repository*

<sup>96</sup> Art. 1437 C.c.Q. : « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ».

<sup>97</sup> Voir notamment : P. FRUMER, *op. cit.*, note 69, p. 402 et 558.

<sup>98</sup> Dickason, précité, note 49, 1131.

<sup>99</sup> Pour certains, cette tension entre négociation collective et protection des droits individuels a même fait naître un « fossé culturel » entre les spécialistes du droit du travail et ceux des droits de la personne. Voir : C. BRUNELLE, *op. cit.*, note 51, p. VII.

*of employee rights deflects scrutiny from the terms of the waiver involved. It suggests instead that the reality or appearance of due process in the bargaining stage endows negotiated working conditions with the imprimatur of justice, no matter how onerous or inequitable they may be.*<sup>100</sup>

La négociation du contrat du travail vise d'abord et avant tout à obtenir de l'autre partie un certain nombre de concessions quant aux modalités générales de la relation d'emploi. La légitimité qu'on peut y attacher correspond donc à une légitimité *économique*, qui ne s'intéresse pas précisément à la valorisation des droits et libertés de tout un chacun. Le syndicat, mandataire des travailleurs dans le processus de négociation, n'a pas pour mission d'aménager en leur nom l'exercice futur des droits dont ils sont titulaires. On peut donc douter qu'un pouvoir de renoncer puisse effectivement être exercé librement dans un tel contexte<sup>101</sup>. Il ne serait alors plus possible de prétendre qu'une telle renonciation participe effectivement de l'exercice de la liberté elle-même. Cela ne signifie pas pour autant que l'on doive rejeter la pertinence de l'expression d'une volonté collective, celle-ci s'inscrivant non pas au stade de *l'atteinte* mais bien à celui de sa *justification*. Nous reviendrons à cette idée en fin d'analyse<sup>102</sup>.

La liberté de la renonciation, critère essentiel de son opposabilité, n'en demeure pas moins un critère insuffisant. La protection efficace des droits et libertés dans la sphère contractuelle impose la considération d'un second critère lié au premier : celui d'une renonciation *éclairée*.

## **2. Une renonciation éclairée**

Pour produire ses effets, la renonciation doit être éclairée, d'abord quant à l'existence et à la portée des garanties qui lui sont assujetties, ensuite en ce qui concerne les conséquences de l'acte pour le renonçant<sup>103</sup>. Cette norme s'impose en raison de l'objectif de pro-

---

<sup>100</sup> Karl E. KLARE, « The Public/Private Distinction in Labour Law », 130 *U. of Penn. L.R.* 1358, 1400 (1982)

<sup>101</sup> Voir : Dickason, précité, note 49, 1131.

<sup>102</sup> Voir *infra*, Partie III.

<sup>103</sup> P. FRUMER, *op. cit.*, note 69, p. 569 ; F. DREIFUSS-NETTER, *op. cit.*, note 89, p. 159 et 160.



tection des droits et libertés, lequel s'opposerait à ce qu'une personne y renonce sans être consciente de ce qu'il en retourne. On ne saurait par ailleurs assimiler une renonciation faite dans l'erreur au plein exercice de la liberté, ce qui soulève l'épineuse question des effets découlant d'un manquement à l'obligation d'information.

Il s'agit donc, dans un premier temps, de savoir comment ce fardeau informationnel doit être réparti entre le renonçant et son cocontractant. Au chapitre des droits et libertés opposables à l'État, la jurisprudence impose généralement à ses organes l'obligation d'informer le renonçant. Dans *R. c. Bartle*<sup>104</sup>, la Cour suprême a reconnu la possibilité de renoncer à une garantie procédurale uniquement si le titulaire de cette garantie comprend pleinement la nature des droits auxquels il renonce et à la condition que la renonciation soit explicite. En l'espèce, la Cour a refusé de reconnaître la validité de la renonciation d'un détenu à son droit à l'avocat sur la base de l'omission des autorités policières de mentionner la disponibilité de conseils juridiques gratuits au moment même de la détention<sup>105</sup>. La Cour a adopté une perspective *subjective* de l'obligation d'informer : l'État ne peut s'en dispenser qu'en s'assurant que le titulaire de la garantie a bien compris la portée de son droit et de sa renonciation<sup>106</sup>. Cette règle découle du principe selon lequel les autorités étatiques, mieux que le détenu, sont à même de connaître l'étendue des droits de ce dernier et d'apprécier les conséquences de leur non-exercice. Ainsi, la règle appliquée dans *Bartle* revient à transmettre le fardeau de l'information à la partie la plus susceptible de l'assumer adéquatement.

La transposition de ce principe dans les rapports individuels suggère une solution différente. D'une part, la prémisse selon laquelle une partie est à même de détenir l'information ne tient plus. La connaissance des garanties visant à protéger les droits et libertés de la personne ne saurait être présumée chez l'une ou l'autre des parties au contrat. D'autre part, seul le renonçant sera généralement en

---

<sup>104</sup> [1994] 3 R.C.S. 173, 203 (ci-après cité «*Bartle*»); voir aussi : *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, 49.

<sup>105</sup> *Bartle*, précité, note 104, 202.

<sup>106</sup> *Id.*; voir aussi : Anne-Marie BOISVERT, «La renonciation aux droits constitutionnels : quelques réflexions», dans *Développements récents en droit criminel*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 185.

position d'évaluer les conséquences d'un acte juridique apparemment neutre au chapitre de l'exercice de ses droits et libertés. Cette idée est d'autant plus importante que l'atteinte aux droits et libertés susceptible de découler du contrat résultera le plus souvent de ses *effets* plutôt que de son *objet*. Une question, soulevée par le juge de première instance dans l'affaire *Amselem*, résume bien la problématique :

*Peut-on, en respectant les exigences de la bonne foi, acheter un appartement dans une copropriété et demander de déclarer sans effet certaines restrictions de l'acte, en apparence neutres, mais qui, par leur effet préjudiciable, portent atteinte à la liberté de religion de l'acheteur ? Peut-on agir ainsi si le cocontractant est de bonne foi et ignore tout de l'effet préjudiciable de la clause litigieuse à l'égard des droits et libertés de l'acquéreur ?<sup>107</sup>*

Cette idée implique d'abord que celui qui s'engage en vertu d'un acte juridique se voit imposer au moins une part du fardeau de l'information, celle qui consiste à *interpréter les conséquences possibles de l'acte* sur l'exercice de ses libertés (évidemment, le contrat doit être lu par les deux parties). On ne saurait imposer ce fardeau au cocontractant, qui n'a ni la connaissance des croyances et convictions profondes de son homologue, ni celle des incidences potentielles de l'acte envisagé. Il faut donc considérer la conséquence d'un manquement de la part du renonçant à son obligation de s'informer des effets préjudiciables du contrat. À ce sujet, on se demandera dans quelle mesure *l'erreur* constitue un obstacle à la reconnaissance de la renonciation. Nous estimons qu'à cet égard, une approche tolérante s'impose, notamment en raison des effets de l'acte abdicatif. Comme nous l'avons déjà souligné, la pertinence de la renonciation réside dans la possibilité pour l'individu de poser des choix réels au regard de valeurs concurrentes. Un choix fondé sur une prémisse erronée n'est plus un choix. Les conséquences qui en découlent sont davantage le résultat de l'erreur que de l'expression d'une volonté libre<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> *Amselem* (C.S.), précité, note 6, par. 61 (j. Rochon).

<sup>108</sup> Voir : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 45, n° 200, p. 201 : « Un droit basé sur l'autonomie de la volonté doit logiquement accorder une grande protection au consentement et permettre d'annuler un contrat conclu à la suite de quelque erreur d'une certaine importance ».

À cet égard, les objectifs de protection des droits et libertés devraient-ils supplanter la protection de la stabilité contractuelle, dans l'hypothèse où la personne qui invoque l'erreur est de bonne foi? La question est difficile. D'abord, l'erreur inexcusable<sup>109</sup> pourrait être rejetée comme facteur d'inopposabilité d'une renonciation. Dans l'évaluation de l'erreur, l'interprète pourrait tenir compte de la position et de l'expérience du renonçant relativement à la conclusion d'actes juridiques<sup>110</sup>. Suivant cette logique, un avocat juif acceptant par contrat d'offrir ses services pour une période continue de dix jours ne pourrait invoquer l'erreur de manière à se soustraire à ses obligations pour la journée du samedi. Au contraire, un adolescent de même confession qui s'engagerait à tondre la pelouse d'un voisin tous les premiers du mois pourrait quant à lui faire valoir qu'il n'a pas envisagé le fait qu'une de ces journées s'avérerait être un samedi, ses croyances sincères l'empêchant alors de remplir son obligation contractuelle. Dans ce cas, un accommodement constituerait un remède plus approprié qu'une conclusion selon laquelle l'adolescent aurait renoncé.

L'exigence du caractère éclairé s'impose, dans le contexte de la renonciation à l'exercice d'une garantie, comme découlant des fondements mêmes de la liberté de renoncer. L'inexpérience du renonçant ne devrait pas lui être opposable, compte tenu des conséquences drastiques découlant de la renonciation. À l'instar du critère de liberté, le caractère éclairé de la renonciation s'inscrit donc dans une perspective de protection du contractant, laquelle ne peut être mise de côté qu'à la lumière d'une manifestation sans équivoque de la volonté abdicative. Cette protection individuelle ne constitue cependant pas le seul objectif de la Charte. Un troisième critère s'impose donc en ce qui a trait à la protection de l'ordre public.

### **3. Une renonciation conforme à l'ordre public**

Dans certains cas, les impacts subis par le renonçant peuvent être tels que la société ne puisse reconnaître la validité de sa renonciation. La renonciation peut parfois entraîner des effets préjudi-

---

<sup>109</sup> *Id.*, n° 208 et suiv., p. 204; voir aussi l'article 1400, al. 2 C.c.Q.

<sup>110</sup> Voir: J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 45, n° 210, p. 206, où les auteurs énumèrent un certain nombre de critères à prendre en compte: l'âge, l'état mental, l'intelligence et la position professionnelle ou économique des parties.

ciables pour des tiers, dont les intérêts particuliers peuvent être lésés. De même, l'intérêt général de la société peut s'opposer à la reconnaissance de la liberté de renoncer lorsqu'il s'en trouve affecté. « [L]e pouvoir de disposition reconnu au titulaire du droit ne doit pas mettre en cause un intérêt qui dépasserait sa seule personne »<sup>111</sup>. Il s'agit là d'un principe général qui devrait guider la réflexion visant à déterminer si la renonciation découlant d'un acte juridique est conforme à l'ordre public.

Il ne saurait d'abord être question d'une renonciation à *la liberté elle-même*, laquelle ne pourrait permettre sa propre aliénation. Cette règle s'impose au regard du préambule de la Charte, qui énonce le principe selon lequel « tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement ». La répugnance des sociétés modernes face à l'esclavage, ainsi qu'à tout rapport de force pouvant y être assimilé, n'est pas nouvelle. Dans une affaire anglaise particulièrement extrême, un employé de bureau s'était engagé auprès d'un prêteur sur gage d'une façon telle qu'il avait accepté d'assujettir au consentement de ce dernier la presque totalité des actes qu'il était en droit de poser. La Cour du Banc du Roi a jugé cet engagement contraire à l'ordre public :

*The document bound the debtor never to change his residence without the consent of the money-lender; it bound him never to change his employment without the consent of the money-lender; it bound him not to consent to a reduction of his salary without the consent of the money-lender; it bound him not to part with any of his property without the consent of the money-lender; it bound him to incur no obligations on credit without the consent of the money-lender, and to incur no obligation, legal or moral, without the consent of the money-lender, and it appears to me that it is not using overstrained or poetical language to say that it made this unfortunate man the slave of the money-lender.*<sup>112</sup>

Cet exemple est sans doute inusité, mais il nous permet d'identifier une limite *quantitative* à la liberté de renoncer. Le pouvoir d'autodétermination que confèrent les droits et libertés ne saurait être utilisé à des fins autodestructrices. L'individu *libre* n'a cependant pas le pouvoir *d'aliéner sa liberté*, ce qui suppose logiquement

<sup>111</sup> P. FRUMER, *op. cit.*, note 69, p. 606; voir aussi: Nicolas SIBICIANO, *Théorie générale des renonciations en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1932, p. 19.

<sup>112</sup> *Horwood v. Millar's Timber and Trading Company, Ltd.*, [1916] 1 K.B. 305, 317.

qu'il ne puisse y renoncer de façon si étendue qu'elle en vienne à disparaître.

Certaines garanties, en raison de leur objet particulier, pourraient également ne pas être susceptibles d'aménagement sur la base d'une renonciation contractuelle<sup>113</sup>. Le droit à la sauvegarde de la dignité humaine pourrait constituer un cas de figure problématique<sup>114</sup>, tel que l'a illustré la célèbre affaire du lancer du nain<sup>115</sup>. En outre, en adoptant l'article 13 de la Charte, le législateur québécois semble avoir limité considérablement la possibilité de renoncer au droit à l'égalité dans le cadre contractuel. L'ordre public pourrait finalement ne permettre de renoncer qu'aux garanties qui, par leur objet même, impliquent une certaine liberté d'aménagement : liberté de conscience, liberté de religion, liberté d'opinion, liberté d'expression, liberté de réunion pacifique et liberté d'association (article 3 de la Charte), ainsi que le droit au respect de la vie privée (art. 5).

L'aménagement des valeurs individuelles sur la base de la renonciation contractuelle ne doit pas heurter des intérêts qui dépassent la personne du renonçant. À cet égard, la renonciation affectant les relations familiales pourra, sur la base des effets préjudiciables subis par autrui, être déclarée inopposable. Dans l'arrêt *Brasserie Labatt c. Villa*<sup>116</sup>, la Cour d'appel du Québec a jugé contraire à l'ordre public et au droit au respect de la vie privée l'obligation contractuelle imposant à un employé et à sa famille de déménager au lieu d'emploi de ce dernier. Pour ce qui intéresse notre sujet d'étude, il serait possible d'y voir le refus de la Cour d'appel d'interpréter l'acceptation de cette obligation comme emportant renonciation à l'exercice du droit à la vie privée :

*Les relations entre personnes mariées doivent se régler entre elles. Le choix de leur résidence et la façon de régler leur cohabitation découlent de motifs et facteurs si intimement liés à la vie privée des conjoints qu'elle ne puisse faire l'objet d'une convention d'embauche. [...] En*

---

<sup>113</sup> Voir : A.-M. BOISVERT, *loc. cit.*, note 106, 187 : « Il est permis d'envisager que nos tribunaux puissent même arriver à la conclusion que certains droits ne peuvent tout simplement faire l'objet d'une renonciation, même expresse ».

<sup>114</sup> Voir : J. RIVERO, *loc. cit.*, note 18, 422 ; Véronique MARLEAU, « Les droits et libertés dans l'entreprise : le dépistage et l'utilisation de renseignements personnels dans le domaine de l'emploi », dans *Développements récents en droit administratif*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1993, p. 159.

<sup>115</sup> Précité, note 65.

<sup>116</sup> [1995] R.J.Q. 73 (C.A.).

*somme, je considère contre l'ordre public et donc nulle la stipulation par un employeur de l'obligation essentielle au maintien de l'emploi faite à son employé de forcer son épouse et ses enfants à choisir son domicile à proximité du lieu de travail parce que cela vise, d'une part, à imposer un mode de vie conjugale à l'employé, ce qui est inacceptable dans notre société, et, d'autre part, à obliger des tiers à faire une chose qui dépend d'une décision fondamentalement intime et privée.*<sup>117</sup>

Dans cet exemple, le contrat de travail n'aurait pu être interprété comme une renonciation valide au droit au respect de la vie privée familiale puisque l'intérêt familial s'opposait à ce que l'un des membres de la famille accepte une obligation personnelle visant à réduire l'exercice de ce droit *pour tous*. Il sera donc difficile de démontrer la validité d'une renonciation lorsque la vie conjugale est en jeu ou qu'un intérêt communautaire important s'oppose à ce que l'un des membres de la communauté renonce à l'exercice de ses droits et libertés. Il en va de même lorsque l'intérêt général de la société s'oppose à ce que la renonciation soit reconnue comme valide. Ainsi, une stipulation par laquelle un journal s'engagerait à taire les activités frauduleuses d'une entreprise ne pourrait être assimilée à une renonciation valide à l'exercice de sa liberté de presse, dans la mesure où l'on considère le droit à l'information du public comme supplantant l'intérêt éventuel d'un journal de troquer sa liberté d'informer en échange d'une contrepartie financière<sup>118</sup>.

\*  
\* \*

Libre, éclairée et conforme à l'ordre public, la renonciation devrait être perçue comme participant des droits et libertés. En ce sens, il n'y aurait pas *atteinte* à l'objet de la garantie lorsque la partie subis-

<sup>117</sup> *Id.*, 79 (j. Gendreau).

<sup>118</sup> Voir l'arrêt anglais *Neville v. Dominion of Canada News Company Ltd.*, [1915] 3 K.B. 556 (C.A.). Dans cette affaire, une publication anglaise traitant d'occasions d'affaires au Canada s'était engagée à ne pas publier certaines informations indiquant qu'une entreprise immobilière de la région de Régina était soupçonnée de fausse représentation. La Cour a estimé qu'un tel engagement ne pouvait être valide en vertu de la *public policy* : « *to my mind, for a newspaper to stipulate for a consideration that it will refrain from exercising its right of commenting upon fraudulent schemes, when it is the ordinary business of the company [...] to comment upon fraudulent schemes, is in itself a stipulation which is quite contrary to public policy, and which cannot be enforced in a Court of law* » (j. Pickford, reprenant les propos du juge Atkin).

sant une limite à l'exercice de ses droits a accepté cette limite en toute connaissance de cause et conformément aux valeurs de la Charte et de la société. Dans les circonstances où la renonciation pourra être considérée comme valide, la clause contestée sera interprétée comme reflétant l'aménagement consensuel des droits et libertés du renonçant. Au contraire, en l'absence d'une renonciation valide, on devra conclure à son caractère attentatoire.

Distinguer l'atteinte à une garantie et son exercice ne constitue cependant qu'une étape liminaire du processus visant la mise en œuvre des droits et libertés dans la sphère contractuelle. L'analyse de l'atteinte jette un regard objectif sur la contrainte exercée : on se demande si, *de facto*, le contrat a pour effet de *compromettre* le libre exercice d'une garantie reconnue par la Charte. Lorsqu'on conclut à l'existence d'une atteinte, il faut encore choisir la sanction qui doit s'y rattacher. Encore là, le contexte contractuel de l'atteinte impose la prise en compte des caractéristiques qui sont propres à ce type de relation juridique.

#### **IV. Justification de l'atteinte et résolution du conflit**

Le jugement de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Oakes*<sup>119</sup> a établi que l'atteinte à une garantie protégée ne saurait suffire à conclure à l'inconstitutionnalité d'une mesure législative. L'article 1<sup>er</sup> de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit, en effet, que les garanties de cette dernière peuvent être légalement restreintes « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »<sup>120</sup>. Cet article et l'interprétation qu'il a reçue ont confirmé la normativité relative des garanties constitutionnelles. Une mesure attentatoire pourra d'abord être justifiée si son objectif sous-jacent peut être considéré comme important. L'atteinte doit en outre être rationnellement liée à la poursuite de l'objectif (critère de rationalité) et être limitée de manière à ce qu'on puisse conclure qu'une atteinte moindre ne permettrait pas la réalisation de ce dernier (critère d'atteinte minimale). Enfin, les avantages associés à l'objectif doivent l'emporter sur les effets préjudiciables de l'atteinte (critère

---

<sup>119</sup> [1986] 1 R.C.S. 103 (ci-après cité « *Oakes* »).

<sup>120</sup> Précitée, note 22, art. 1<sup>er</sup>.

de proportionnalité). Ces critères justificatifs permettent d'assurer « une adéquation du moyen à la fin », ainsi qu'un « certain équilibre entre la perte encourue et le gain recherché »<sup>121</sup>.

La Charte québécoise comporte une disposition analogue à l'article 1<sup>er</sup> de la Loi constitutionnelle, laquelle se lit comme suit :

**9.1** *Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.*

*La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.*<sup>122</sup>

Il paraît établi que le second alinéa prévoit la possibilité d'une limitation étatique aux droits et libertés et qu'il obéit à un mode de fonctionnement identique à celui de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte canadienne<sup>123</sup>. Le premier alinéa, de portée autonome, permettrait quant à lui certaines restrictions d'ordre privé, dans « le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec »<sup>124</sup>. Là encore, le mécanisme justificatif de l'article 1<sup>er</sup> semble avoir joui d'une certaine influence, avec les difficultés que peut comporter la transposition d'une approche publiciste dans le domaine des rapports privés.

Dans *Dickason*, la Cour suprême a pourtant énoncé une « distinction cruciale » entre les lois visant la protection des droits et libertés et la Charte constitutionnelle. Alors que les premières visent d'abord la restriction de l'action individuelle, la seconde s'attache à la réglementation de l'action étatique. La déférence due à l'État dans l'accomplissement de ses fonctions démocratiques ne saurait être accordée de la même manière aux parties privées<sup>125</sup>. Sur la base de cet énoncé de principe, la Cour formule la règle de l'interprétation restrictive des « moyens de défense » rendus disponibles

---

<sup>121</sup> François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la *Charte des droits et libertés de la personne*: le dit et le non-dit », (1987) 21 *R.J.T.* 461, 481.

<sup>122</sup> Charte, précitée, note 1.

<sup>123</sup> Voir : *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 770 (ci-après cité « *Ford* »); voir aussi : F. CHEVRETTE, *loc. cit.*, note 121, 464 et suiv. On notera toutefois que l'article 1<sup>er</sup> de la Charte canadienne s'applique à toutes ses dispositions, alors que l'article 9.1 ne permet de limiter que les garanties des articles 1 à 9 de la Charte.

<sup>124</sup> Charte, précitée, note 1, art. 9.1.

<sup>125</sup> *Dickason*, précité, note 49, 1122 et 1123.



par les lois sur la protection des droits de la personne<sup>126</sup>. On en déduit donc qu'une atteinte d'origine privée aura moins de chance de se voir « rachatée » par l'effet d'une disposition telle que l'article 9.1 de la Charte québécoise. Essentiellement, la distinction cruciale concerne donc l'étendue – et non pas la nature – d'une justification acceptable.

Cette idée nous semble mal adaptée à la problématique de la mise en œuvre des droits et libertés dans la sphère privée. Suivant *Dickason*, il s'agirait d'appliquer le même cadre justificatif aux situations d'atteinte publique et d'atteinte privée, d'une part en faisant preuve de « retenue » et de déférence, d'autre part, en privilégiant une approche plus stricte<sup>127</sup>. L'assimilation des dispositions limitatives à des « moyens de défense » semble également faire abstraction d'une réalité fondamentale du domaine des rapports individuels. Dans la sphère privée, les droits et libertés ont un caractère *réci-proque*: « nul ne peut prétendre être plus libre que les autres »<sup>128</sup>. L'atteinte à la liberté de l'un constitue parfois le mal nécessaire à l'exercice de la liberté de l'autre.

Le principe d'une disposition limitative dans la sphère privée s'attache d'abord à l'idée d'une *conciliation* d'intérêts contradictoires, plutôt qu'à celle d'une *exception* à la mise en œuvre prééminente des droits et libertés. Dans la mesure du possible, l'article 9.1 nous invite formellement à concevoir l'exercice des droits et libertés *dans le respect* des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général. Cette règle pourrait aussi être formulée comme suit : l'exercice des droits et libertés en conformité avec les valeurs sociales est *souhaitable* ; s'il est *impossible*, il faut choisir entre des intérêts divergents, à savoir, d'une part, la réparation de l'atteinte et, d'autre part, la protection des valeurs qui s'opposent à cette réparation. L'identification des intérêts susceptibles d'être envisagés par l'article 9.1 constitue donc le point de départ du processus

---

<sup>126</sup> *Id.*, 1124 ; voir aussi : *Brossard (Ville de) c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279, 307.

<sup>127</sup> La Cour souligne par ailleurs la « similitude » de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte canadienne et de l'article 11.1 du *Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta, estimant ainsi que « la jurisprudence relative à la Charte peut être utile pour concevoir le critère permettant de déterminer si la dérogation est raisonnable et justifiée » : *Dickason*, précité, note 49.

<sup>128</sup> Nicole DUPLÉ, « Les libertés d'opinion et d'expression : nature et limites », (1987) 21 *R.J.T.* 541, 564 ; voir aussi : A. CLAPHAM, *op. cit.*, note 20, p. 298.

de justification (A). La poursuite d'un intérêt légitime par la partie qui tente de justifier l'atteinte soulève un conflit, dont la résolution doit tenir compte de la nature conciliatrice de la disposition limitative. Comme l'a exprimé le juge Bastarache dans *Amselem*, « concilier tous les droits et valeurs en cause suivant le langage du premier alinéa de l'art. 9.1 de la Charte, c'est trouver un équilibre et un compromis conformes à l'intérêt général dans le contexte précis de l'affaire »<sup>129</sup>. Il faudra donc s'intéresser au raisonnement qui nous mène à cet équilibre en contexte contractuel (B).

### A. Les intérêts pouvant justifier l'atteinte

Le premier alinéa de l'article 9.1 constitue le « cadre » au sein duquel s'articulent les droits et libertés de la personne<sup>130</sup>. Cette idée a donné lieu à diverses interprétations. La première, reprenant dans son essence le quatrième alinéa du préambule de la Charte<sup>131</sup>, conçoit l'article 9.1 comme consacrant la réciprocité des droits et libertés de la personne<sup>132</sup>. Selon cette interprétation, leur étendue est limitée par les droits et libertés d'autrui<sup>133</sup>. Une seconde approche, plus libérale quant à sa portée éventuelle, consiste à voir dans le texte de l'article 9.1 l'élaboration des qualités d'une restriction valide :

*le critère des valeurs démocratiques est généralement utilisé moins pour justifier directement une limitation aux droits et libertés que pour exiger de celle-ci, une fois son fondement par ailleurs établi, qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique ou à tout le moins compatible avec celle-ci.*<sup>134</sup>

<sup>129</sup> *Amselem*, précité, note 5, par. 154.

<sup>130</sup> Christine COULOMBE, « La prépondérance de la *Charte des droits et libertés de la personne* : son impact sur la législation provinciale », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *L'interaction des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983-1984, p. 163 ; voir aussi : Ford, précité, note 123, 770 : « Le premier alinéa de l'article 9.1 parle de la façon dont une personne doit exercer des libertés et des droits fondamentaux » ; voir aussi : F. CHEVRETTE, *loc. cit.*, note 121.

<sup>131</sup> « Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général ».

<sup>132</sup> Voir : C. COULOMBE, *loc. cit.*, note 130, 163 ; N. DUPLÉ, *loc. cit.*, note 128.

<sup>133</sup> Voir : *Dubois c. Société St-Jean Baptiste*, [1983] C.A. 247 : « les droits de la personne sont relatifs ; ils trouvent tous leur limite dans les droits d'autrui » (J. Mayrand) ; voir aussi : J. RIVERO, *loc. cit.*, note 18, 422.

<sup>134</sup> F. CHEVRETTE, *loc. cit.*, note 121, 472. (Nos non-italiques).

De part et d'autre, on s'appuie donc sur la même prémisse : la Charte n'accorde pas une protection absolue aux libertés et aux droits fondamentaux. Cette dernière tient également compte d'intérêts opposés. La vision traditionnelle des droits et libertés juxtaposés les uns aux autres ne saurait offrir une représentation fidèle de l'interaction qui a cours entre les différentes garanties. D'abord, la loi peut sans doute « fixer la portée » et « aménager l'exercice » des droits protégés de manière à en établir des contours étanches. La règle selon laquelle un témoin peut être forcé à comparaître constitue une conciliation législative entre la liberté d'expression (ou du droit à la *non-expression*) et le droit à une défense pleine et entière<sup>135</sup>. Mais en l'absence d'action législative spécifique visant à établir cet équilibre, l'individu ne peut toujours exercer ses prérogatives qu'à l'intérieur du cadre général établi par la Charte et dicté par l'interprétation qui en est faite.

Cela implique en premier lieu l'identification des intérêts que l'on pourra généralement considérer comme légitimes par l'application du critère de « nécessité » ou de « compatibilité » démocratique. On a déjà reconnu dans une large mesure la possibilité de justifier l'atteinte aux droits et libertés par l'exercice d'une autre garantie<sup>136</sup>. D'abord et avant tout, il faut donc interpréter la clause attentatoire *du point de vue de l'autre partie*, en vue de déterminer si l'atteinte ne constitue pas finalement le mal nécessaire à l'exercice d'une garantie concurrente. Comme l'a fait valoir un auteur, « [*w*]hat at the outset may appear to be a private interference with some human right may also be seen as an individual asserting some other human right that is protected by the very same instrument »<sup>137</sup>. Il s'agit certainement là d'un facteur fort pertinent dans l'analyse de la justification de l'atteinte contractuelle. Aux fins de notre problématique, la question fondamentale soulevée par la nature des rapports contractuels

<sup>135</sup> Voir : N. DUPLÉ, *loc. cit.*, note 128, 280. Par ailleurs, les privilèges associés au statut de certains témoins tiennent compte d'autres valeurs relativement à cette pondération, dont le respect de l'unité familiale : voir la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, art. 37-39.

<sup>136</sup> C'est d'ailleurs ce qu'a tenté de faire le syndicat des copropriétaires dans l'affaire *Amselem*, avec le succès que l'on connaît. Il n'en demeure pas moins que la possibilité d'une justification et la nécessité d'en faire l'examen furent unanimement reconnues par la Cour suprême.

<sup>137</sup> M. FORDE, « Non-Governmental Inferences with Human Rights », (1985) *B.Y.B.I.L.* 253, 280.

est celle de savoir si des intérêts non consacrés par la Charte peuvent également servir de justification. Le contrat peut constituer le véhicule nécessaire à la poursuite d'un intérêt individuel, propre à la personne du cocontractant (1), ou d'un intérêt communautaire, nécessaire au maintien du lien unissant les membres d'un groupe (2). La jurisprudence a déjà reconnu la légitimité de tels intérêts, lesquels doivent être pris en compte lorsqu'il est question de remédier à l'atteinte.

### **1. L'atteinte justifiée par la poursuite d'un intérêt individuel**

La poursuite de l'intérêt individuel constitue le fondement de la doctrine économique libérale<sup>138</sup>. La question soulevée par l'application de la Charte aux rapports contractuels concerne le positionnement de cet intérêt sur l'échelle des valeurs normatives. Il serait difficile de prétendre que la réparation des atteintes aux droits et libertés justifie d'écarter complètement, comme justification de celles-ci, les intérêts individuels qui en sont à l'origine.

À ce sujet, il est intéressant de noter le changement de cap opéré par la jurisprudence suite à l'adoption de la Charte, allant de l'adhésion première aux valeurs libérales à l'adoption d'une approche plus nuancée. L'arrêt *Whitfield c. Marconi*<sup>139</sup>, rendu moins de dix avant l'entrée en vigueur de cette loi, en témoigne. Dans cette affaire, un employé affecté à l'entretien d'un poste radar de la région de la Baie d'Hudson avait signé un contrat de travail contenant une clause en vertu de laquelle il s'engageait à éviter de fréquenter les populations autochtones. Ayant développé une relation amoureuse avec une amérindienne, il fut congédié sur la base de la violation du contrat de travail. La Cour d'appel conclut qu'aucune liberté n'avait été violée, l'employé ayant adhéré aux termes du contrat et devant par le fait même respecter son engagement. Le juge Brossard ajouta

---

<sup>138</sup> Dans les mots du père de la théorie du libéralisme économique : « *It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love [...]* » : Adam SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Livre I, c. II, London, Methuen and Co., Ltd., Edwin Cannan, 1904, disponible sur Internet à l'adresse suivante : [http://www.econlib.org/LIBRARY/Smith/smWN.html].

<sup>139</sup> *Whitfield c. Canadian Marconi Co.*, (1968) B.R. 92, conf. par [1968] R.C.S. 960 (ci-après cité « *Whitfield* »).

qu'une telle restriction était par ailleurs justifiée par les objectifs sous-tendant le contrat<sup>140</sup>, à savoir l'entretien efficace du poste de radar...

Cet arrêt illustre en somme l'interprétation favorable à la liberté contractuelle qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la Charte<sup>141</sup>. Bien qu'on ne puisse douter du rôle normatif accru des droits et libertés à la suite de son adoption et, corrélativement, du rôle diminué de la liberté contractuelle dans l'interprétation des conventions, il serait difficile de prétendre qu'il n'est aujourd'hui plus pertinent de prendre en compte les objectifs poursuivis par le contrat. D'abord, le législateur a explicitement rejeté, à l'article 50 de la Charte, toute interprétation de ce document qui conduirait à supprimer ou à restreindre l'exercice d'un droit ou d'une liberté non énuméré<sup>142</sup>. Il serait possible de faire valoir, à ce titre, la nécessité de prendre en compte la liberté contractuelle dans la mise en œuvre des droits et libertés à l'encontre d'une clause contractuelle.

À ce chapitre, il nous faut également reconnaître le respect implicite accordé par la jurisprudence à la poursuite de l'intérêt individuel. Ce respect transpire notamment des décisions relatives à l'obligation d'accommodement raisonnable. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson Sears*, la Cour suprême soulève de front la question du rapport conflictuel entre droits et libertés et intérêt individuel :

<sup>140</sup> *Id.*, 95 et 96 :

*La clause du contrat de travail que le demandeur a violée ne peut être dissociée du caractère des relations de travail que le contrat de travail a fixées entre le demandeur et la défenderesse et des objets pour lesquels ces relations furent établies. [...] Or, les restrictions aux activités du demandeur imposées par la clause en question me paraissent n'avoir qu'un seul but : celui d'assurer, dans la plus large mesure possible, que ces activités s'exercent de façon à permettre la pleine, entière et certaine réalisation des objets foncièrement légaux pour lesquels les relations d'employeur à employé furent établies [...].*

<sup>141</sup> Voir : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 594 ; voir aussi : P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 54, 362 ; L. PERRET, *loc. cit.*, note 45, 128.

<sup>142</sup> Voir l'article 50 de la Charte : « La Charte doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne qui n'y est pas inscrit ». Voir, à propos d'une disposition analogue : Karim BENYEKHFLEF, « L'article 26 de la Charte canadienne : une négation constitutionnelle du positivisme juridique ? », (1989) 34 *R.D. McGill* 983.

*Dans sa volonté honnête de pratiquer sa religion, dans quelle mesure une employée peut-elle forcer son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques ou à faire en sorte qu'elles soient respectées? Jusqu'où, peut-on se demander, peut-on exiger la même chose de ses camarades de travail et, quant à cela, du public en général?*<sup>143</sup>

La formulation même de la problématique confirme d'abord le rôle normatif important des droits et libertés : on ne se demande pas si l'employeur a ou non une obligation d'accommodement, mais bien *dans quelle mesure* l'exercice de la liberté de religion peut faire plier son pouvoir de gestion. Ainsi, bien qu'on ne puisse rejeter le recours d'une victime d'une atteinte contractuelle sur la seule base de l'intérêt individuel du cocontractant, il faut néanmoins reconnaître la *légitimité* de cet intérêt. Dans son évaluation de ce qui constitue un accommodement raisonnable, la Cour suprême tient compte de son coût financier, de l'atteinte à la convention collective que cet accommodement pourrait représenter, du moral du personnel et de l'interchangeabilité des effectifs et des installations<sup>144</sup>, éléments intimement liés aux intérêts légitimes de l'employeur. Ainsi, sans aller jusqu'à prétendre que l'intérêt individuel est reconnu au même titre que la protection des droits et libertés dans l'échelle normative de la Charte, il apparaît indéniable qu'on doive en tenir compte au moment de remédier à l'atteinte contractuelle.

## **2. L'atteinte justifiée par la poursuite d'un intérêt communautaire**

Dans certains cas, la contrainte exercée par l'un des contractants ne pourra réellement être appréciée comme découlant ni des droits et libertés protégés ni de la poursuite d'intérêts individuels ; elle reflétera au contraire la poursuite d'un intérêt communautaire. « Tout groupe humain orienté vers une finalité ne peut se passer de normes restrictives de la totale liberté de ceux qui le composent »<sup>145</sup>. Ce principe dépasse le cadre contractuel et s'étend aux différentes sphères des rapports individuels.

---

<sup>143</sup> [1985] 2 R.C.S. 536, par. 21.

<sup>144</sup> *Commission des droits de la personne de l'Alberta c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489, 508 (ci-après cité « Dairy Pool »).

<sup>145</sup> J. RIVERO, *loc. cit.*, note 18, 423.

La sphère familiale constitue sans doute le plus bel exemple de la reconnaissance juridique de l'intérêt communautaire, à l'encontre de l'exercice des droits et libertés<sup>146</sup>. La Cour a déjà refusé de sanctionner la violation d'une garantie procédurale alors que cette sanction aurait eu pour effet de nuire à l'intérêt de l'enfant<sup>147</sup>. Aux mêmes fins, elle a aussi jugé opportun de limiter l'exercice de la liberté de religion du parent lorsque les circonstances l'imposaient<sup>148</sup>. On pourrait sans doute concevoir la possibilité que l'autorité parentale puisse aussi limiter le pouvoir de l'enfant d'exercer pleinement les libertés qui lui sont reconnues<sup>149</sup>. En somme, on reconnaît la légitimité des normes familiales en tant que limites potentielles à l'exercice des droits et libertés.

La protection de l'intérêt communautaire est aussi assurée à l'article 20 de la Charte, qui prévoit qu'une « distinction, exclusion ou préférence [...] justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire »<sup>150</sup>. Le législateur protège ainsi l'existence d'organismes dévoués, fondés sur l'appartenance à un groupe déterminé. Aux conditions qu'il énonce, l'article 20 constitue une négation de l'atteinte au *droit à l'égalité* qui pourrait être revendiqué par les personnes ne pouvant bénéficier de l'action des communautés visées. Selon nous, un intérêt communautaire analogue devrait pouvoir être reconnu en vue de justifier une atteinte à une autre garantie, comme l'illustrent les exemples qui suivent.

Dans l'affaire *X. c. Danemark*<sup>151</sup>, portée devant la Commission européenne des Droits de l'Homme, un pasteur de l'Église nationale danoise subordonnait le baptême d'enfants à la condition que leurs parents suivent des leçons d'enseignement religieux. Comme cette pratique n'était pas conforme aux règles de l'Église, le ministre des cultes intervint et demanda au pasteur d'y mettre fin sous peine de

---

<sup>146</sup> Voir: A. CLAPHAM, *op. cit.*, note 20, p. 322.

<sup>147</sup> Voir: *Droit de la famille - 2474*, [1996] R.D.F. 612 (C.S.).

<sup>148</sup> Voir notamment: *P (D.) c. S (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; voir aussi: *S. (L.) c. S (C.)*, [1997] 3 R.C.S. 1003; *Droit de la famille - 955*, [1991] R.J.Q. 599 (C.A.); *Droit de la famille - 274*, [1986] R.J.Q. 945 (C.A.).

<sup>149</sup> Voir: art. 597 C.c.Q. et suiv.; F. RIGAUX, *op. cit.*, note 71, p. 99.

<sup>150</sup> Charte, précitée, note 1.

<sup>151</sup> N° 7376/76, 8 mars 1976.

renvoi. Ce dernier refusa de se soumettre à la demande de son supérieur et fut démis de ses fonctions. Devant la Commission, il invoqua notamment la violation de sa liberté de conscience. Dans ses motifs, la Commission souligna l'importance du respect de l'intérêt communautaire :

*Une église est une communauté religieuse organisée, fondée sur une identité ou sur une substantielle similitude de convictions. Grâce aux droits reconnus à ses adhérents [...] l'église elle-même bénéficie d'une protection dans sa liberté de manifester sa religion, d'organiser et de célébrer son culte, d'enseigner les pratiques et les rites, et elle peut assurer et imposer l'uniformité en ces matières. Dans le système des églises d'État, les ecclésiastiques ont pour fonction de mettre en pratique et d'enseigner une religion déterminée. Leur liberté personnelle de pensée, de conscience et de religion s'exerce au moment d'accepter ou de refuser une fonction ecclésiastique et, au cas où ils viendraient à être en désaccord avec les enseignements de l'église, leur droit de quitter celle-ci sauvegarde leur liberté de religion.<sup>152</sup>*

On remarque dans cet extrait un certain rapprochement entre la reconnaissance de l'intérêt communautaire et la conciliation de garanties contradictoires. De part et d'autre, la sanction de l'atteinte à la liberté individuelle est justifiée par l'exercice par autrui d'une liberté. L'intérêt communautaire, protégé par le concert des libertés individuelles, peut correspondre à une *liberté collective*. L'exemple de la décision X. c. *Danemark* illustre cette idée en ce qu'elle défend l'exercice en commun de la liberté de religion. La Cour suprême a adopté la même approche dans l'arrêt *University Trinity Western*<sup>153</sup>.

Là ne saurait cependant s'arrêter la reconnaissance de l'intérêt communautaire. Au-delà des communautés de libertés, les communautés d'intérêts doivent également pouvoir jouir de la reconnaissance de la Charte. La liberté d'association doit reconnaître non seulement la liberté de s'associer, mais également la finalité

<sup>152</sup> *Id.* (Nos non-italiques).

<sup>153</sup> Précité, note 64, par. 32-37. Dans cette affaire, le British Columbia College of Teachers (BCCT) avait refusé la demande de l'université d'assumer l'entière responsabilité de son programme de formation des enseignants. Le BCCT craignait que les valeurs prônées par l'institution soient contraires à l'intérêt public en ce qu'elles semblaient discriminatoires envers les homosexuels. L'université porta l'affaire en révision judiciaire. La Cour suprême conclut finalement au caractère déraisonnable de la décision du BCCT, en soulignant l'importance de protéger la liberté de religion de l'université, laquelle devait lui permettre de dispenser son enseignement aux personnes qui adhéreraient à ses valeurs.



pour laquelle on s'associe<sup>154</sup>. De ce principe découlent certaines conséquences en ce qui a trait à l'impact des stipulations d'une convention collective de travail au chapitre de la justification. Dans l'arrêt *Dickason*, le juge Cory a étudié l'impact d'une telle convention dans le cadre de l'analyse d'une disposition analogue à l'article 9.1 de la Charte :

*La convention collective reflète la décision, fondée sur des conseils judiciaires, de personnes adultes intelligentes qu'il est dans leur meilleur intérêt, ainsi que dans celui de leur famille, d'accepter pour l'immédiat et dans un avenir rapproché un salaire plus élevé en échange de l'établissement d'une date fixe précise pour la retraite. Dans ces circonstances, il serait inconvenant et malheureux qu'un tribunal dise à un travailleur syndiqué que, même si cette décision soigneusement prise est dans son meilleur intérêt et celui de sa famille, on ne lui permettra pas de conclure ce contrat. Il s'agit d'une position que j'estime inacceptable.*<sup>155</sup>

Cette discussion a mené la majorité de la Cour à accepter la raisonnable de la limitation imposée au droit à l'égalité de l'appelante. Le compromis à la base du contrat collectif de travail est à l'origine de cette conclusion. La reconnaissance de l'intérêt communautaire reflète donc directement les « valeurs démocratiques » dont parle l'article 9.1. Parfois à l'encontre des droits et libertés des individus qui la composent, une collectivité doit avoir le pouvoir de se lier par des règles qui bénéficient à l'ensemble de ses membres.

\*  
\* \*

En somme, la justification d'une atteinte aux droits et libertés découlant du contrat doit tenir compte des différents intérêts qui sous-tendent ce type de rapport privé. Contrairement à l'analyse de la constitutionnalité des normes étatiques, où la restriction aux droits et libertés se présente comme une exception au profit d'un objectif d'intérêt public, l'application des garanties dans la sphère contractuelle se heurte aux principes de réciprocité et de solidarité. La Charte, instrument libéral, ne saurait cependant être interprétée

<sup>154</sup> Voir : A PETTER et A.C. HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 43, 540.

<sup>155</sup> *Dickason*, précité, note 49, 1132 (nos non-italiques); voir aussi : *Parent c. The Gazette*, [1991] 38 Q.A.C. 46 (C.A.) où, face à un problème identique, on a conclu de la même façon, mais par la voie d'un raisonnement passablement différent.

de manière unilatérale. Cette idée constitue le fondement conceptuel de la réflexion visant à déterminer, dans les cas d'espèce, la sanction qui s'impose. Suite à l'identification des intérêts pouvant rationnellement justifier l'existence d'une atteinte, l'interprète de la Charte fait face à un problème ultime, celui de concilier, pour autant que cela soit possible, la protection de ces intérêts avec le droit de la victime de voir cesser l'atteinte. Cette conciliation devrait refléter la valeur proportionnelle accordée à chacun des intérêts contradictoires. Dans certains cas, la conciliation pourra s'avérer difficile, voire impossible, ce qui imposera de faire prévaloir un intérêt au détriment de l'autre. Encore là, la valeur proportionnelle des intérêts en jeu devra guider la résolution définitive du conflit.

## **B. La résolution du conflit : option ou conciliation**

Nous avons rappelé plus haut les éléments constitutifs d'une justification de l'atteinte découlant d'une norme étatique. Un objectif important ne peut permettre de justifier une norme attentatoire que si les impératifs de rationalité et de proportionnalité sont respectés. La justification requiert non seulement la démonstration que la norme contestée est susceptible d'atteindre les objectifs fixés, mais encore qu'il n'existe aucun moyen moins préjudiciable d'arriver à la fin poursuivie. Le test de proportionnalité sert finalement à évaluer lequel de deux maux est le moindre : le maintien de l'atteinte ou le rejet de l'objectif législatif.

Dans ce contexte, le lien rationnel, l'atteinte minimale et la proportionnalité forment de réelles *conditions* de constitutionnalité d'une norme étatique attentatoire. Si l'une des conditions n'est pas satisfaite, la mesure est le plus souvent invalidée, quoiqu'on trouve certains exemples où d'autres procédés moins radicaux ont été retenus<sup>156</sup>. Il ne s'agit pas alors d'assurer la *conciliation* du droit ou de la liberté en cause et de la norme attentatoire, ce rôle appartenant plutôt au Parlement. Si cette dernière n'est pas sauvegardée par la disposition limitative, le tribunal saisi de l'affaire se contente généralement de conclure à l'inconstitutionnalité de la mesure et de renvoyer le tout au législateur. Le rôle du juge n'est pas de rendre la

---

<sup>156</sup> On pense, entre autres, au procédé d'ajout au texte de loi, couramment appelé interprétation large ou *reading in*. Voir, par exemple : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

loi conforme à la Constitution, mais plutôt d'invalider les lois inconstitutionnelles<sup>157</sup>.

Ces idées permettent d'établir une distinction entre la justification de l'atteinte d'origine étatique et celle de l'atteinte contractuelle. D'abord, le contrat est un mécanisme consensuel, ce qui implique qu'une clause invalidée pourrait ne jamais renaître dans une version conforme à la Charte, faute d'un nouvel échange de consentements. Le Parlement est, quant à lui, libre de réviser une disposition jugée inconstitutionnelle et ce, sans avoir à obtenir l'assentiment de la victime de l'atteinte engendrée par son action passée. On ne peut évidemment en dire autant du contractant qui se voit retirer le bénéfice d'un contrat valide au sens du droit civil en raison de l'atteinte portée au droit du cocontractant. Dans l'éventualité où une clause serait invalidée, rien ne pourrait laisser présumer que les parties parviendraient à s'entendre à nouveau. L'invalidation systématique mène donc à un résultat insatisfaisant puisque l'intérêt contractuel risque d'en être indéfiniment compromis. Au surplus, on peut douter qu'une telle approche se marie adéquatement à l'objectif de conciliation poursuivi par l'article 9.1 et souligné par le juge Bastarache dans *Amselem*. Le processus intellectuel menant à la résolution du conflit entre les droits et libertés de l'un et les intérêts de l'autre devrait favoriser l'élaboration d'une solution mutuellement satisfaisante – dans la mesure du possible.

À cette fin, les critères de l'arrêt *Oakes*<sup>158</sup> peuvent servir de modèle. Il est évident que toute justification suppose d'abord l'existence d'un lien rationnel entre l'atteinte et l'objectif légitime poursuivi par la clause contestée. Le lien rationnel entre l'interdiction de construire sur les balcons et la préservation de l'esthétique de l'immeuble a été reconnu dans *Amselem*, tant par la majorité que par le juge Bastarache<sup>159</sup>. Par contre, pour reprendre les faits de l'affaire

---

<sup>157</sup> Les règles de common law échappent à ce principe. Lorsqu'on constate l'incompatibilité constitutionnelle d'une telle norme, la Cour doit d'abord tenter de la reformuler en vue d'en assurer la constitutionnalité. Ce n'est que lorsqu'une telle adaptation est impossible que la Cour soumet la règle de common law au processus justificatif, lequel permet de déterminer si cette dernière doit subsister ou être invalidée. Voir notamment : *Swain*, précité, note 67.

<sup>158</sup> Précité, note 119.

<sup>159</sup> Précité, note 5, par. 82-90 et 164-180.

*Whitfield*<sup>160</sup>, on pourrait sérieusement mettre en doute l'existence d'un tel lien entre l'obligation de ne pas fraterniser avec les Amérindiens et l'intérêt de l'employeur à ce que son employé remplisse sa tâche de façon productive. En l'absence de tout lien rationnel, la nullité de la stipulation attentatoire s'impose; il ne subsiste alors aucun conflit, la réparation de l'atteinte ne se heurtant à aucun intérêt légitime<sup>161</sup>.

Le lien rationnel étant établi, la question est alors celle de savoir *dans quelle mesure* les intérêts des contractants sont opposés, en vue de déterminer s'ils sont réconciliables. Et selon qu'ils le soient ou non, l'avenue qui s'offre au juge varie de façon significative. Dans la première hypothèse, la conciliation s'impose. Dans la seconde, la conciliation étant écartée, on sera forcé de choisir en faveur de l'une ou l'autre des parties.

On se demandera d'abord si l'intérêt découlant du contrat pourrait être préservé *tout en limitant l'atteinte imposée au cocontractant*. Si cette atteinte ne peut davantage être réduite, c'est qu'elle est effectivement minimale, donc qu'elle constitue une condition *sine qua non* de la réalisation de l'intérêt contractuel. La résolution du conflit entre la réparation de cette atteinte et la protection de l'intérêt produira donc nécessairement un résultat binaire, se présentant comme une alternative: le juge devra *choisir* entre l'un et l'autre des pôles du conflit, tout rapprochement étant impensable.

Avant de pousser plus loin l'analyse, voyons quelques exemples concrets de cette première situation. Imaginons une personne d'un certain âge, vivant seule dans une grande résidence et décidant d'y recevoir quelques pensionnaires<sup>162</sup>. Un individu de confession Sikh accepte de louer l'une des chambres et d'y habiter pour une période de six mois, moyennant le paiement d'un loyer mensuel et l'obligation de se plier aux règlements édictés par la propriétaire. Peu de temps après, cette dernière remarque que le nouveau pensionnaire

---

<sup>160</sup> Précité, note 139.

<sup>161</sup> Voir: J. WOEHLING, *loc. cit.*, note 51, 342.

<sup>162</sup> On notera que l'article 14 de la Charte, inapplicable en l'espèce, prévoit que la personne qui loue une seule chambre de son local d'habitation peut poser certains actes discriminatoires. La Chambre des Lords a déjà rendu une décision au même effet. Voir: *Dockers Labour Club v. Race Relations Board*, [1974] 3 All E.R. 592.

porte en tout temps une arme à sa ceinture, le « kirpan »<sup>163</sup>, contrairement à un règlement qui prohibe la possession d'armes sur les lieux de la pension. Si l'on écarte le problème de la renonciation, on en vient à la conclusion que le règlement porte atteinte à la liberté de religion du pensionnaire, tout en protégeant le droit à la protection de la vie privée de la propriétaire. L'un ou l'autre intérêt ne saurait alors souffrir aucun compromis : la situation ne laisse place à aucune possibilité de conciliation.

La jurisprudence nous offre aussi quelques exemples de conflits apparemment irréconciliables. Dans l'arrêt *Dickason*, la Cour suprême a refusé d'invalider la clause d'une convention collective forçant les professeurs ayant atteint un certain âge à prendre leur retraite. Une telle sanction aurait eu pour effet de miner le processus de négociation collective par lequel un groupe d'employés peut consentir à la mise à la retraite obligatoire en échange de meilleures conditions de travail. En d'autres termes, l'invalidation de la clause prévoyant la retraite obligatoire, à l'encontre du compromis fondant le rapport contractuel, aurait contribué à amputer le pouvoir de négociation du syndicat<sup>164</sup>. Les faits de l'affaire *X. c. Danemark*<sup>165</sup> illustrent également une situation où la réparation de l'atteinte est irréconciliable avec la protection de l'intérêt du cocontractant. Permettre aux prêtres d'ajuster les règles de leur ministère à leur gré reviendrait à compromettre l'unité doctrinale qui définit un culte et son Église. L'atteinte à la liberté du prêtre est nécessaire à la survie de la communauté religieuse. Il n'y a pas de juste milieu.

Face à une telle conclusion, le juge doit trancher selon le résultat d'une analyse de proportionnalité. Le résultat de cette analyse dépendra largement du contexte dans lequel la garantie est appliquée<sup>166</sup>. Dans *Karaduman c. Turquie*<sup>167</sup>, décision rendue par la

---

<sup>163</sup> Le « kirpan » est un poignard à lame de métal recourbée porté par les Sikhs à titre de symbole de la lutte contre l'injustice et l'oppression. Voir : *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Multani*, C.A. Montréal, n° 500-09-012386-025, 4 mars 2004, j. Lemelin, *ad hoc*.

<sup>164</sup> Voir : *Dickason*, précité, note 49, 1132.

<sup>165</sup> Précité, note 151.

<sup>166</sup> L'auteur Frumer note à cet effet le poids important accordé à la protection de la liberté contractuelle dans le cadre de l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme. L'approche canadienne serait selon lui plus nuancée. Voir : P. FRUMER, *op. cit.*, note 69, p. 387.

<sup>167</sup> *Karaduman c. Turquie*, n° 16278/90, 3 mai 1993.

Commission européenne des Droits de l'Homme, un règlement de l'Université d'Ankara prévoyait qu'un diplôme universitaire ne pouvait être décerné que si l'étudiant avait soumis une photographie où il apparaissait tête nue. La requérante, de religion musulmane, avait soumis une photo où elle apparaissait voilée, en conséquence de quoi son diplôme lui avait été refusé. La Commission rejeta la demande de cette dernière fondée sur la liberté de religion, préférant valoriser l'objectif de laïcité dans les institutions académiques. Elle nota par ailleurs le fait que la photo apposée sur le diplôme devait servir à l'identification de son détenteur par d'éventuels employeurs. On peut douter que le résultat eût été le même en contexte québécois, où l'objectif de la laïcité n'est pas reconnu au même titre. Confronté aux mêmes faits, un tribunal aurait peut-être été tenté de déclarer le règlement inapplicable en l'espèce. Tout dépend d'un jugement de valeur : cette dernière affaire nous semble très bien le démontrer.

L'expérience de l'application de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte canadienne nous a appris que, règle générale, une norme étatique qui satisfait au critère de l'atteinte minimale n'est pratiquement jamais invalidée à la dernière étape du test, celle qui vise à évaluer le poids respectif des avantages posés par la norme et des inconvénients entraînés par le maintien de l'atteinte. En ira-il de même pour l'atteinte contractuelle ? Même si l'atteinte fut maintenue dans l'arrêt *Dickason*<sup>168</sup> et qu'elle le serait peut-être dans notre exemple hypothétique de la pension, il faut se garder de généralisations hâtives. La stabilité contractuelle militera sans doute en faveur du maintien de l'atteinte, mais les circonstances de chaque affaire pourront entraîner un résultat différent. Au chapitre des conclusions, le juge pourra donc déclarer la nullité de l'obligation attentatoire, ou encore son inopposabilité. Il pourra aussi reconnaître sa validité et en forcer l'exécution.

Le caractère radical des ces sanctions justifie qu'on s'attarde d'abord à la possibilité d'une conciliation des intérêts en conflit. Dans les circonstances où l'atteinte au droit *n'est pas* minimale, on peut imaginer une façon de pallier l'atteinte *tout en protégeant l'intérêt qui y est rationnellement lié*. Le compromis est donc envisageable. Il semblerait par ailleurs difficile de faire valoir qu'une clause qui ne satisferait pas au critère de l'atteinte minimale doive *nécessairement* être invalidée, comme le veut la règle en ce qui concerne

---

<sup>168</sup> Précité, note 49.

les normes étatiques. Faire de l'atteinte minimale une condition de validité contractuelle imposerait aux contractants un fardeau irréaliste. La stabilité des contrats serait compromise, dans la mesure où l'on ne pourrait jamais prévoir avec certitude que toute clause potentiellement attentatoire le serait *au surplus* d'une façon minimale. L'exemple, présenté plus haut, du garçon de confession juive qui s'engage à tondre la pelouse d'un voisin à dates fixes et où l'une de ces dates s'avère être un samedi, illustre l'impossibilité pratique d'imposer une condition de validité aussi lourde. Dans ce cas, on devrait alors conclure que l'atteinte portée par le contrat *n'est pas* minimale (le garçon pourrait fort bien remplir sa tâche le dimanche) et donc, que la clause est nulle, alors qu'on pourrait tout simplement *maintenir* la validité de l'obligation tout en *modifiant* certaines de ses modalités (le garçon devra accomplir sa tâche le dimanche au lieu du samedi). Cette forme d'accommodement n'est pas inconnue en droit québécois.

En matière de relations de travail, on conçoit que le pouvoir de gestion de l'employeur puisse être préservé tout en obligeant ce dernier à garantir la protection raisonnable des droits et libertés au sein de son entreprise. Il s'agit alors de forcer la modification de normes institutionnelles en vue d'accommoder les besoins particuliers de certaines minorités<sup>169</sup>. Le principe de l'accommodement raisonnable a été développé pour encadrer cette forme particulière de conciliation<sup>170</sup>. Il consiste en l'imposition d'une obligation aux parties : celle de trouver un terrain d'entente. Il s'agit donc d'une obligation réciproque, imposant à chacun l'acceptation d'un compromis<sup>171</sup>. La personne qui bénéficie de l'atteinte détient le fardeau de prouver que l'accommodement proposé par elle était raisonnable, compte tenu des intérêts de chacun<sup>172</sup>.

Un processus similaire est tout à fait envisageable en matière de justification de l'atteinte contractuelle. Pour revenir à l'affaire *Amselem*, on peut penser, en première analyse, que la majorité de la Cour suprême a adopté une approche favorable à la conciliation,

---

<sup>169</sup> J. WOEHLING, *loc. cit.*, note 51, 328.

<sup>170</sup> *Id.* 385 : « seule la liberté de conscience et de religion entraîne un droit à l'adaptation ou à l'accommodement. La liberté d'opinion ou d'expression, si elle est restreinte de façon non justifiable, n'entraîne pas une adaptation de la norme contestée, mais son invalidation envers tous ».

<sup>171</sup> Voir : P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 54, 379 ; *Amselem* (C.A.), précité, note 7.

<sup>172</sup> *Dairy Pool*, précité, note 144.

d'abord en ordonnant la suspension de l'interdiction de construire sur les balcons pendant les neuf jours du Souccoth, ensuite en forçant la construction de souccahs sécuritaires qui s'harmonisent avec l'apparence générale de l'immeuble<sup>173</sup>. Mais cette façon de lire l'opinion du juge Iacobucci n'est pas indiscutable. Quand ce dernier écrit que les droits et intérêts du syndicat de préserver l'esthétique du bâtiment « sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion »<sup>174</sup>, on se demande si le litige n'a pas plutôt été considéré comme un cas d'option, plutôt que de conciliation. C'est d'ailleurs ce que reproche le juge Binnie aux motifs de la majorité :

*Il ne s'agit pas simplement en l'espèce de soupeser les avantages et les désavantages, c'est-à-dire de se demander si, de l'avis de la Cour, le fait d'interdire aux appelants de construire une souccah personnelle leur causerait un désavantage plus grand que celui que subirait les copropriétaires si un certain nombre de souccahs étaient construites sur les balcons de l'immeuble.*<sup>175</sup>

On peut voir dans les motifs du juge Bastarache une objection similaire<sup>176</sup>, encore que la position de ce dernier soit également assortie d'un rejet de l'approche conciliatrice. Pour ce dernier, en effet, « l'accommodement raisonnable [...] n'a pas sa place dans l'analyse fondée sur l'article 9.1 », une telle sanction revenant à « contourner » son application et à « éviter de déterminer l'étendue du droit fondamental en cause » conformément à ses limites<sup>177</sup>. Essentiellement, cette approche visant à *définir l'étendue du droit* revient de fait à rejeter la possibilité même d'une conciliation et à forcer le choix d'une option en toute circonstance. Sans accommodement, il ne reste que l'adhésion à une valeur au détriment d'une autre, comme s'il était impossible d'envisager, sous l'empire de la Charte, que la liberté de religion et des intérêts d'ordre esthétique puissent cohabiter.

---

<sup>173</sup> *Amselem*, précité, note 5, par. 90 et 104.

<sup>174</sup> *Id.*, par. 84.

<sup>175</sup> *Id.*, par. 207.

<sup>176</sup> *Id.*, par. 154 : « Il ne s'agit pas non plus de se poser simplement la question de savoir quelle est l'importance relative de l'atteinte aux droits des copropriétaires en l'espèce. [...] Il ne s'agit pas non plus de comparer simplement l'inconvénient pour une partie avec l'inconvénient pour l'autre ; ce serait là dénaturer l'art. 9.1 qui se réfère spécifiquement à l'intérêt commun de tous les citoyens du Québec ».

<sup>177</sup> *Id.*



À notre avis, les faits de l'affaire *Amselem* plaident en faveur d'un accommodement, lequel avait d'ailleurs été proposé spontanément par le cocontractant. Insatisfaits de la conciliation proposée, les appelants ont choisi d'invoquer la plus grande valeur d'un exercice conflictuel de leur liberté de religion, par opposition aux valeurs du syndicat et à la stabilité de la déclaration de copropriété. Il semble que la décision du juge Binnie soit celle qui tienne le plus compte de l'importance, à ce stade ultime de l'analyse, de considérer les différents éléments factuels de l'affaire. En fin de jugement, ce dernier rejette l'appel de M. Amselem en insistant sur les faits qui le font pencher du côté du syndicat, notamment le refus de l'accommodement proposé, l'adhésion contractuelle des appelants aux règles communautaires de l'immeuble, l'insistance du vendeur à ce que ceux-ci lisent la déclaration, leur refus de le faire, et ainsi de suite<sup>178</sup>. C'est dans ce contexte que nous nous permettons d'avancer que la décision du juge Binnie constitue moins la conséquence d'un choix entre deux options irréconciliables que le résultat d'une analyse de proportionnalité, tranchée en faveur du syndicat. Dans cette affaire, on ne saurait dire que la conciliation était impensable, mais bien que les parties n'y ont pas trouvé leur compte. Dans de telles circonstances, la raisonnable des prétentions de chacun devrait constituer l'élément déterminant.

\*  
\* \*

Nous avons tenté de réfuter le postulat voulant que l'applicabilité d'un instrument de protection des droits et libertés aux rapports individuels signifie l'avènement d'un nouvel ordre normatif. La Charte a sans doute le potentiel d'être interprétée de façon autonome, à la lumière de ses objectifs particuliers et des concepts qui lui sont propres, mais cela ne saurait signifier que les valeurs fondamentales du droit privé ont été supplantées par ce texte législatif. La protection des droits et libertés dans la sphère privée requiert une approche pluraliste qui tienne compte des valeurs de chaque ordre, celui du droit civil et celui de la Charte.

L'analyse de l'application de la Charte aux matières contractuelles a fait ressortir la difficulté de tenir compte, dans la mise en œuvre des droits et libertés, de la nature même du rapport contrac-

---

<sup>178</sup> *Id.*, par. 207.

tuel. Dans certains cas, la convention permettra à l'individu de choisir entre l'exercice d'un droit qui lui est reconnu par la Charte et la poursuite d'un intérêt personnel ou communautaire. Dans d'autres circonstances, l'obligation contractuelle constituera au contraire l'objet de coercition limitant la jouissance individuelle des droits et libertés. Pour ce qui est de départager ces deux cas de figure, nous avons tenté de démontrer l'impossibilité de s'en remettre exclusivement à l'expérience de l'application des garanties constitutionnelles aux normes de l'État. L'atteinte contractuelle est une atteinte privée qui origine d'un instrument d'échanges consensuels. On ne peut donc l'assimiler à l'atteinte portée par le pouvoir public sans égard à la volonté individuelle. À ce chapitre, la reconnaissance du pouvoir individuel de renoncer à l'exercice d'une garantie permet de rendre à la liberté contractuelle sa place au sein de l'organisation des rapports civils. Libre, éclairée et conforme à l'ordre public, la renonciation participe de la liberté elle-même et devrait être considérée comme une composante essentielle du régime de la Charte.

Une fois l'atteinte établie (et la renonciation écartée), on ne saurait par ailleurs adopter une approche unilatérale de la relation contractuelle, laquelle permet normalement aux deux parties d'atteindre un objectif prédéterminé. La justification de l'atteinte pourra s'apprécier sous l'angle des *motivations* sous-jacentes au contrat. Dans la majorité des cas, la sanction offerte devra concilier les intérêts légitimes poursuivis par le cocontractant avec le respect qu'il doit aux droits et libertés de son cocontractant. Lorsque l'on constatera le caractère irréconciliable de ces valeurs, l'interprète devra déterminer laquelle, en l'occurrence, mérite d'être protégée. La stabilité contractuelle imposera le plus souvent la reconnaissance de l'intérêt légitime du cocontractant, sous réserve du pouvoir de la personne brimée de mettre fin à la relation.

Nous avons donc évoqué l'idée d'une cohabitation des normes du droit privé et de la Charte en ce qui a trait à l'interprétation contractuelle. La mise en œuvre des droits et libertés dans les rapports consensuels doit constituer l'aboutissement d'un raisonnement nuancé. Il va sans dire qu'une telle approche fait appel à la discrétion de l'interprète, qui doit peser et pondérer les intérêts affectés par une sanction éventuelle. Nous estimons cependant qu'il s'agit là d'une caractéristique inhérente de la protection des droits et libertés et qu'il ne saurait en être autrement, en vue d'une application flexible de la Charte.