

L'« égalité des armes » — une expression bénie ? — en droit processuel au Québec : le rôle du droit international

Stéphane Beaulac

Volume 52, numéro 2, 2022

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1098239ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1098239ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Beaulac, S. (2022). L'« égalité des armes » — une expression bénie ? — en droit processuel au Québec : le rôle du droit international. *Revue générale de droit*, 52(2), 269–313. <https://doi.org/10.7202/1098239ar>

Résumé de l'article

Si l'« égalité des armes » en est à ses balbutiements en droit processuel au Québec, son potentiel de croissance semble considérable. Après en avoir défini la nature et vu ses ancrages juridiques — l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et les principes directeurs du Code de procédure civile — et à la suite d'un bref examen des quelques affaires y ayant eu recours en jurisprudence, la discussion se concentre sur la filiation de droit international du principe. Pour ce faire, il faut bien comprendre la grille d'analyse de la problématique de l'interlégalité, qui a été recadrée et raffinée récemment. La Cour suprême du Canada enseigne que la normativité internationale procure des éléments « pertinents et persuasifs » ou des éléments contextuels pour l'interprétation et l'application du droit interne, étant entendu que son rôle se limite à appuyer ou à confirmer (jamais contredire) une conclusion qui se fonde, au premier chef, sur le texte de la législation. En outre, l'analyse est différenciée suivant le type de sources : convention contraignante ou non, instrument antérieur ou postérieur à la loi interne, jurisprudence de tribunaux internationaux ou étrangers. La seconde partie du texte procède à l'étude en substance de l'égalité des armes, telle que développée en vertu des conventions des systèmes régionaux européens et sous le régime universel onusien, et telle qu'articulée à l'aide de décisions de tribunaux internationaux (Cour européenne des droits de l'homme; Cour de justice de l'Union européenne). On constate ensuite que les jugements au Québec ayant fait référence au principe ne se sont pas trompés : ils ont considéré l'égalité des armes tout d'abord dans une perspective de droit interne, en tenant compte de l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et des principes directeurs du Code de procédure civile, pour arriver seulement par la suite au droit international, afin d'appuyer et de confirmer le sens et la portée du principe. Bien que le texte soit articulé autour de l'international, en conclusion, des exemples d'application en droit procédural au Québec sont présentés. En définitive, l'égalité des armes pourra certes se déployer pleinement grâce à ses ancrages juridiques internes et, en outre, à la lumière de l'expérience internationale.

L'« égalité des armes » — une expression bénie ? — en droit processuel au Québec : le rôle du droit international

STÉPHANE BEAULAC*

RÉSUMÉ

Si l'« égalité des armes » en est à ses balbutiements en droit processuel au Québec, son potentiel de croissance semble considérable. Après en avoir défini la nature et vu ses ancrages juridiques — l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et les principes directeurs du Code de procédure civile — et à la suite d'un bref examen des quelques affaires y ayant eu recours en jurisprudence, la discussion se concentre sur la filiation de droit international du principe. Pour ce faire, il faut bien comprendre la grille d'analyse de la problématique de l'interlégalité, qui a été recadrée et raffinée récemment. La Cour suprême du Canada enseigne que la normativité internationale procure des éléments « pertinents et persuasifs » ou des éléments contextuels pour l'interprétation et l'application du droit interne, étant entendu que son rôle se limite à appuyer ou à confirmer (jamais contredire) une conclusion qui se fonde, au premier chef, sur le texte de la législation. En outre, l'analyse est différenciée suivant le type de sources : convention contraignante ou non, instrument antérieur ou postérieur à la loi interne, jurisprudence de tribunaux internationaux ou étrangers. La seconde partie du texte procède à l'étude en substance de l'égalité des armes, telle que développée en vertu des conventions des systèmes régionaux européens et sous le régime universel onusien, et telle qu'articulée à l'aide de décisions de tribunaux internationaux (Cour européenne des droits de l'homme; Cour de justice de l'Union européenne). On

* Docteur en droit international (*Cantab*), professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et spécialiste en droit international public et en droit constitutionnel, et avocat-conseil au bureau de Montréal (groupe litige) de la firme Dentons LLP. L'auteur souhaite remercier M^e Maxime Bédard, diplômé de l'Université Laval, ancien membre du bureau de Québec du cabinet Fasken et actuellement clerk juridique à la Cour suprême du Canada, pour l'occasion de se familiariser avec ces enjeux de droit processuel. Il tient aussi à exprimer sa gratitude aux collègues de Dentons — en particulier M^{es} Martin Poulin, Emil Vidrascu et Ari Sorek — pour les riches discussions et les échanges informels sur les dimensions pratiques de ces questions d'ordre procédural, ainsi qu'à M. Justin Hamzo, diplômé de l'Université de Montréal et stagiaire chez Dentons, pour la recherche initiale et pour son aide afin de finaliser le texte. Cela étant, toute erreur n'appartient qu'à l'auteur, qui a rédigé ce texte à titre de professeur de droit jouissant de la liberté académique; il ne s'agit pas d'un avis juridique.

constate ensuite que les jugements au Québec ayant fait référence au principe ne se sont pas trompés : ils ont considéré l'égalité des armes tout d'abord dans une perspective de droit interne, en tenant compte de l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et des principes directeurs du Code de procédure civile, pour arriver seulement par la suite au droit international, afin d'appuyer et de confirmer le sens et la portée du principe. Bien que le texte soit articulé autour de l'international, en conclusion, des exemples d'application en droit procédural au Québec sont présentés. En définitive, l'égalité des armes pourra certes se déployer pleinement grâce à ses ancrages juridiques internes et, en outre, à la lumière de l'expérience internationale.

MOTS-CLÉS :

Droit processuel, égalité des armes, droit international, Code de procédure civile, Charte des droits et libertés de la personne du Québec, interlégalité.

ABSTRACT

Although “equality of arms” is in its infancy in Quebec’s procedural law, its potential for growth seems immense. After defining its nature and identifying its legal basis—section 23 of the Quebec Charter of human rights and freedoms and the guiding principles of the Code of Civil Procedure—and following a brief examination of the few instances where it was resorted to in recent case law, the discussion focuses on the principle in international law. To that end, one must recall the analytical framework within which interlegality is considered, especially as it was recently reframed and refined. Indeed, the Supreme Court of Canada teaches that international normativity provides elements deemed “relevant and persuasive” or forming part of the context for the interpretation and application of domestic law, albeit a role that is limited to supporting or confirming (never contradicting) a conclusion based, first and foremost, on the text of the legislation. Moreover, the analysis ought to be differentiated according to the type of sources: binding or non-binding conventions, instruments prior or subsequent to domestic law, judgments of international or foreign courts. The second part of the paper proceeds with the study in substance of equality of arms, as developed pursuant to the conventions of the European regional systems and under the universal regime of the United Nations, and as articulated in the judicial decisions of international courts (European Court of Human Rights; Court of Justice of the European Union). It is then possible to assess that the Quebec judgments that referred to the principle were not mistaken: they considered equality of arms, at first, from a perspective of domestic law, with regard to section 23 of the Quebec Charter of human rights and freedoms and as per the guiding principles of the Code of Civil Procedure, and then only later looked into international law, with a view to supporting and confirming the meaning and scope of the principle. Although the emphasis of the paper is clearly international, the conclusion gives examples of application in Quebec’s procedural law. In the end, equality of arms shall be able to deploy fully pursuant to its internal basis, no doubt, but also drawing from international experience.

KEYWORDS:

Procedural law, equality of arms, international law, Code of Civil Procedure, Quebec Charter of human rights and freedoms, interlegality.

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| Introduction | 271 |
| I. L'égalité des armes : nature et ancrage juridique | 273 |
| A. Nature du principe | 273 |
| B. Ancrage juridique au Québec | 274 |
| II. L'égalité des armes en droit international et son utilisation en droit interne | 279 |
| A. L'égalité des armes en droit international : grille d'analyse | 280 |
| B. L'égalité des armes : norme conventionnelle et utilisation en droit interne | 290 |
| 1. Source conventionnelle du principe en droit international | 291 |
| 2. Recours en droit interne à la norme internationale conventionnelle | 303 |
| Conclusion | 308 |

« *“Equality of arms”*
is a blessed phrase »¹.

Juge Ian Callinan

INTRODUCTION

Aussi appelé « égalité des moyens », le principe de l'« égalité des armes » a certes un potentiel d'application considérable en droit processuel québécois. Depuis la réforme du *Code de procédure civile*², à l'aide de l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³, et suivant les directives de la Cour suprême quant à l'utilisation du droit

1. *Roads and Traffic Authority of New South Wales c Dederer*, [2007] HCA 42 au para 298; la High Court of Australia est la plus haute instance judiciaire du pays, l'équivalent de la Cour suprême du Canada.

2. RLRQ c C-25.01 [Cpc], qui a remplacé l'ancienne version en janvier 2016.

3. RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*].

international⁴, il est permis de croire que ce principe pourra se déployer pleinement et avoir une incidence sur un grand nombre de questions d'ordre procédural dans la province. Ainsi, pour paraphraser le juge Callinan de la High Court of Australia (en exergue), à terme, l'égalité des armes pourra devenir ici aussi une « expression bénie » dans le narratif de la procédure civile au Québec.

Il conviendra de revenir en conclusion sur la gamme des possibles applications de l'égalité des armes — *going full circle*, dans un sens —, mais sans aller dans le détail, car le présent texte se concentre ailleurs. En effet, tout en favorisant un angle résolument axé sur la pratique et bien que le sujet tombe dans le champ du droit processuel, il sera peu question de procédure civile comme telle⁵. La discussion sera plutôt articulée autour de la nature de l'égalité des armes et sur ses balbutiements en jurisprudence au pays (section 1), pour ensuite discuter de la filiation de droit international du principe, ce qui devra être compris eu égard à la grille d'analyse en matière d'interlégalité, clarifiée en 2020 avec l'arrêt *Québec inc*⁶, notamment (section II).

L'objectif est d'expliquer comment, s'agissant du droit processuel au Québec, un argumentaire articulé autour de l'idée de l'égalité des armes pourra se construire en droit positif interne, et ce, à l'égard d'une panoplie de questions. L'hypothèse est que le droit international peut devenir le fer de lance d'un tel argumentaire. Il y a une mécanique à suivre pour ce faire, interpellant la problématique d'interlégalité, une dimension qui arrive en aval (*upstream*) du droit de la procédure civile. Mais dans un premier temps, qu'en est-il de ce principe, de ses points de rattachement en droit positif interne, et qu'en a-t-on dit dans les quelques causes qui en ont discuté en jurisprudence ?

4. La décision de principe de la Cour suprême est l'arrêt *Québec (PG) c 9147-0732 Québec inc*, 2020 CSC 32, 5 novembre 2020 [*Québec inc*]. Voir aussi, en général, Stéphane Beaulac, « Fascicule 23 : Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois » à la p 23/1, dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir, JCO Droit constitutionnel, LexisNexis Canada, 2011 (à jour en janvier 2021) [Beaulac, « Interlégalité »].

5. L'auteur est un professeur de droit international et de droit constitutionnel, la procédure civile n'étant pas dans ses domaines de spécialisation; cela étant, ces enjeux propres à la pratique privée lui sont familiers en raison de son rôle d'avocat-conseil, dans les dernières années, auprès de la firme Dentons LLP à Montréal.

6. *Supra* note 4.

I. L'ÉGALITÉ DES ARMES : NATURE ET ANCRAGE JURIDIQUE

Quoique peu usitée au Québec et au Canada, l'expression égalité des armes (ou égalité des moyens) — en anglais : *equality of arms*; en italien : *uguaglianza delle armi*; en allemand : *waffengleichheit* — date de plusieurs décennies en Europe, autant dans le contexte de la procédure pénale (ou criminelle) qu'en matière civile, voire administrative.

A. Nature du principe

On voit une première référence au contenu de ce principe dans une affaire de 1959 sous le régime régional européen des droits humains :

Le droit à un procès équitable implique que toute partie à une action civile et *a fortiori* à une action pénale doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse⁷.

Une dizaine d'années plus tard, c'est par la négative que la Cour européenne des droits de l'homme renvoie à l'égalité des armes : « il est vrai, un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé [ou une partie, en matière civile] dans une situation désavantageuse »⁸.

Ces énoncés de principe, intuitivement, recoupent d'autres valeurs importantes qui sous-tendent les régimes de procédure judiciaire. Par exemple, en plus du droit à un procès équitable, on peut penser au droit à la contradiction, au droit d'être entendu, au droit à une décision impartiale, au droit à une défense pleine et entière, et au droit à la loyauté des débats. Dans la tradition anglo-saxonne de common law, dont l'influence est grande sur la procédure civile au Québec, la terminologie anglophone suivante vient aussi à l'esprit : *fair trial*, *due process* et *level playing field*. Avec ce dernier concept, on veut s'assurer qu'en contexte judiciaire contradictoire (*adversarial*), non pas que chacune des parties a une chance égale d'avoir gain de cause sur le fond, mais

7. *Szwabowicz c Suède* (1959), Comm Eur DHDR annuaire II 535 n° 434/58.

8. *Delcourt c Belgique*, CEDH, 17 janvier 1970, n° 2689/65, série A/11 au para 34.

plutôt qu'il y a parité dans les règles du jeu. En évitant que l'une des parties profite d'avantages indus, non seulement est-il possible de mieux rendre justice, mais on donne aussi apparence qu'il y a justice (et équité) dans le processus judiciaire.

D'aucuns ont déjà suggéré⁹ que l'égalité des armes relève du droit naturel, vu le lien intrinsèque entre les idéaux de justice, le droit à l'égalité et les valeurs recensées et sous-jacentes au droit processuel¹⁰. Suivant les raisonnements de droit public (administratif) en common law, applicables au Canada et au Québec, il y a également chevauchement avec les principes de justice naturelle et d'équité procédurale, clairement. Tout cela fait sans doute surgir la question suivante chez plusieurs : quelle est la valeur ajoutée de parler d'égalité des armes ? Disons-le tout de suite, et cela deviendra abondamment clair en conclusion, le fait d'avoir un principe autonome (*stand-alone argument*), dans le but d'articuler un argument d'ordre processuel, permet d'avoir beaucoup d'effet pour faire valoir son point, indubitablement.

B. Ancrage juridique au Québec

Depuis son entrée en vigueur en 2016, le Cpc nous informe en termes exprès, au chapitre 3, s'agissant des principes directeurs de la procédure. À la première disposition sous cette rubrique, à l'article 17, on a codifié le droit d'être entendu et le principe de la contradiction, qui rejoignent l'idée de l'égalité des armes :

17. Le tribunal ne peut se prononcer sur une demande ou, s'il agit d'office, prendre une mesure qui touche les droits d'une partie sans que celle-ci ait été entendue ou dûment appelée.

Dans toute affaire contentieuse, les tribunaux doivent, même d'office, respecter le principe de la contradiction et veiller à le faire observer jusqu'à jugement et pendant l'exécution. Ils ne peuvent fonder leur décision sur des moyens que les parties n'ont pas été à même de débattre.

Cela étant, comme nous le verrons à l'aide de la jurisprudence récente, outre le Cpc, le point d'ancrage du principe de l'égalité des armes semble être davantage la *Charte québécoise*, l'instrument dit

9. Voir, notamment, Bruno Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999 à la p 117.

10. Voir, en général, Didier Jean-Pierre et Ferdinand Melin-Soucramanien, « Le principe de l'égalité des armes » (1993) 2 RRJ 489.

quasi constitutionnel dans notre juridiction¹¹. En fait, suivant sa disposition préliminaire, le Cpc doit opérer de concert « avec le *Code civil* et en harmonie avec la *Charte de la langue française*, la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit » [notre soulignement]. L'article 23 de la *Charte québécoise* peut donc jouer un rôle important, voire supralégislatif, à l'égard de tout le droit processuel de la province, y compris pour les principes directeurs des articles 17 et suivants Cpc. Cette disposition se lit comme suit :

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public [notre soulignement].

Attirons l'attention immédiatement sur l'expression « en pleine égalité » employée dans cette disposition, une expression qui renvoie intuitivement à une notion juridique d'égalité, et ce, en contexte processuel.

Avant d'enchaîner avec le traitement jurisprudentiel du principe de l'égalité des armes, il convient de marquer le lien relationnel entre l'article 23 de la *Charte québécoise* et les articles 17 et suivants Cpc, lien qui va au-delà de la symbiose suggérée dans la disposition préliminaire du Cpc. À vrai dire, puisque notre culture juridique en droit processuel au Québec s'inscrit dans la tradition anglo-saxonne de common law, nous l'avons vu¹², les notions de justice naturelle transcendent et, du coup, informent les principes directeurs de la procédure civile, ainsi que les valeurs quasi constitutionnelles du domaine. Dans une affaire récente à la Cour d'appel, on l'explique ainsi : « le droit à une audition publique et impartiale (art 23 *Charte*), le droit d'être entendu (art 17, al 1 Cpc), de même que le principe de la contradiction

11. Voir, en général, *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics inc*, [1996] 2 RCS 345 à la p 402; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)*, [2000] 1 RCS 665 au para 28; *Montigny c Brossard (Succession)*, [2010] 3 RCS 64 au para 45; et *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier inc*, [2015] 2 RCS 789 au para 30.

12. Cela étant, comme le juge LeBel l'explique dans l'arrêt de principe, *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, [2001] 2 RCS 743 [*Lac d'Amiante*], cette filiation de la procédure civile au Québec s'inscrit par ailleurs dans la tradition civiliste contemporaine de ce droit.

(art 17, al 2 Cpc) sont des composantes de la règle de justice naturelle *audi alteram partem*¹³.

Dans l'affaire *Ville de Montréal c Sanimax Lom inc*¹⁴, où il était question des pouvoirs d'inspection de la Ville de Montréal permettant d'obtenir de la preuve aux fins d'une poursuite judiciaire, le juge Granosik considère ces enjeux eu égard aux bases de la procédure civile au Québec. Il cite notamment la disposition préliminaire du Cpc¹⁵, ainsi que les principes énoncés à son article 20, soit ceux de la coopération et du débat loyal¹⁶. « Ces dispositions », ajoute par ailleurs le juge Granosik, « doivent être lues et appliquées de concert avec l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* »¹⁷. Avec ces idées de coopération, de débat loyal et d'équilibre (dans le Cpc), ainsi que les termes « en pleine égalité » (dans la *Charte québécoise*), on en vient au concept d'« égalité des armes ».

Dans une autre affaire à la Cour supérieure en 2018, portant sur une clause contractuelle potentiellement inéquitable, le juge Bachand (maintenant à la Cour d'appel) s'est référé au principe de l'égalité des armes. Le passage se lit comme suit :

*By entitling the bank to recover the solicitor-client fees it incurs to recover its debt without allowing the guarantor who successfully defends the bank's claim to do the same, the clause grants the bank a procedural advantage that is not extended to the guarantor. This is problematic, because "[a] trial is not fair if the procedural dice are loaded in favour of one side or the other." In other words, the clause does not sit well with the general principle of equality of arms, which is a key component of natural justice and which finds expression in the first paragraph of section 23 of the Charter of Human Rights and Freedom[s] [références omises] [notre soulignement]*¹⁸.

13. *LM c JM*, 2019 QCCA 2185 au para 17.

14. 2019 QCCS 303 [*Sanimax*].

15. La disposition préliminaire du Cpc réfère, en outre, à « l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre » [notre soulignement].

16. *Sanimax*, *supra* note 14 au para 20.

17. *Ibid* au para 21.

18. *Banque de Nouvelle-Écosse c Davidovitch*, 2018 QCCS 5097 au para 38 [*Davidovitch*]. Notons immédiatement que cette décision fut infirmée en appel (2021 QCCA 551), notamment en ce qui concerne l'égalité des armes (au para 25) : « *The so-called "inequality of arms" infringement of the spirit of the right to a fair trial protected by section 23 of the Charter is simply without merit. [...]. Section 23 essentially refers to procedural rights, such as the right to be heard* » [notes omises].

On voit donc souligné de nouveau, s'agissant du principe de l'égalité des armes, le lien intrinsèque entre le droit processuel, les notions de justice naturelle et l'article 23 de la *Charte québécoise*.

Quelques années plus tôt, en 2015, la plus haute instance provinciale avait abordé des arguments d'ordre procédural formulés en termes d'égalité des armes dans la décision *Imperial Tobacco Canada Ltd c Québec (PG)*¹⁹. Dans cette affaire, il s'agissait, entre autres, de savoir si des règles particulières de la *Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*²⁰, facilitant les procédures intentées par le gouvernement contre les cigarettiers, devaient s'appliquer avec rigueur et avoir plein effet. On a ainsi plaidé avec force la protection quasi constitutionnelle de la *Charte québécoise*, en invoquant en outre l'égalité des armes. Ce qu'exprime la juge Marcotte au sujet du lien direct entre l'article 23 et l'« égalité des armes » semble, *a priori* au moins, avoir fait l'effet d'une douche froide à son utilisation en droit processuel au Québec :

Qu'en est-il de l'expression « en pleine égalité » contenue à l'article 23 ?

Les appelantes soutiennent qu'en raison des objectifs de la *Charte québécoise* et des règles de cohérence interne des lois, l'expression « en pleine égalité » doit être interprétée de manière à inclure le principe de l'égalité des moyens [c.-à-d. l'égalité des armes], une interprétation renforcée, à leur avis, par la jurisprudence externe citée, notamment celle de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour européenne) qui en traite sous le vocable d'*equality of arms*.

Il faut rappeler à ce sujet que même si la *Charte québécoise* a été adoptée afin d'aligner le droit québécois avec le droit international en matière de droits de la personne, rien dans l'historique des travaux parlementaires n'indique une intention du législateur de donner à l'article 23 de la *Charte québécoise* le sens que les appelantes lui attribuent. À la lumière des débats parlementaires, ni le principe de l'égalité de moyens ni le sens des mots « en pleine égalité » n'ont fait l'objet de discussions lors de l'adoption de la *Charte québécoise*²¹.

19. 2015 QCCA 1554 [*Imperial Tobacco*], confirmant la décision de la Cour supérieure, 2014 QCCS 842.

20. RLRQ c R-2.2.0.0.1.

21. *Imperial Tobacco*, *supra* note 19 aux para 53–55.

Au-delà de la première impression, toutefois, il est clair que ce qui est rejeté par la Cour d'appel n'est pas du tout le concept entier de l'égalité des armes, mais plutôt l'argument des appelants prétendant que son application soit étendue pour empêcher la Loi de s'appliquer aux affaires pendantes, notamment.

Autrement dit, la Cour d'appel dans *Imperial Tobacco* a reconnu que l'article 23 de la *Charte québécoise* inclut le principe de l'égalité des armes, étant entendu toutefois que sa portée (et ses effets quasi constitutionnels, présumément) se limite strictement aux questions procédurales et ne s'étend pas aux questions substantielles, par exemple l'existence ou la disponibilité d'un recours. C'est ce qu'en a compris également le juge Granosik dans l'affaire *Sanimax*, décidée subséquemment, comme en fait foi le passage suivant : « Le Tribunal retient tout de même que "*l'égalité des armes*" se retrouve dans une certaine mesure dans l'expression "*en pleine égalité*" de l'article 23 de la *Charte*, mais alors uniquement sur le plan procédural »²².

Aspect intéressant dans la décision *Sanimax*, le juge Granosik souligne au passage que l'affaire *Imperial Tobacco* en 2015 a été décidée par la Cour d'appel avant l'entrée en vigueur du nouveau Cpc²³ en 2016, insinuant ainsi que la dichotomie entre droit procédural et droit substantiel, s'agissant de l'égalité des armes, est peut-être (voire sans doute) moins pertinente compte tenu du préambule et des articles 17 et suivants Cpc, que nous avons vus plus haut. Les liens étroits entre non seulement l'égalité des armes et l'article 23 de la *Charte québécoise*, mais également entre ce concept et les principes directeurs du Cpc ressortent assez clairement de la conclusion de la Cour supérieure dans *Sanimax* :

En somme, la position de Montréal dans ce dossier est en porte-à-faux avec les principes du « *débat loyal* » et de l'« *équi-libre* » des parties devant un tribunal, lesquels principes exigent le respect de « *l'égalité des armes* », dans la mesure où ces notions sont désormais codifiées en tant que principes directeurs et donc fondamentaux. Le tribunal conclut qu'on ne peut donc pas contourner le Cpc, qui régit la communication de documents ou d'informations dans le cadre d'un procès, par le seul recours aux dispositions réglementaires autorisant les inspections par les autorités publiques. Autrement dit, la

22. *Sanimax*, *supra* note 14 au para 24 [italiques dans l'original].

23. *Ibid.*

position avancée par Montréal ne participe pas de l'idée qu'on peut se faire d'un « *débat loyal* », puisqu'elle a comme conséquence de placer les antagonistes en déséquilibre devant un tribunal [notre soulignement]²⁴.

Volontairement, la discussion jusqu'à présent quant au traitement jurisprudentiel de l'égalité des armes a omis d'inclure tout le volet de droit international. Parce qu'il faut le dire : ces jugements de droit interne en la matière comprennent un certain nombre de références au principe tel que développé à l'international. Avant de revenir à cet égard aux décisions du Québec, il convient de bien cerner la dimension d'interlégalité, d'autant qu'il y a eu récemment des développements importants à cet égard en provenance de la Cour suprême du Canada.

II. L'ÉGALITÉ DES ARMES EN DROIT INTERNATIONAL ET SON UTILISATION EN DROIT INTERNE

Dans le but de mettre en évidence la filiation de droit international (ou de droit étranger²⁵) du principe de l'égalité des armes, il faut tout d'abord discuter brièvement des plus récents développements, s'agissant du recours à la normativité internationale en droit interne canadien et québécois. En effet, non seulement le plus haut tribunal du pays a-t-il recadré l'analyse en matière d'interlégalité dans un arrêt de 2020, mais la jurisprudence subséquente est venue également raffiner le raisonnement quant au rôle des traités dans l'interprétation législative. Ces éléments permettront de voir comment, suivant une

24. *Ibid* au para 28 [notes infrapaginales omises] [italiques dans l'original].

25. Quelques remarques s'imposent pour distinguer droit international et droit étranger (voire droit comparé) en ce qui concerne l'interlégalité. Dans une perspective nationale, pour le Canada et le Québec, la normativité internationale renvoie aux sources de droit international, telles que codifiées à l'article 38(1) du *Statut de la Cour internationale de justice* (en annexe à la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945 (entrée en vigueur le 25 octobre 1945), CNUCIO, vol 15 à la p 365; RT Can 1945 n° 7). Ces sources sont applicables au pays, par exemple un traité auquel le Canada est un État partie ou une coutume liant le Canada. Outre les éléments de droit comparé qui proviennent de juridictions étrangères — par exemple, tirés du droit constitutionnel américain ou du droit interne d'un État partageant la même tradition juridique, comme ce serait le cas pour l'Australie, voire la France pour ce qui est du droit privé civiliste au Québec —, on pourrait également qualifier de droit étranger les références à des régimes conventionnels dont le Canada ne fait pas partie, comme ce serait le cas pour la *Convention européenne des droits de l'homme*, qui représente à la fois de la normativité internationale et de droit étranger, par rapport à la juridiction nationale du Canada et du Québec. Dans la grille d'analyse contemporaine quant à l'utilisation du droit international en droit interne, nous le verrons, la catégorie de normes internationales non contraignantes est utilisée afin d'inclure ces éléments ayant les caractéristiques de droit international et, dans un certain sens, de droit étranger.

grille rigoureuse, la norme internationale conventionnelle relative à l'égalité des armes pourra aider à interpréter et à appliquer ce principe de droit procédural au Québec.

A. L'égalité des armes en droit international : grille d'analyse

S'il est une problématique de droit public qui a fait couler beaucoup d'encre au cours des dernières décennies²⁶ — que ce soit au Canada et au Québec ou ailleurs dans le monde²⁷ —, c'est bien le recours au droit international en droit interne, ce que d'aucuns appellent simplement l'« interlégalité »²⁸. Il n'y a pas lieu ici de revenir sur les enjeux généraux ni sur les règles de base du domaine; nous avons nous-même abordé et creusé plusieurs de ces questions dans un bon nombre de textes en doctrine qui, au besoin, sauront donner des précisions et de la perspective à ce sujet²⁹.

26. Voir, par ex, les nombreux textes dans les ouvrages collectifs suivants : Oonagh E Fitzgerald, dir, *Règle de droit et mondialisation : rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2006; Oonagh E Fitzgerald, dir, *The Globalized Rule of Law — Relationships Between International and Domestic Law*, Toronto, Irwin Law, 2006; André Nollkaemper et Janne E Jijman, dir, *New Perspective on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007; David Sloss, dir, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement — A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Dinah Sherton, dir, *International Law and Domestic Legal Systems — Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Edda Kristjansdóttir, André Nollkaemper et Cedric Ryngaert, dir, *International Law in Domestic Court: Rule of Law Reform in Post-Conflict States*, Cambridge, Antwerp & Portland, Intersentia, 2012; Machiko Kanetake et André Nollkaemper, dir, *The Rule of Law at the National and International Levels — Contestations and Deference*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2016; Fulvio Maria Palombino, *Duelling for Supremacy — International Law vs National Fundamental Principles*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

27. Voir, par ex, André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Le professeur Nollkaemper, de l'Amsterdam Centre for International Law, est derrière l'initiative chez Oxford University Press de créer une banque de données sur l'ensemble de la communauté internationale pour étudier ces questions d'interlégalité, appelée *International Law in Domestic Court*; voir aussi André Nollkaemper et al, dir, *International Law in Domestic Courts — A Casebook*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

28. Voir Stéphane Beaulac et Miriam Cohen, *Précis de droit international — Théorie, sources, interlégalité, sujets*, 3^e éd, Montréal, LexisNexis Canada, 2021 aux pp 7–8.

29. Voir la sélection suivante de nos textes : Stéphane Beaulac, « National Application of International Law: The Statutory Interpretation Perspective » (2004) 41 ACDI 225; Stéphane Beaulac, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont "liés" par le droit international » (2004) 38 RJT 359; Stéphane Beaulac, « Recent Developments on the Role of International Law in Canadian Statutory Interpretation » (2004) 25 Stat L Rev 19; Stéphane Beaulac, « Customary International Law in Domestic Courts: Imbroglia, Lord Denning, *Stare Decisis* » dans Christopher PM Waters, dir, *British and Canadian Perspectives on International Law*, Leiden et Boston, Martinus Jijhof, 2006, 379; Stéphane Beaulac, « Thinking Outside the "Westphalian Box": Dualism, Legal Interpretation and the Contextual Argument » dans Christoffer C Eriksen et Marius Emberland, dir, *The New International Law — An Anthology*, Leiden, Brill Publishers, 2010, 17;

Ce qu'il convient de faire, vu l'objectif précis qui est de mettre la table pour une étude de la norme internationale relative à l'égalité des armes, c'est de résumer les plus récents enseignements de la Cour suprême, précisément en ce qui concerne l'utilisation des traités en interprétation législative au pays. Si le tournant de l'an 2000 a vu le plus haut tribunal au pays apporter un ajustement fort significatif avec l'arrêt *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*³⁰, en ce qui a trait aux traités non transformés, 2020 est l'année où l'on a donné un grand coup de barre, s'agissant du cadre d'analyse dans son ensemble. À vrai dire, on a voulu faire le point en jurisprudence par rapport tant au droit coutumier qu'au droit conventionnel — les deux principales sources formelles de droit international en vertu de l'article 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice*³¹, on le sait. Il s'agit de l'arrêt *Nevsun Resources Ltd c Araya*³², pour la coutume, et de l'arrêt *Québec inc*³³, pour les traités; nous examinerons seulement cette dernière affaire, puisque l'égalité des armes repose sur la source conventionnelle.

À la fin 2020, la Cour suprême a donc considéré en détail, dans le cadre d'une décision partagée 5-4, la problématique de l'interlégalité, précisément le recours au droit international conventionnel en matière d'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁴. Au final, tous les juges s'entendaient relativement au résultat dans *Québec inc*, à savoir que la portée d'application de l'article 12 de la *Charte canadienne* et la protection qu'elle offre contre les traitements et peines cruels et inusités ne s'étend pas aux personnes morales (c.-à-d. aux

Stéphane Beaulac, « International Law Gateway to Domestic Law: Hart's "Open Texture", Legal Language and the Canadian Charter (2012) » 46 RJT 443; Stéphane Beaulac, « La problématique de l'interlégalité et la méthodologie juridique — Exemples canadiens d'opérationnalisation du droit international » dans Jean-Yves Chérot et al, dir, *Le droit entre autonomie et ouverture — Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 5; Stéphane Beaulac, « Constitutional Interpretation: On Issues of Ontology and of Interlegality » dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 867; Stéphane Beaulac, « La mise en œuvre judiciaire des obligations internationales du Canada en matière de droits humains — Obstacles et embûches » dans Oonagh E Fitzgerald, Valerie Hugues et Mark Jewett, dir, *Reflections on Canada's Past, Present and Future in International Law / Réflexions sur le passé, le présent et l'avenir du Canada en matière de droit international*, Waterloo, CIGI, 2018, 31.

30. [1999] 2 RCS 817.

31. *Supra* note 25.

32. 2020 CSC 5, 28 février 2020.

33. *Supra* note 4.

34. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c 11 (R-U)] [*Charte canadienne*].

sociétés par actions). C'est spécifiquement quant au rôle du droit international en droit interne, justement, qu'il y a eu un désaccord profond entre l'opinion majoritaire, exprimée par les juges Brown et Rowe, et les motifs des juges minoritaires, sous la plume de la juge Abella. Aux fins du présent texte, on mettra l'accent sur la position majoritaire, d'autant plus qu'elle emporte maintenant l'appui de tous les membres de la Cour suprême, comme en témoigne la décision unanime dans l'affaire *R c Bissonnette*³⁵, rendue au printemps 2022.

À vrai dire, les juges Brown et Rowe dans leurs motifs donnent la réplique à la juge Abella, en suggérant notamment que les sources de droit international et de droit comparé « se sont révélées être indispensables dans pratiquement tous les domaines du droit »³⁶, et qu'elles « ont certes une valeur inestimable pour le travail de la Cour dans tous les domaines du droit »³⁷. C'est pour contrer ces lubies internationalistes, ou à tout le moins en refroidir les ardeurs, qu'il fallût corriger le tir concernant l'interlégalité. Tout d'abord, la majorité rappelle la dimension méthodologique essentielle des enjeux relatifs au droit international et au droit étranger :

Si de telles sources doivent se voir accorder une valeur persuasive, cela doit se faire en suivant une méthodologie cohérente et uniforme. Il est important qu'un tribunal fasse montre de cohérence et d'uniformité dans les motifs qu'il expose, parce que les motifs constituent un moyen essentiel pour rendre compte au public de la façon dont il exerce ses pouvoirs. C'est particulièrement le cas pour un sujet aussi fondamental que l'interprétation constitutionnelle. Comme le souligne le professeur Stéphane Beaulac, une méthodologie d'interprétation bien définie et cohérente est nécessaire, car elle est un moyen de promouvoir la primauté du droit, particulièrement grâce à la prévisibilité juridique : « "Texture ouverte", droit international et interprétation de la *Charte canadienne* » (2013), 61 SCLR (2d) 191, p 192–193³⁸.

35. 2022 CSC 23, 27 mai 2022, au para 98.

36. *Ibid* au para 100 [références omises].

37. *Ibid* au para 101 [note infrapaginale omise].

38. *Québec inc, supra* note 4 au para 3.

En outre, la majorité dans *Québec inc* souhaite recadrer l'analyse autour du droit interne, lorsqu'il est question d'interpréter un instrument législatif canadien ou québécois, y compris en ce qui concerne la *Charte canadienne*, un document constitutionnel « fait au Canada »³⁹, rappelle-t-on à bon escient. Le message des juges Brown et Rowe est clair à cet égard : « la *Charte* et ses dispositions sont interprétées avant tout au regard du droit et de l'histoire du Canada »⁴⁰. Soulignant que l'arrêt de principe en matière d'interprétation constitutionnelle dite téléologique, *R c Big M Drug Mart Ltd*⁴¹, s'inscrit en fait dans cette façon de raisonner, et s'appuyant sur nos travaux de doctrine relatifs à l'interlégalité, publiés dans le *JurisClasseur Québec, Droit constitutionnel*⁴², les juges majoritaires écrivent :

Bien que la Cour accepte de façon générale que les normes internationales *puissent* être prises en compte dans l'interprétation de normes nationales, ces normes internationales jouent habituellement un rôle limité consistant à *appuyer* ou à *confirmer* le résultat auquel arrive le tribunal au moyen d'une interprétation téléologique. Cette constatation est logique, car les tribunaux canadiens appelés à interpréter la *Charte* ne sont pas liés par le contenu des normes internationales [italiques dans l'original]⁴³.

39. *Ibid* au para 20 [référence omise].

40. *Ibid*.

41. [1985] 1 RCS 295 [*Big M Drug Mart*].

42. Voir Beaulac, « Interlégalité », *supra* note 4. Les extraits utilisés par les juges majoritaires se trouvent dans deux sections de ce fascicule, section 5 :

En plus de dénaturer le lien relationnel entre les ordres juridiques international et interne, la suggestion que les tribunaux nationaux sont liés par la normativité internationale est incompatible avec le mandat constitutionnel et la fonction du pouvoir judiciaire, qui est d'exercer un pouvoir décisionnel eu égard au droit canadien et québécois applicable. Voir le droit international comme jouissant d'une autorité persuasive s'avère être une approche plus adéquate, conforme et efficace [soulignements ajoutés par la Cour].

et section 36 :

[...] même si elle n'est aucunement contraignante en droit interne, ce que la normativité internationale peut faire et, à vrai dire, devrait faire lorsque les circonstances s'y prêtent, est d'influencer l'interprétation et l'application du droit national par nos tribunaux. Sauf pour quelques fervents zélés de la cause internationaliste, on s'entend généralement que, à ce titre, le critère de référence au droit international en droit interne est celui « d'autorité persuasive » [soulignements ajoutés par la Cour].

43. *Québec inc*, *supra* note 4 au para 22. Voir également comment, au paragraphe suivant, les juges Brown et Rowe rattachent ces valeurs aux principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel :

De surcroît, même dans ce rôle limité d'appui ou de confirmation, le poids et la valeur persuasive de chacune de ces normes dans l'analyse dépendent de la nature de la source

Précisément en ce qui concerne l'interprétation constitutionnelle de l'article 12 de la *Charte canadienne* et la protection contre les traitements et peines cruels et inusités, la majorité persiste et signe. En plus d'expliciter davantage le point selon lequel l'interprétation d'un texte se fait, au premier chef, suivant la méthodologie de droit interne, l'égarement de la juge Abella est critiqué de nouveau et, du coup, sa position est désavouée sans ménagement :

La Cour a reconnu que le droit international et le droit comparé jouent un rôle dans l'interprétation des droits garantis par la *Charte*. Cependant, ce rôle a comme il se doit consisté à appuyer ou à confirmer une interprétation dégagée en appliquant la démarche établie dans l'arrêt *Big M Drug Mart*; la Cour n'a jamais eu recours à de tels outils pour définir la portée des droits garantis par la *Charte*. Avec égards, l'approche de notre collègue la juge Abella s'écarte de façon marquée et inquiétante de cette pratique prudente [italiques dans l'original]⁴⁴.

En plus de ces mises au point, l'apport le plus significatif à la grille d'analyse en ce qui concerne l'interlégalité découle des précisions relatives à l'utilisation et au poids des différentes sources de droit international. Encore une fois, la majorité ne manque pas de critiquer vertement la juge Abella et son manque de clarté, voire la confusion créée :

[...] lorsqu'elle puise indistinctement dans différents instruments juridiques contraignants et non contraignants, dans des instruments antérieurs et postérieurs à la *Charte canadienne*, ainsi que dans des décisions de tribunaux internationaux et de tribunaux nationaux étrangers [italiques dans l'original]⁴⁵.

Pour les juges Brown et Rowe, il y a plutôt « nécessité de structurer la façon de se référer aux sources internationales et étrangères » [référence omise]⁴⁶. Ils écrivent ce qui suit :

et de son rapport avec notre Constitution. La raison de cet état de choses est la nécessité de préserver l'intégrité de la structure constitutionnelle canadienne et la souveraineté du Canada (au para 23) [référence omise].

44. *Ibid* au para 28. Voir aussi, dans le même sens, au paragraphe suivant : « Notre Cour prend soin (généralement, mais non systématiquement) de préciser la valeur normative et le poids des différents types de sources internationales. L'approche de notre collègue la juge Abella abandonne tout simplement cette importante pratique » (au para 29).

45. *Ibid* au para 24.

46. *Ibid* au para 26.

Un cadre raisonné d'analyse est donc nécessaire et souhaitable, à la fois pour reconnaître adéquatement les obligations internationales du Canada et pour fournir des indications claires et cohérentes aux tribunaux et aux plaideurs. L'établissement d'une méthodologie de prise en compte des sources de droit international et de droit comparé permet d'indiquer comment notre Cour a traité ces sources en pratique, en plus de procurer direction et clarté.⁴⁷

Pour s'en tenir à l'essentiel, voici comment se résument les différentes catégories de sources de droit international conventionnel, en ordre décroissant de force persuasive :

- instruments internationaux contraignants et antérieurs à la loi interne;
- instruments internationaux contraignants, mais postérieurs à la loi interne;
- instruments internationaux non contraignants et antérieurs à la loi interne;
- instruments internationaux non contraignants, mais postérieurs à la loi interne⁴⁸.

À cela doit s'ajouter la catégorie des sources normatives tirées du *droit comparé*, entre autres, les décisions judiciaires des tribunaux internationaux et étrangers.

À cet égard, après s'être référés — une de plusieurs fois, en fait⁴⁹ — à l'arrêt de principe quant à la problématique d'interlégalité en interprétation constitutionnelle, à savoir l'opinion du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*⁵⁰, les juges Brown et Rowe expliquent que « ces décisions ont été incluses dans la catégorie des instruments non contraignants qui “sont pertinents et peuvent être persuasifs” »⁵¹. Cela étant, on fait la mise en garde

47. *Ibid* au para 27.

48. Pour plus de détails, voir Beaulac, « Interlégalité », *supra* note 4, section 56.1 *in fine*.

49. Voir notamment dans *Québec inc*, *supra* note 4 aux para 30–32, 35 et, justement, 43 les motifs de la majorité.

50. [1987] 1 RCS 313, dont les célèbres extraits aux pp 348–349 de ses motifs. Par ailleurs, comme la majorité dans *Québec inc* le souligne : « Bien qu'exposée dans une opinion dissidente, son approche [celle du juge en chef Dickson] à l'égard du droit international et du droit comparé façonne depuis lors la manière dont notre Cour traite ces sources » (au para 30).

51. *Québec inc*, *supra* note 4 au para 43 [référence omise].

suiuante : « Une prudence particulière s'impose toutefois lorsqu'on se reporte à ce que les autres pays font dans leur droit interne, car les mesures en vigueur à l'étranger nous renseignent peu (voire pas du tout) sur la portée des droits inscrits dans la *Charte canadienne* »⁵²; et l'on pourrait dire la même chose quant à la portée de n'importe quelle norme d'une loi interne. Utilisés par la majorité dans *Québec inc*, les références aux écrits extrajudiciaires de Michel Bastarache en doctrine pendant qu'il était juge à la Cour suprême⁵³, sur ces sources de droit comparé sont fort informatives : [traduction] « [l]a logique utilisée par d'autres tribunaux constitue des indications pour les tribunaux canadiens plutôt que des précédents à suivre » et « il est important de souligner que toutes les décisions des tribunaux étrangers influencent en fin de compte le droit canadien sur la base de leur valeur persuasive plutôt que de leur valeur contraignante »⁵⁴.

Continuons la présente sous-section sur la grille d'analyse pour recourir au droit international conventionnel en droit interne canadien et québécois avec le tout dernier jugement de la Cour suprême en matière d'interlégalité, rendu à l'été 2022, qui ne portait pas sur la *Charte canadienne* toutefois, mais plutôt sur un texte législatif ordinaire. Dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Entertainment Software Association*⁵⁵, il s'agissait d'une révision judiciaire — suivant la jurisprudence de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*⁵⁶, en droit administratif — d'une décision de la Commission du droit d'auteur ayant permis des droits rémunérés distincts de mise à la disposition en ligne et sur demande d'œuvres, en vertu de normes introduites en 2012 avec la modification de la *Loi sur le droit d'auteur*⁵⁷. Précisément, la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*⁵⁸, qui vise à mettre en œuvre une convention internationale, soit le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*⁵⁹, a modifié la définition de l'article 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* en ajoutant le paragraphe 2.4(1.1), qui édicte

52. *Ibid.*

53. Michel Bastarache, « How Internationalization of the Law Has Materialized in Canada » (2009) 59 RD UN-B 190 à la p 196.

54. *Québec inc*, *supra* note 4 au para 43.

55. 2022 CSC 30 [*Entertainment Software*].

56. [2019] 4 RCS 653 [*Vavilov*].

57. LRC 1985, c C-42 [*Loi sur le droit d'auteur*].

58. LC 2012, c 20 [*Loi sur la modernisation du droit d'auteur*].

59. 20 décembre 1996, RT Can 2014, n° 20 (entrée en vigueur : 13 août 2014) [*Traité de l'OMPI*].

ce qui suit : « constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

Devant la Cour d'appel fédérale, la décision de la Commission a été infirmée sur la base qu'il était déraisonnable de conclure que le Parlement souhaitait créer un nouveau droit rémunéré de mise à la disposition; le nouveau paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* n'a pas pour conséquence d'assujettir les téléchargements et les diffusions en continu à deux redevances distinctes. La Cour d'appel fut d'avis qu'il était erroné de mettre l'accent non pas sur le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais plutôt sur l'article 8 du *Traité de l'OMPI*. En confirmant cette conclusion, dans un jugement partagé 7-2, la Cour suprême a favorisé une interprétation des textes législatifs eu égard au droit interne, mettant l'accent sur l'intention du législateur fédéral. L'opinion majoritaire, exprimée par le juge Rowe, saisit l'occasion pour « réitérer le rôle que jouent les traités internationaux dans l'interprétation des lois » [références omises]⁶⁰.

Tout d'abord, en rafale, on rappelle les éléments suivants: (1) « [u]n traité devrait être examiné pour interpréter les lois qui visent à le mettre en œuvre en tout ou en partie » et il « est pertinent à l'étape du contexte en matière d'interprétation législative »⁶¹; (2) « [p]oint n'est besoin de relever une ambiguïté dans le texte d'une loi avant d'examiner le traité », plutôt « il faut interpréter le texte d'une loi dans son "contexte global" », qui « comprend toute obligation juridique internationale pertinente » [références omises]⁶²; enfin, (3) « [s]i une loi met en œuvre un traité sans réserve, l'interprétation de la loi doit se concilier en tout point avec les obligations que ce traité impose au Canada », mais si ladite loi n'est pas explicite à cet effet, « le poids accordé aux obligations découlant du traité dépendra des circonstances de l'affaire, notamment du texte de la loi et de la spécificité du traité », le tout, si le texte législatif le permet, d'une manière à respecter les obligations du Canada issues du traité international, « conformément à la présomption de conformité » [références omises]⁶³.

60. *Entertainment Software*, supra note 55 au para 43.

61. *Ibid* au para 44.

62. *Ibid* au para 45.

63. *Ibid* au para 46.

Cela étant, validant la tendance que la Cour suprême a l'intention d'établir depuis *Québec inc* en 2020, le juge Rowe met l'accent sur le droit interne avant de considérer le droit international, s'agissant de l'interlégalité et de l'interprétation législative. Pour ce qui est de la présomption de conformité avec le droit international, on réaffirme quelque chose mis en évidence dans les arrêts *R c Hape*⁶⁴ en 2007 et *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*⁶⁵ en 2014, à savoir que cette règle n'est qu'un « outil d'interprétation d'une loi »⁶⁶. Intéressant, le juge Rowe explique que cela découle du fait que les traités internationaux conclus par le pouvoir exécutif au Canada ne font pas automatiquement partie du droit interne et doivent plutôt faire l'objet d'une mise en œuvre législative par le Parlement ou les législatures provinciales. Voici comment on résume le rôle du droit international conventionnel en droit interne sur support législatif, c'est-à-dire dans l'interprétation et l'application du droit statutaire :

Par conséquent, bien qu'un traité puisse être fort pertinent pour l'interprétation des lois, il ne peut supplanter l'intention claire du législateur. La cour doit interpréter ce que le législateur (tant au fédéral qu'au provincial) a édicté et non subordonner cet exercice à ce dont l'organe exécutif fédéral a convenu à l'international⁶⁷.

Et pour s'assurer que le point est bien compris, dans l'hypothèse d'un conflit entre ce que dit le traité international et le texte législatif, la loi interne prévaudra toujours, souligne le juge Rowe. On renvoie ici à la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Kazemi*: « On ne saurait utiliser le droit international pour étayer une interprétation à laquelle fait obstacle le texte de la loi »⁶⁸ (dans cette cause, la *Loi sur l'immunité des États*⁶⁹).

Dans l'affaire *Entertainment Software*, la majorité opine que le libellé de l'article 8 du *Traité de l'OMPI* et celui du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* sont semblables et, surtout, qu'il est clair que celle-ci a pour objet de mettre en œuvre celui-là. Vu l'intention du Parlement de transformer en droit interne les obligations internationales issues

64. [2007] 2 RCS 292 au para 53.

65. [2014] 3 RCS 176 au para 60 [*Kazemi*]

66. *Entertainment Software*, *supra* note 55 au para 47.

67. *Ibid* au para 48.

68. *Ibid*.

69. LRC 1985, c S-18.

du *Traité de l'OMPI*, le paragraphe 2.4(1.1) en droit statutaire devrait être interprété, explique le juge Rowe, « de façon à permettre au Canada de mettre en œuvre les obligations que lui impose l'art 8, dans la mesure du possible compte tenu du libellé de la Loi sur le droit d'auteur » [notre soulignement]⁷⁰. Autrement dit, la majorité de la Cour suprême nous alerte — et c'est ce qui était problématique dans l'interprétation donnée en l'espèce par la Commission — contre une perspective axée à outrance sur l'international, qui mettrait la charrue devant les bœufs dans un sens. Plutôt, et c'est ce que fait le juge Rowe, il faut examiner l'intention du Parlement dans sa loi de mise en œuvre (paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur*) et, au besoin, se référer à la norme issue du *Traité de l'OMPI* (à son article 8) à titre d'élément contextuel d'interprétation.

En résumé, s'il y a un message à retenir de la jurisprudence récente de la Cour suprême en matière d'interlégalité, qui a fait l'objet d'un recadrage dans *Québec inc* en 2020 et qui a été par ailleurs raffinée dans *Entertainment Software* en 2022, c'est ce qui suit : aussi importante qu'elle puisse être dans des circonstances particulières, la normativité internationale procure des sources « pertinentes et persuasives » (cf *Charte canadienne*) ou, s'agissant du droit international conventionnel, des éléments de contexte aux fins d'interprétation du droit statutaire (cf lois ordinaires), étant entendu que l'accent devrait toujours demeurer sur l'intention du législateur (ou du constituant), déterminée sur la base du langage employé dans le texte de loi en droit interne. Pour le reste, il faut faire des nuances selon le type de sources conventionnelles, notamment (cf *Québec inc*⁷¹), et il faudra pondérer l'argument de nature contextuelle à la hausse ou à la baisse selon que la loi de mise en œuvre donne effet explicitement et sans réserve, ou non (ou moins), aux obligations internationales conventionnelles du Canada (cf *Entertainment Software*)⁷².

Ces directives relèvent de la discrétion judiciaire du tribunal national. Mais il faut surtout être bien conscient qu'on devra juger en tenant compte du droit interne et que le droit international peut aider, certes, mais qu'il ne peut jamais prendre la place et encore moins contredire le droit applicable au pays. Les propos des juges Brown et Rowe vers

70. *Entertainment Software*, supra note 55 au para 49.

71. *Supra* note 4 aux para 29 et s.

72. *Supra* note 55 au para 46.

la fin de leurs motifs pour la majorité dans *Québec inc* sont éloquentes à ce sujet :

En définitive, les tribunaux doivent faire attention de ne pas amalgamer indistinctement les facteurs traditionnels énoncés dans l'arrêt *Big M Drug Mart* [en interprétation constitutionnelle; et, de la même façon, en interprétation législative] avec le droit international et le droit comparé. L'analyse doit reposer principalement sur les facteurs traditionnels et ne faire appel au droit international et au droit comparé que quand il convient de le faire, et être accompagnée d'une explication sur les raisons pour lesquelles une source non contraignante est prise en compte et comment elle est utilisée, notamment quel poids persuasif lui est accordé [notre soulignement]⁷³.

Si ces directives sont suivies par les tribunaux au Canada et au Québec, il s'ensuivra une utilisation rigoureuse de la normativité internationale dans l'interprétation et l'application du droit interne (*Charte canadienne* ou autres textes de loi), et ce, au profit du principe de la primauté du droit (*rule of law*) et, notamment, des valeurs de prévisibilité juridique. Cette dimension fut soulignée à grands traits au début de l'opinion majoritaire de l'arrêt *Québec inc*⁷⁴ et il convient de le réitérer pour terminer la présente sous-section⁷⁵.

B. L'égalité des armes : norme conventionnelle et utilisation en droit interne

Dans l'ordre séquentiel logique de la présente discussion sur l'égalité des armes en droit procédural, compte tenu de sa filiation internationale, il fallait mettre au clair et mettre à jour la grille d'analyse en matière d'interlégalité avant de procéder à l'examen en substance de ce qu'il en est du principe en droit international et en droit québécois. Deux choses doivent être gardées en tête : tout d'abord, pertinent surtout à la section qui suit, traitant de la source conventionnelle du principe en droit international, le raisonnement différencié quant au poids de la normativité internationale selon la source, conventionnelle

73. *Supra* note 4 au para 47.

74. *Ibid* au para 3.

75. Voir aussi Stéphane Beaulac, « "Texture ouverte", droit international et interprétation de la Charte canadienne » dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir, *Canadian Charter of Rights and Freedoms / Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd, Toronto, LexisNexis Canada, 2013, 191 aux pp 192-193.

contraignante ou non contraignante, antérieure ou postérieure à la loi interne, voire jurisprudentielle de tribunaux internationaux ou étrangers; et ensuite, utile surtout à la section 2 qui suivra (traitant du recours en droit interne à la norme internationale conventionnelle), le constat que la jurisprudence au Québec concernant l'égalité des armes (*Imperial Tobacco; Sanimax*) est antérieure aux décisions de la Cour suprême ayant recadré et raffiné le recours au droit international en droit interne (*Québec inc; Entertainment Software*), et ce, afin d'éviter de glisser dans l'anachronisme.

1. Source conventionnelle du principe en droit international

À strictement parler, l'expression « égalité des armes » (ou la variation « égalité des moyens ») ne se trouve dans aucun document international relatif aux droits de la personne, que ce soit des instruments régionaux ou universels. Cela étant, très tôt après la création du système onusien en 1945, des textes évoquent l'idée de protéger les valeurs d'égalité dans le contexte processuel, tant au civil qu'au pénal. Le premier, et non le moindre, est la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁷⁶, à son article 10 :

10. Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [notre soulignement].

Évidemment, cela saute aux yeux, on remarque la grande similitude dans le libellé entre cette disposition de la *Déclaration universelle* et l'article 23 de la *Charte québécoise*, cité plus haut, en particulier l'expression « en pleine égalité » qui se retrouve dans les deux. En fait, que ce soit spécifiquement pour ces questions de droit procédural ou par rapport à l'ensemble de l'instrument quasi constitutionnel québécois, rappelons que la *Déclaration universelle* fut d'une grande inspiration au moment de la rédaction et de l'adoption en 1975 de la *Charte québécoise*⁷⁷.

76. Rés AG 217A (III), doc off AGNU, 3^e sess, supp n^o 13, Doc NU A/810 (10 décembre 1948) [*Déclaration universelle*].

77. Sur l'influence du droit international des droits de la personne, en particulier la *Déclaration universelle*, sur la genèse des instruments nationaux au pays, voir William A Schabas et Stéphane Beaulac, *International Human Rights and Canadian Law – Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3^e éd, Toronto, Thomson & Carswell, 2007 aux pp 35–47. S'agissant de la *Charte*

Chronologiquement, sur la base de l'instrument conventionnel du régime régional en Europe, adopté en 1950, la jurisprudence internationale en est venue à développer le principe de l'égalité des armes, comme nous le verrons dans un moment. Plus précisément, cette norme issue d'un traité repose sur le 1^{er} paragraphe de l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁷⁸, qui se lit comme suit :

6(1). Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...]. [La seconde partie de la disposition porte sur la possibilité du huis clos, non pertinente à nos fins.]

On doit constater qu'il y a, certes, à boire et à manger dans cette disposition (même juste sa première phrase), s'agissant des éléments de procédure, applicables tant en matière civile que pénale⁷⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a rendu un bon nombre de décisions relatives à l'article 6(1) de la *Convention européenne* et l'égalité des armes, y compris le volet civil⁸⁰. Nous reviendrons à la jurisprudence de ce tribunal international, avec quelques causes particulièrement utiles⁸¹.

québécoise, plusieurs auteurs et autrices ont abordé au fil des ans le thème de l'interlégalité et de l'influence de la normativité internationale sur son interprétation : voir, notamment, Madeleine Caron, « *L'utilisation du droit international aux fins d'interprétation et d'application de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec* » (1984) 1 RQDI 307; et Alain-Robert Nadeau, « *La Charte des droits et libertés de la personne : origines, enjeux et perspectives* » (2016 – hors-série) R du B 1. Cela étant, compte tenu de la nouvelle réalité en la matière — *post-Québec inc* pourrait-on dire (voir section II-A ci-dessus) — ces excellents textes ont moins de pertinence aux fins de la présente discussion.

78. De son vrai nom : *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 RTNU 221, 4 novembre 1950 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [Convention européenne].

79. Voir *Feldbrugge c Pays-Bas*, CEDH, 29 mai 1986, n° 8562/79, série A/99.

80. Voir Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme — Droit à un procès équitable (volet civil)*, étude mise à jour au 31 août 2022, en ligne (pdf) : <www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_fra.pdf>, en particulier, la section sur l'égalité des armes, aux pp 94 et s. Voir aussi Ireneu Cabral-Barreto, « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme » (2002) 15:2 RQDI 1 à la p 5.

81. Voir *infra* notes 88 et s., ainsi que les explications correspondantes dans le texte.

Poursuivons avec un des principaux instruments conventionnels universels portant sur les droits de la personne, adopté en 1966, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁸². À l'instar de l'article 6(1) de la *Convention européenne*, le paragraphe 1 de l'article 14 du *Pacte international* ratisse très large pour ce qui est des droits processuels, au civil et au pénal; il sera suffisant de reproduire les deux premières phrases de cette disposition :

14(1). Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil [...].

Ajoutons que le *Pacte international* est un instrument de « droit dur », contraignant pour le Canada qui y a adhéré (et le Québec qui l'a endossé); en termes de droit des traités⁸³, on comprend que les parties sont tenues de respecter les différentes obligations prévues à l'article 14(1), dont l'égalité devant les tribunaux civils et le droit à un procès équitable.

Plus intéressant que l'article 14(1) du *Pacte international*, comme tel, s'agissant du principe de l'égalité des armes, est le dérivé normatif de cette convention, sous la forme d'un instrument dit de *soft law*, adopté par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. En effet, l'*Observation générale n° 32*⁸⁴ de 2007 stipule en toutes lettres que le paragraphe 1 de l'article 14 du *Pacte international* doit être compris comme incluant le principe de l'« égalité des armes » en matière civile, qui découlerait du droit à l'égalité devant les tribunaux. À vrai dire, on explicite ce concept deux fois plutôt qu'une dans cet instrument international non contraignant, aux sections 8 et 13 :

82. 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 arts 9–14 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada : 19 mai 1976) [*Pacte international*].

83. Voir la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 22 mai 1969 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), 1155 RTNU 331; RT Can 1980 n° 37.

84. Nations Unies, Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 32, Article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, Doc NU CCPR/C/GC/32 (23 août 2007) [*Observation générale*]. On notera que la Cour suprême du Canada s'est déjà référée à cet instrument international non contraignant dans une affaire : *Amaratunga c Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, [2013] 3 RCS 866 au para 62.

8. En termes généraux, le droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice garantit, outre les principes mentionnés dans la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 14, les principes de l'égalité d'accès et de l'égalité de moyens («égalité des armes»), et vise à ce que les parties à la procédure ne fassent l'objet d'aucune discrimination [notre soulignement].

[...].

13. Le droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice garantit aussi l'égalité des armes. Cela signifie que toutes les parties à une procédure judiciaire ont les mêmes droits procéduraux, les seules distinctions possibles étant celles qui sont prévues par la loi et fondées sur des motifs objectifs et raisonnables n'entraînant pas pour le défendeur un désavantage ou une autre inégalité. Cette égalité des armes est rompue si, par exemple, seul le ministère public, mais pas le défendeur, peut faire appel d'une décision. Le principe de l'égalité entre les parties s'applique aux procédures civiles également et veut, entre autres, que chaque partie ait la possibilité de contester tous les arguments et preuves produits par l'autre partie. Dans des cas exceptionnels, ce principe peut aussi entraîner l'obligation de fournir gratuitement les services d'un interprète dans les cas où, faute de quoi, une partie sans ressources ne pourrait pas participer au procès dans des conditions d'égalité ou si les témoins cités pour sa défense ne pourraient être interrogés [notre soulignement].

Contrairement à l'article 14(1) du *Pacte international*, ces prescriptions de l'*Observation générale* ne peuvent pas être considérées comme énonçant des normes juridiques liant les parties à ce régime conventionnel. Nous nous rappelons, toutefois, que l'on peut s'y référer malgré tout dans l'interprétation et l'application du droit interne, étant entendu que leur force persuasive serait considérablement moins élevée que si l'on avait une norme contraignante (*cf Québec inc*).

Pour être complet dans notre bref tour d'horizon des instruments conventionnels appuyant un argumentaire fondé sur le principe de l'égalité des armes, il faut regarder le régime régional d'intégration économique et politique en Europe, connu sous le nom de l'Union européenne (UE) (anciennement les Communautés européennes)⁸⁵.

85. Voir, en général, Paul Craig et Gráinne de Búrca, *EU Law — Text, Cases, and Materials*, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2020.

Depuis la fin 2009, l'UE s'est dotée d'un instrument conventionnel visant à protéger formellement les droits de la personne, lequel est applicable aux situations sous la juridiction de la Cour de justice de l'Union européenne, située au Luxembourg. L'article 47 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁸⁶, intitulé « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », prévoit ce qui suit à ses deux premiers paragraphes :

47. Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la responsabilité de se faire conseiller, défendre et représenter [...].

On notera que le second paragraphe de l'article 47 est très proche du libellé de l'article 6(1) de *la Convention européenne*; d'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg concernant ce dernier traité éclaire généralement l'interprétation de la *Charte des droits fondamentaux* par la Cour du Luxembourg⁸⁷. En tout état de cause, soyons clairs : il s'agit ici de normativité non contraignante pour ce qui est du Canada et du Québec, puisque nous ne pouvons pas (même si on le souhaitait vraiment fort!) être un État membre de l'UE.

* * *

Sans surprise, c'est la jurisprudence des instances adjudicatives régionales des régimes européens, soit la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui a énoncé le principe de l'égalité des armes, et ce, tant en matière

86. Instrument proclamé le 7 décembre 2000, mais sans effet juridique direct, et plus tard entré en vigueur comme instrument contraignant pour les États membres au moment de l'adoption du *Traité de l'Union européenne* (ou *Traité de Lisbonne*) le 1^{er} décembre 2009, Journal officiel de l'Union européenne, C 326 [*Charte des droits fondamentaux*].

87. Voir, en général, Hanneke Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System — An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Cambridge, Intersentia, 2011; et, en outre, en contexte pénal, Sabine Gless et Jeannine Martin, « The Comparative Method in European Courts: A Comparison Between the CJEU and ECtHR? » (2013) 1:1 Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice 36.

civile que pénale. Nous nous limiterons aux enseignements tirés de trois affaires, présentées dans l'ordre chronologique des décisions.

Tout d'abord, au printemps 2012, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Gryaznov c Russia*⁸⁸ — dont la décision est seulement disponible en anglais —, était saisie de la demande d'un ressortissant russe invoquant le droit à un procès équitable de l'article 6(1) de la *Convention européenne*. Précisément, il plaidait que les dispositions du *Code de procédure civile* et du *Code pénal* de la Fédération de Russie, permettant les audiences à des procédures judiciaires sans la présence en personne de l'individu visé, violaient le principe de l'égalité des armes et, plus généralement, son droit de présenter efficacement sa cause devant un tribunal. La Première Chambre de la Cour a donné droit en partie à la demande de compensation, décidant que les cours de justice en Russie auraient dû voir à ce que le plaignant puisse être présent pour donner sa version des faits, en témoignant de son expérience personnelle relativement aux sévices allégués.

D'autres éléments processuels ont aussi été considérés comme des violations de l'article 6(1) de la *Convention européenne* : l'impossibilité de répondre aux soumissions ou de réagir à la preuve présentée par le poursuivant et par les tierces parties, et le refus d'appeler un témoin crucial appuyant la position du plaignant. Toutes ces irrégularités, de l'avis de la Cour de Strasbourg, interpellaient non seulement le droit à un procès public et équitable, mais en outre le principe de la contradiction et, encore plus pertinent à nos fins, le principe de l'égalité des armes. Voici les extraits les plus intéressants des motifs du jugement de la Première Chambre de la CEDH à ce sujet :

45. *Article 6 of the Convention does not guarantee a right to personal presence before a civil court, but rather a more general right to present one's case effectively before the court and to enjoy equality of arms with the opposing side. Article 6 §1 leaves to the State a free choice of the means to be used in guaranteeing litigants these rights.*

[...].

51. *In these circumstances, the Court finds that the principle of equality of arms was breached, owing to the domestic courts' refusal to secure the applicant's attendance at the hearing.*

88. CEDH, 12 juin 2012, n° 19673/03 [Gryaznov].

[...].

53. *The Court reiterates that the principle of adversarial proceedings and equality of arms, which is one of the elements of the broader concept of fair hearing, requires that each party be given a reasonable opportunity to have knowledge of and comment on the observations made or evidence adduced by the other party and to present its case under conditions that do not place it at a substantial disadvantage vis-à-vis its opponent.*

[...].

57. *Article 6 of the Convention does not explicitly guarantee the right to have witnesses called or other evidence admitted by a court in civil proceedings. Nevertheless, any restriction imposed on the right of a party to civil proceedings to call witnesses and to adduce other evidence in support of his case must be consistent with the requirements of a fair trial within the meaning of paragraph 1 of that Article, including the principle of equality of arms. Equality of arms implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case—including his evidence—under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.*

[...].

62. *Given that the applicant was refused leave to appear at the first-instance and appeal hearings, that he was not given a reasonable opportunity to comment on the respondent's and third parties' submissions and evidence in support adduced by them, and that the domestic courts refused to hear a crucial witness in support of his case, the applicant was placed at a substantial disadvantage vis-à-vis the opposing party, and deprived of an opportunity to present his case effectively before the court.*

[référence omise] [notre soulignement]

La même année, à l'automne 2012, la CJUE a été appelée à considérer ces questions lors d'une demande de décision préjudicielle portant sur l'interprétation de dispositions conventionnelles et réglementaires en matière de droit de la concurrence, au regard de l'article 47 de la *Charte des droits fondamentaux*. Dans le cadre d'une procédure judiciaire pour pratiques anticoncurrentielles intentée contre des sociétés de fabrication d'ascenseurs et d'escaliers mécaniques devant le tribunal national d'un État membre de l'UE, la participation de la Commission européenne a été contestée parce que

le processus serait désavantageux pour les défenderesses, compte tenu de la situation particulière qu'occupe la poursuivante qui, dans une instance antérieure, a elle-même statué sur le bien-fondé des allégations. En plus du principe que nul ne peut être juge dans sa propre cause (*nemo iudex in sua causa*), elles invoquent le principe d'indépendance judiciaire et le principe de l'égalité des armes.

Validant la conformité du processus en vertu du droit européen, dans son arrêt *Affaire Européenne Gemeenschap c Otis NV et al*⁸⁹, la Grande Chambre de la CJEU a rejeté les arguments fondés sur l'article 47 de la *Charte des droits fondamentaux*. Elle s'est néanmoins prononcée en faveur du principe de l'égalité des armes, en ce qu'il est requis de maintenir un certain équilibre entre les parties dans les procédures judiciaires entreprises en vertu de l'un des régimes de l'Union européenne. Voici les passages du jugement qui explicitent ledit concept :

71. Le principe d'égalité des armes, qui est un corollaire de la notion même de procès équitable [référence jurisprudentielle omise] implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.

72. Ainsi que M. l'avocat général l'a relevé [dans] ses conclusions, l'égalité des armes a pour but d'assurer l'équilibre entre les parties à la procédure, en garantissant que tout document fourni à la juridiction puisse être évalué et contesté par toute partie à la procédure. Inversement, le préjudice que le déséquilibre doit provoquer doit en principe être prouvé par celui qui l'a subi.

73. Or, il ressort de la décision de renvoi que les informations auxquelles les défenderesses au principal se réfèrent n'ont pas été fournies à la juridiction nationale par la Commission, cette dernière ayant par ailleurs exposé ne s'être appuyée que sur les informations disponibles dans la version non confidentielle de la décision constatant l'infraction [...]. De telles circonstances excluent, par conséquent, la violation du principe d'égalité des armes.

[notre soulignement]

89. CJUE, 6 novembre 2012, n° C-199/11 [*Europese Gemeenschap*].

Enfin, le dernier jugement intéressant, encore une fois de la CEDH, vient de l'affaire *Regner c République tchèque*⁹⁰ à l'automne 2017. Le requérant contestait la validité d'une procédure administrative qui a mené à la perte de son poste au ministère de la Défense nationale de la République tchèque sur la base de malversations alléguées; or, ce processus permettait de garder confidentiels certains éléments de preuve, qui étaient néanmoins accessibles au tribunal pour sa décision. Dans un jugement partagé 10-7, la requête a été rejetée par la CEDH. De l'avis des juges majoritaires, les limitations subies aux droits « ont été compensées de telle manière que le juste équilibre entre les parties n'a pas été affecté au point de porter atteinte à la substance même du droit du requérant à un procès équitable »⁹¹.

On a ainsi invoqué plusieurs des droits garantis à l'article 6(1) de la *Convention européenne*, dont l'égalité des armes que l'on dit dérivée, à l'instar du principe de la contradiction, du droit fondamental à une audition équitable :

146. La Cour rappelle que le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes, étroitement liés entre eux, sont des éléments fondamentaux de la notion de « procès équitable » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Ils exigent un « juste équilibre » entre les parties : chacun doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires.

[...].

151. La Cour procédera à un tel examen au regard de la procédure considérée dans son ensemble et recherchera si les limitations aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes, tels qu'applicables dans la procédure civile, ont été suffisamment compensées par d'autres garanties procédurales.

[référence omise] [notre soulignement]

Tirés des motifs principaux de la Cour⁹², c'est-à-dire l'opinion de 7 des 17 juges de la Grande Chambre, ces passages peuvent (voire doivent) être complétés par ce que le juge GeorgiosSerghides (en partie dissidente, quant à la conclusion) a écrit concernant l'égalité des

90. CEDH, 19 septembre 2017, n° 35289/11 [*Regner*].

91. *Ibid* au para 161.

92. *Ibid* à partir de la p 1, citations aux pp 35–36.

armes⁹³. Ses propos, à la fois sur l'origine et le contenu du droit à un procès équitable, sont très justes et précis, et ses explications détaillées au sujet de l'égalité des armes permettent d'en saisir toutes les ramifications, y compris en contexte administratif et civil :

15. Il n'y a pas de meilleurs mots pour décrire l'importance d'un procès équitable que ceux employés par Georghios M. Pikiş, ancien président de la Cour suprême chypriote et ancien membre de la Cour pénale internationale de La Haye (président de section Georghios M. Pikiş, *Justice and the Judiciary*, Leyde-Boston, 2012, § 145 à la p 63) :

[Traduction] 145. La garantie d'un procès équitable est un droit de l'homme fondamental, l'emblème de la justice réparatrice. Il s'agit d'un droit fondamental de la personne, qui va de pair avec l'obligation principale pour l'État de le garantir en toute circonstance. Nul ne doit encourager une déviation ou une atténuation de ce droit. Les impératifs d'un procès équitable s'inspirent des impératifs de justice. La Cour a pour devoir inextinguible de rendre la justice conformément à ces impératifs, faute de quoi la liberté de chacun sera bafouée et l'essence même de l'homme atteinte. On peut tout à fait dire qu'un procès équitable est le socle des droits de l'homme.

Le droit à un procès équitable englobe un certain nombre d'éléments des garanties judiciaires, dont les plus fondamentaux sont : a) l'accès à un tribunal, b) l'égalité des armes (en anglais *equality of arms*), c) le principe du contradictoire, et d) la motivation des jugements. [...]. [notre soulignement].

16. Comme le dit également l'arrêt, le principe de l'égalité des armes signifie que « chacune [des parties] doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires [...] » (paragraphe 146 de l'arrêt). [...]. Autrement dit, l'interdiction totale empêchant le requérant d'accéder aux informations classifiées sur la base desquelles son attestation de sécurité lui avait été retirée, ce qui constituait l'objet de son recours devant les juridictions administratives, s'analyse en une violation du principe *audi alteram partem* (FAR *Bennion, Bennion on Statutory*

93. *Ibid* à partir de la p 50, citations aux pp 53 et s.

Interpretation: A Code, cinquième édition, Londres, 2008, section 341 aux pp 1111 et s), qui veut littéralement dire « entendre l'autre partie », et bien sûr du principe de l'égalité des armes, comme il a été dit ci-dessus. Il faut retenir aussi l'ancienne règle grecque en matière d'équité et d'égalité « μηδενί δίκην δικάσεις, πριν αμφοίν μύθον ακούσεις », qui peut être ainsi traduite : « nul ne peut juger sans avoir entendu ce que les deux parties ont à dire ». Comme l'observe Bennion, « Coke [*6 Co Rep 52] a repris de la Médée de Sénèque l'adage *qui aliquid statuerit parte inaudita altera, æquum licet dixerit, haud æquum fecerit* (qui-conque statue sans avoir entendu l'autre partie, quand bien même ce qu'il a dit serait fondé, n'aura pas fait ce qui est juste »; Bennion, précité, section 341 à la p 1112). Cet adage latin, et en particulier les mots *haud æquum fecerit*, montre à quel point il est important que le juge entende chacune des parties quand bien même ce qu'il dit serait fondé [notre soulignement].

[...].

19. Incontestablement, le droit à un procès équitable énoncé dans l'article 6 § 1 de la Convention vise à prévenir l'arbitraire dans l'administration de la justice et dans les garanties judiciaires, lesquelles par définition doivent être adéquates et justes. Sur le terrain de la justice procédurale, l'équité est synonyme à mes yeux d'égalité procédurale et de justice naturelle (voir, à ce sujet, David J. Mullan, « Natural Justice and Fairness — Substantive as Well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making » [1982] 27, *Revue de droit de McGill*, 250 et s) [notre soulignement].

[...].

21. Un procès équitable ne pouvant s'envisager autrement qu'à l'aune de la procédure contradictoire et de l'égalité des armes, un requérant doit avoir la faculté de conduire son procès et de plaider sa cause, lui-même ou avec l'assistance d'un défenseur, sans que le juge ne se substitue à lui de quelque manière que ce soit. C'est seulement alors qu'il y aura égalité procédurale avec la partie adverse, le gouvernement. Bien que les droits minimaux énoncés à l'article 6 § 3 b), c) et d), à savoir respectivement le droit à disposer des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, le droit de se défendre soi-même et le droit d'interroger ou de faire interroger des témoins, s'appliquent dès lors que l'intéressé est accusé d'une infraction pénale, ils peuvent néanmoins s'appliquer aussi, mutatis

mutandis, en matière civile ou en matière administrative, ces droits minimaux étant des éléments du droit à un procès équitable et tombant donc inévitablement sous le coup des dispositions générales de protection découlant de l'article 6 § 1 de la Convention, qui régissent inextricablement et inséparablement tous les types d'affaires, civiles, administratives et pénales. [...]. [notre soulignement].

[...].

26. Le professeur Michael S. Moore voit dans l'« équité procédurale » l'une des caractéristiques de l'État de droit. Ce qu'il dit ci-dessous à ce sujet peut s'appliquer spécifiquement aux faits de l'espèce et étayer solidement ma thèse (Michael S. Moore, « A Natural Law Theory of Interpretation », *Southern California Law Review*, 58, aux pp 277 et s, 317–318; ainsi que Fernando Atria et D. Neil MacCormick (dir de publ), *Law and Legal Interpretation*, Ashgate/Dartmouth, 2003, Part I, [5], aux pp 113 et s, aux pp 153–154).

[...].

32. L'injustice procédurale qui résulte de la privation des droits du requérant à l'égalité des armes et à un procès contradictoire est aggravée par la procédure conduite par les juridictions internes pour examiner les éléments dont elles étaient saisies, qui était inefficace et contraire au principe du contradictoire [...]. La règle *affirmanti, non neganti, incumbit probatio* (*Wharton's Law Lexicon*, 30, 9 Cushing's Mass. Reports 535), selon laquelle c'est sur celui qui affirme une chose et non sur celui qui la nie que pèse la charge de la preuve, qui est utilisée à plusieurs reprises dans la jurisprudence de la Cour (voir, entre autres, *Hassan c Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 49, CEDH 2014), ne trouve aucune application en l'espèce car elle ne vaut que pour les procès contradictoires [notre soulignement].

Une des choses absolument géniales que l'on constate dans les extraits des motifs de la juge Serghides, ce sont les liens entre les concepts et les écrits de droit civil (c.-à-d. civiliste ou continental européen) et de common law (c.-à-d. de tradition anglo-saxonne), s'agissant du droit fondamental à un procès équitable et des principes de la contradiction et de l'égalité des armes⁹⁴. Cela valide ce que des auteurs

94. Cela étant, on remarquera que l'expression égalité des « armes » — en anglais *equality of arms* — dénote clairement un esprit de belligérance, de conflits armés, qui correspond en fait

ont déjà expliqué en doctrine : « *Although the phrase “equality of arms” is familiar to civil rather than common law legal systems, where it is better understood as the requirement of ‘due process’, its meaning resonates in any functional legal system* »⁹⁵. Voyons maintenant ce qu'il en est dans la juridiction du Québec en ce qui concerne le droit international conventionnel.

2. Recours en droit interne à la norme internationale conventionnelle

On se souviendra que lors de notre examen de la jurisprudence au Québec portant sur l'égalité des armes — principalement les jugements de la Cour d'appel dans *Imperial Tobacco*⁹⁶ et de la Cour supérieure dans *Sanimax*⁹⁷ —, le volet de droit international avait été omis. En effet, il était nécessaire d'abord de bien établir la grille d'analyse en matière d'interlégalité, recadrée et raffinée, et de voir comment se présente le principe en droit international conventionnel pour ensuite, dans l'ordre séquentiel, compléter l'analyse des précédents au pays. Au-delà des questions de procédure, la présente discussion demeure ainsi toujours axée sur la normativité internationale et son utilisation en droit interne.

Pour ce qui est du jugement unanime dans l'affaire *Imperial Tobacco* en 2015, la première chose à souligner, nous l'avons vue dans les extraits ci-dessus⁹⁸, c'est la façon dont la juge Marcotte a analysé le concept d'égalité des armes. Avant de considérer la situation à l'international, elle a regardé ce qu'il en est en droit interne au Québec avec l'article 23 de la *Charte québécoise*, examinant en outre les débats parlementaires lors de l'adoption en 1975 de cet instrument législatif quasi constitutionnel⁹⁹. Certes à l'affût des débats à ce sujet, la Cour d'appel a parfaitement anticipé les directives quant à l'importance de

beaucoup à l'approche de common law, surtout aux États-Unis, et à la conception de *law-as-a-war* et de *lawyers-as-mercenaries*; voir W Bradley Wendel, « Lawyering With Heart — A Warrior Ethos for Modern Lawyers Reviewing Allan C Hutchison, Fighting Fair: Legal Ethics for an Adversarial Age » (2017) 54 Osgoode Hall LJ 1371 (nos remerciements à M^e Ari Sorek, chez Dentons Montréal, pour la référence).

95. Roger Gamble et Noel Dias, « 'Equality of Arms Is a Blessed Phrase': Its Meaning Under International Law » (2009) 21 Sri Lanka Journal of International Law 187 à la p 191.

96. *Supra* note 19.

97. *Supra* note 14.

98. Voir les explications du texte correspondant aux notes 19 à 21.

99. *Imperial Tobacco*, *supra* note 19 au para 55.

mettre l'accent sur le droit interne, sur l'intention du législateur (ou du constituant), avant de s'aventurer en droit international. En effet, tant dans l'arrêt *Québec inc* que dans l'arrêt *Entertainment Software*, on enseigne que la normativité internationale, aussi pertinente puisse-t-elle être dans une situation, ne saurait remplacer et encore moins contredire la loi applicable en droit interne, peu importe sa nature (constitutionnelle, quasi constitutionnelle ou ordinaire).

Cela étant, la Cour d'appel est prête à procéder à une utilisation prudente de cette normativité internationale qui, chronologiquement, arrive donc à la suite de son analyse de la jurisprudence québécoise¹⁰⁰ — et celle de droit comparé au Canada anglais¹⁰¹ — sur l'article 23 de la *Charte québécoise*¹⁰². Évoquant la présomption de conformité avec le droit international, une règle interprétative en droit interne, la juge Marcotte écrit ceci :

Il est vrai que l'historique législatif de la *Charte québécoise* révèle qu'elle a été adoptée, entre autres, pour harmoniser le Québec aux obligations internationales énoncées dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966, et que certaines de ses expressions ou certains de ses concepts reprennent ceux de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Toutefois, même si ces instruments internationaux peuvent s'avérer utiles lorsque vient le temps d'interpréter les dispositions de la *Charte québécoise*, considérant d'ailleurs la similitude entre l'article 23 de la *Charte québécoise* et l'article 10 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, le recours aux instruments internationaux

100. *Ibid* aux para 44 et s.

101. La juge Marcotte est d'accord avec le juge de première instance pour tracer un parallèle entre la loi de la Colombie-Britannique et l'article 23 de la *Charte québécoise*, s'agissant du principe de l'indépendance judiciaire, voir *ibid* au para 48.

102. La conclusion provisoire quant au droit interne, s'agissant de l'article 23 de la *Charte québécoise*, se lit comme suit (*ibid* au para 50) :

La jurisprudence de la Cour suprême n'est toutefois pas concluante à l'égard de la portée de cet article [23 de la *Charte québécoise*]. Celle issue de la Cour d'appel confirme pour sa part avec constance qu'elle se limite à une protection de nature procédurale, comme le souligne d'ailleurs avec justesse le juge de première instance dans le jugement entrepris. Ce dernier reprend les grandes lignes de la jurisprudence émanant de cette Cour qui établit que l'article 23 de la *Charte québécoise* codifie les principes de justice naturelle habituellement reconnus en droit judiciaire et en droit administratif, à savoir le droit en pleine égalité à une audition publique par une autorité indépendante et impartiale » [notes omises].

et au droit étranger ne permet pas de soutenir l'interprétation de l'article 23 de la *Charte québécoise* que proposent les appelantes et qui diverge par ailleurs de celle issue de la jurisprudence québécoise [notre soulignement]¹⁰³.

Voilà une appréhension juste de la problématique, avec un cadre d'analyse bien présenté, s'agissant du recours au droit international dans l'interprétation de l'article 23 de la *Charte québécoise* et de l'idée de l'égalité des armes en droit procédural. De fait, cette façon de raisonner est au diapason de ce que la Cour suprême expliquera en jurisprudence quelques années plus tard dans *Québec inc* et dans *Entertainment Software*. On se souvient notamment des propos des juges Brown et Rowe dans *Québec inc*, selon lesquels le droit international a « un rôle limité consistant à appuyer ou à confirmer le résultat auquel arrive le tribunal au moyen d'une interprétation » [italiques dans l'original]¹⁰⁴.

À vrai dire, la Cour d'appel dans *Imperial Tobacco* se réfère pour l'essentiel à la jurisprudence de tribunaux internationaux, à savoir de la CDEH. En effet, ce ne sont pas tant les instruments conventionnels, contraignants ou non, qui font l'objet de la discussion de la juge Marcotte, mais plutôt l'articulation donnée en jurisprudence au principe de l'égalité des armes, de son sens et de sa portée, sur la base de l'article 6(1) de la *Convention européenne*. Voici les extraits pertinents de l'affaire *Imperial Tobacco* :

D'une part, l'interprétation de la notion d'« égalité des moyens » [c.-à-d. égalité des armes] mise de l'avant par les appelantes n'apparaît pas être le reflet fidèle de l'état de la jurisprudence des tribunaux internationaux.

En effet, les appelantes prétendent que l'égalité des moyens empêche toute forme d'interférence législative dans les affaires pendantes. Or, cette affirmation doit être nuancée. D'abord, la Cour européenne reconnaît de manière non équivoque le principe selon lequel le pouvoir législatif peut réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur. De plus, ce qu'elle interdit à l'État, c'est le fait de « juger » par voie législative une affaire à laquelle il est partie en contrevenant au caractère équitable de la procédure, sauf en présence

103. *Ibid* au para 56.

104. *Québec inc*, *supra* note 4 au para 22.

d'impérieux motifs d'intérêt général. Par ailleurs, dans les affaires opposant des parties privées, la Cour européenne a jugé que des interventions législatives non justifiées par des motifs d'intérêt général et qui avaient pour effet de régler définitivement, de manière rétroactive, le fond d'un litige en cours, et rendaient ainsi vaine toute continuation de la procédure, étaient contraires à l'article 6(1) de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*.

D'autre part, ici, contrairement à ce que plaident les appelantes, la *Loi* ne vient pas régler de façon définitive et de manière rétroactive le fond d'un litige en cours les opposant au gouvernement. En outre, la *Loi* ne règle pas définitivement le débat entre les parties. De plus, à la lumière des propos du juge Major dans l'arrêt *Imperial Tobacco*, il paraît ici y avoir suffisamment de motifs impérieux d'intérêt général susceptibles de démontrer que l'ingérence législative est justifiée.

Les appelantes soutiennent aussi que la jurisprudence de la Cour européenne confirme que le fait de modifier les règles de prescription constitue une atteinte à l'équité procédurale. De nouveau, une nuance s'impose, puisque la Cour européenne a reconnu explicitement le pouvoir du législateur d'établir différentes règles de prescription pour différents types de recours. Ce qui ressort de la jurisprudence, c'est que les parties doivent recevoir un traitement équitable à l'égard des délais de procédure et un tribunal ne peut interpréter ou appliquer une loi de façon à soustraire l'État de son obligation de respecter les règles de prescription. C'est ainsi qu'un délai de prescription vingt fois plus court que celui accordé à la partie adverse a été jugé inéquitable, de même que la suspension d'un délai de procédure à l'encontre d'une seule des deux parties.

Finalement, les appelantes prétendent qu'une loi qui crée un fardeau de preuve écrasant ou qui a pour but de donner un avantage à une des parties est contraire à la notion d'égalité des moyens. Elles ne citent toutefois aucune jurisprudence qui reprenne directement leur prétention à cet égard.

La notion d'égalité des moyens est définie, dans la jurisprudence de la Cour européenne, comme l'un des éléments du principe plus large de procès équitable qui impose l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause — y compris ses preuves — dans des conditions qui

ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Cette jurisprudence ne suggère toutefois pas que le législateur soit empêché de modifier les règles générales de preuve, procédure et prescription afin d'aménager un recours spécifique comme c'est le cas en l'espèce [notes omises] [notre soulignement]¹⁰⁵.

Pour associer ces extraits de l'affaire *Imperial Tobacco* aux catégories appropriées de sources internationales, établies par la Cour suprême dans l'arrêt *Québec inc*, les références de la juge Marcotte renvoient au régime conventionnel régional européen, qui est un instrument non contraignant pour le Canada et le Québec, et en outre aux décisions en jurisprudence qui, comme les juges Brown et Rowe l'expliquent, sont des éléments inclus « dans la catégorie des instruments non contraignants qui "sont pertinents et peuvent être persuasifs" »¹⁰⁶, donc qui peuvent être utilisés, vrai, mais avec prudence.

En 2018 dans l'affaire *Sanimax*, le juge Granosik reproduit de longs passages du jugement de la Cour d'appel de 2015, contenant les nombreuses références à la CEDH, à l'appui de la conclusion selon laquelle l'égalité des armes sous l'article 23 de la *Charte québécoise* ne concerne pas les règles substantielles, mais seulement celles procédurales. Après avoir opiné que la jurisprudence européenne aide à cerner les concepts d'équilibre et de débat loyal, il ajoute la citation d'une décision judiciaire du régime d'intégration économique et politique de l'Union européenne, invoquant l'article 47 de la *Charte des droits fondamentaux* et notre principe-clé de droit processuel : « Or, la Cour de justice de l'Union européenne confirme dans l'arrêt *Europese Gemeenschap c Otis VN et al* [aux para 71–72, voir *supra* note 89] que "l'égalité des armes" devant un tribunal constitue un principe fondamental compris dans la notion de procès équitable et assurant l'équilibre entre les parties » [italiques dans l'original]¹⁰⁷.

Pour être clair, il s'agit d'une source conventionnelle tirée d'un instrument non contraignant pour le Canada et le Québec, ainsi que de sa jurisprudence, qui s'apparentent davantage à du droit étranger (ou comparé) qu'à de la normativité internationale en tant que telle. En effet, il est généralement convenu parmi les experts en droit de l'UE que, ontologiquement, ce domaine juridique repose en fait beaucoup

105. *Imperial Tobacco*, *supra* note 19, aux para 57–62.

106. *Québec inc*, *supra* note 4 au para 43.

107. *Sanimax*, *supra* note 14 au para 25.

plus sur des référents de droit interne européen (en droit public) — et donc de droit comparé, par rapport à nous — que sur les logiques propres au droit international public¹⁰⁸. En tout état de cause, cela signifie que la mise en garde suivante, tirée de l'opinion majoritaire dans *Québec inc*, s'applique à cette référence :

Une prudence particulière s'impose toutefois lorsqu'on se reporte à ce que les autres pays font dans leur droit interne, car les mesures en vigueur à l'étranger nous renseignent peu (voire pas du tout) sur la portée des droits inscrits dans la *Charte canadienne* [ou d'autres instruments législatifs de droit interne]¹⁰⁹.

CONCLUSION

Quel est le (court) bilan du principe de l'égalité des armes en droit processuel au Québec ? En termes d'interlégalité, qui était le point de mire du présent texte, on constate que les quelques jugements y ayant fait référence en invoquant le droit international ne semblent pas s'être trompés, s'agissant du rôle plutôt limité de cette normativité dans le cadre de l'interprétation et de l'application du droit interne, c'est-à-dire de l'article 23 de la *Charte québécoise*. À l'évidence, la Cour d'appel dans *Imperial Tobacco* et la Cour supérieure dans *Sanimax* n'avaient pas le bénéfice des enseignements de la Cour suprême dans *Québec inc*, pas plus que des précisions dans *Entertainment Software*, mais on n'est pas tombé dans le panneau de donner trop de place aux normes conventionnelles et à leur jurisprudence internationale, qui seraient à l'origine de l'expression, voire du concept, de l'égalité des armes.

Par conséquent, que ce soit l'article 6(1) de la *Convention européenne* ou l'article 47 de la *Charte des droits fondamentaux* — et encore plus prudemment pour ce qui est des décisions judiciaires afférentes — ou qu'il s'agisse d'autres instruments conventionnels contraignants (cf article 14(1) du *Pacte international*) ou non contraignants (cf article 20

108. Voir les écrits de deux professeurs en droit de l'Union européenne et en théorie constitutionnelle, des sommités dans leurs champs respectifs, qui mettent en évidence le caractère *sui generis* de ce domaine juridique : Joseph HH Weiler, *The Constitution of Europe — "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; et Neil Walker, « The Place of European Law » dans Gráinne de Búrca et Joseph HH Weiler, dir, *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 57.

109. *Québec inc*, *supra* note 4 au para 43.

Déclaration universelle; sections 8 et 13 de l'*Observation générale*), le raisonnement sera le même, quoique pondéré différemment, bien sûr. Dans l'évaluation de l'intention du constituant provincial, telle qu'exprimée à l'article 23 de la *Charte québécoise*, que le tribunal interprétera en mettant l'accent sur le droit interne du Québec (en outre dans le contexte que procurent le Cpc et ses principes directeurs), les éléments de normativité internationale seront considérés comme pertinents et persuasifs, certainement, mais ils ne pourront pas remplacer, et encore moins contredire, le droit interne à ce sujet. Pour le dire de nouveau, ces sources ne seront utilisées en droit processuel québécois que pour jouer « un rôle limité consistant à appuyer ou à confirmer le résultat auquel arrive le tribunal » [italiques dans l'original]¹¹⁰, et ce, dans le cadre de l'interprétation et de l'application de la norme de droit interne.

Comme annoncé en début de discussion, bien que le droit procédural comme tel ne soit pas le point de mire du présent texte, il convient pour terminer de voir brièvement quelques situations d'application du principe de l'égalité des armes en droit privé¹¹¹ (et non pénal¹¹²). Le premier commentaire général, qui se fonde sur les motifs de la Cour d'appel dans l'affaire *Imperial Tobacco*, est que l'égalité des armes procurerait des protections d'ordre procédural (par exemple, les règles de preuve et de procédure; les délais de prescription), mais le principe ne s'appliquerait pas aux questions substantielles, comme l'existence ou la disponibilité d'un recours¹¹³. Or, si la juge Marcotte insiste sur cette dichotomie dans ses motifs, il est néanmoins permis de douter de sa pertinence à l'égard de certaines problématiques de droit processuel au pays — chevauchant le droit procédural et le droit

110. *Québec inc*, *supra* note 4 au para 22.

111. En droit privé au Québec, la doctrine évoque parfois l'idée de l'égalité des armes, mais sans vraiment en traiter en tant que tel. Voir, notamment, Catherine Piché, « La proportionnalité procédurale: une perspective comparative » (2009–2010) 40 RDU 551; Lucie Lemonde et Gabrielle Ferland-Gagnon, « Les étapes de la mobilisation citoyenne et de l'adoption de la loi contre les poursuites-bâillons » (2010) 51:1 C de D 195; Bernard Bossu et Alexandre Barège, « Preuve et surveillance des salariés: regard français » (2013) 54: 2–3 C de D 277; Sylvie Bernigaud, « Le silence et le procès civil » (2015) 56:3–4 C de D 257; et Frédéric Marty, « Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante: réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique » (2019) 53 RJT 73.

112. En matière pénale, voir Elise Groulx, « "Equality of Arms": Challenges Confronting the Legal Profession in the Emerging International Criminal Justice System » (2010 – hors-série) RQDI 21.

113. Voir aussi la décision de la Cour d'appel dans *Davidovitz*, *supra* note 18 au para 25.

substantiel — et surtout compte tenu du nouveau Cpc et de ses principes directeurs, un aspect que le juge Granosik n'a pas manqué de faire remarquer dans *Sanimax*¹¹⁴, on l'a déjà dit.

Mais peu importe, regardons des scénarios où l'on pourrait invoquer l'égalité des armes en droit processuel au Québec. Tout d'abord, pour ce qui est des règles de preuve et de procédure, voire des délais de prescription, il existe des précédents avec les causes *Imperial Tobacco* et *Sanimax*, que nous avons vues en détail. En revanche, dans l'affaire *Davidovit* en 2018, la référence faite au principe par le juge Bachand en lien avec une clause contractuelle a été, en appel, considérée comme inopportune¹¹⁵. Lui-même à la Cour d'appel du Québec depuis, le juge Bachand est revenu à la charge avec l'égalité des armes dans *Ville de Gatineau c Lespérance*¹¹⁶, refusant une permission d'appel. Les questions se rapportaient à l'interrogatoire au préalable (art 587 Cpc) et à la constitution préalable de la preuve (art 32 Cpc), que l'on a considérées au regard des principes de coopération, de transparence et de loyauté dans les débats (cf art 20(1) Cpc), mais également ceux de la proportionnalité (cf art 18 Cpc) et, écrit-il, par rapport à l'idée d'une « certaine » égalité des armes¹¹⁷, cette dernière formulation nuancée faisant montre de plus de prudence, certes.

Maintenant, en considérant l'expérience internationale en Europe, surtout celle en vertu de la *Convention européenne*, il est possible de tracer des parallèles intéressants et de suggérer par rapport à quelles questions l'égalité des armes pourrait se développer en droit procédural au Québec. C'est en matière d'administration de la preuve que la CEDH a principalement eu recours au principe, par exemple s'agissant du droit de faire entendre des témoins¹¹⁸, ou concernant les pouvoirs judiciaires d'ordonner (ou non) des mesures d'instruction complémentaires¹¹⁹. Par ailleurs, voici quelques autres exemples de violations de l'égalité des armes dans le cadre du régime régional

114. *Supra* note 14 au para 24.

115. *Supra* note 18 au para 38. Jugement infirmé en appel notamment sur la question de l'égalité des armes; la Cour d'appel n'a pas nié l'importance du principe, sous l'article 23 de la *Charte québécoise*, mais a plutôt regretté son application dans le contexte d'une clause contractuelle obligeant la caution à rembourser au prêteur les honoraires d'avocat engagés par ce dernier afin de recouvrer le montant du prêt.

116. 2021 QCCA 175.

117. *Ibid* au para 8.

118. *Dombo Beheer c Pays-Bas*, CEDH, 27 octobre 1993, n° 14448/88.

119. *H c France*, CEDH, 24 octobre 1989, n° 10073/82.

de protection des droits de la personne : la non-communication de l'avis d'appel¹²⁰, les obligations non réciproques pour la signification et la notification d'actes judiciaires¹²¹, la suspension de délais de procédure ne profitant qu'à une des parties¹²², les déclarations de témoins ou la présence en personne que pour une des parties¹²³, l'accès à des données pertinentes, qui avantage une partie¹²⁴, un système d'aide juridique inadéquat qui pénalise la partie sans moyens financiers¹²⁵. En revanche, un exemple où ce principe n'a pas été retenu, car il n'y avait pas de « net désavantage », est une cause dans laquelle le temps pour préparer la réplique d'une partie était court, dans une affaire décrite comme simple par la CEDH¹²⁶.

Pour revenir au contexte québécois, voici quelques exemples tirés de la pratique en litige civil et commercial où, possiblement en s'inspirant de l'international, l'égalité des armes pourrait être plaidée. Pensons à la procédure de *saisie avant jugement*¹²⁷ — que la Cour suprême a récemment décrite comme « une mesure provisionnelle qui protège le droit d'un demandeur lorsqu'il est à craindre que le recouvrement de sa créance ne soit mis en péril »¹²⁸ —, qui interpelle l'équilibre des parties afin d'avoir un procès équitable puisque l'idée de parité dans les règles du jeu est importante non seulement pendant le processus judiciaire, mais aussi *ex ante* (avant jugement) et même *ex post* (exécution du jugement). En 2022, dans *CC/Devas c Republic of India*, une affaire d'exécution de sentences arbitrales internationales qui a donné lieu à plusieurs décisions au Québec¹²⁹, la problématique s'est complexifiée en raison de *saisies avant jugement en mains*

120. *Beer c Autriche*, CEDH, 6 février 2001, n° 30428/96.

121. *Avotiņš c Lettonie*, CEDH, 23 mai 016, n° 17502/07.

122. *Platakou c Grèce*, CEDH, 11 janvier 2001, n° 38460/97.

123. *De Haes et Gijssels c Belgique*, CEDH, 24 février 1997, n° 19983/92; et *Vardanyan et Nanushyan c Arménie*, CEDH, 27 octobre 2016, n° 80001/07. Voir aussi la décision de 2012 dans l'affaire *Gryaznov*, examinée en détail plus haut, *supra* note 88.

124. *H c France*, *supra* note 119. Voir aussi la décision de 2017 dans l'affaire *Regner*, examinée en détail plus haut, *supra* note 90.

125. *Steel et Morris c Royaume-Uni*, CEDH, 15 février 2005, n° 68416/01.

126. *Ali Riza c Suisse*, CEDH, 23 juillet 2021, n° 74989/11.

127. En vertu des articles 516 et s Cpc.

128. *International Air Transport Association c Instrubel, NV*, [2019] 4 RCS 469 au para 27.

129. *CC/Devas (Mauritius) Ltd c Republic of India*, 2022 QCCS 7; *CC/Devas (Mauritius) Ltd c Republic of India*, 2022 QCCS 3272; *Air India, Ltd c CC/Devas (Mauritius) Ltd*, 2022 QCCA 218; et *Air India Ltd c CC/Devas (Mauritius) Ltd*, 2022 QCCA 1264. D'autres procédures en appel sont pendantes.

*tierces*¹³⁰, mettant en évidence qu'en plus des intérêts des deux parties au litige, ceux d'une tierce partie peuvent également devoir être pris en considération afin de savoir si une situation procédurale est nettement désavantageuse, d'un côté ou de l'autre¹³¹.

Dans un tout autre registre, s'agissant de la *notification d'actes de procédure*¹³², cette considération de base lors d'un procès a récemment été discréditée comme étant une simple « procédurite », dans une affaire de requête en annulation d'un jugement déclaratif de décès¹³³. Ce commentaire de la juge Geeta Narang¹³⁴, quoique fait de façon incidente, semble clairement inconciliable avec le principe de l'égalité des armes, en plus d'être en porte-à-faux avec plusieurs principes directeurs du Cpc, dont le droit d'être entendu, le débat loyal et l'idée même de la contradiction.

Un dernier exemple provient de la *provision pour frais* qui, en droit civil, est vue comme « un remède exceptionnel que les tribunaux sont très réticents à utiliser »¹³⁵. Ce recours renvoie à des critères stricts, énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c Bande indienne Okanagan*¹³⁶ et *Little Sisters Books and Art Emporium c Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*¹³⁷, un test qu'on a plaqué au contexte de la procédure civile au Québec¹³⁸. La Cour d'appel, en 2018, a fait le lien entre la provision

130. En vertu des articles 702 et 712 Cpc, notamment.

131. Dans les décisions *CC/Devas c Republic of India*, *supra* note 129, la tierce partie, par ailleurs mise en cause, était l'International Air Transport Association (IATA), une association mondiale de commerce pour l'industrie internationale du transport aérien, basée à Montréal.

132. En vertu de l'article 109 Cpc, pour les assignations en général, et à l'article 121 Cpc pour les demandes portant sur l'état d'une personne, dont l'assignation doit être faite en main propre.

133. Recours en vertu de l'article 98 CcQ.

134. *Re Imanpoorsaid*, 2021 QCCS 4977 au para 169, une affaire actuellement en appel.

135. *Groupe Bennet Fleet inc c Hydro-Québec*, 2010 QCCS 2072 au para 18.

136. [2003] 3 RCS 371 [*Okanagan*].

137. [2007] 1 RCS 38 [*Little Sisters*].

138. Au Québec, formellement, le seul cas d'ouverture relatif à la provision pour frais, en vertu de l'article 53, al 5 Cpc, se rapporte aux abus de droit de l'article 51 Cpc, s'il y a une demande en justice ou d'autres actes de procédure abusifs. Comme nous le faisait remarquer notre collègue M^e Emil Vidrascu, de Dentons Montréal, cela n'a pas empêché les tribunaux québécois de renvoyer aux règles de common law en la matière, y compris à la jurisprudence de la Cour suprême dans *Okanagan* et *Little Sisters*. Or, cela serait inconciliable avec ce que prévoit la disposition préliminaire du Cpc, disant notamment que celui-ci est censé établir un régime complet en droit processuel au Québec, une idée qui avait déjà été exprimée antérieurement par le juge LeBel dans l'arrêt *Lac d'Amiante*, *supra* note 12 aux para 35 et s.

pour frais et l'égalité des moyens (ou égalité des armes) dans l'affaire *Corneau c Québec (PG)*¹³⁹, où l'on a refusé une « demande Okanagan » — selon le jargon employé — pour obtenir de telles provisions dans des procédures judiciaires en droit autochtone. Récemment, en 2022, dans l'arrêt *Anderson c Alberta*¹⁴⁰, la Cour suprême a donné droit à ce type de demande dans une affaire de droits issus de traités autochtones. Il est certain que la provision pour frais, avec ses critères liés à l'impécuniosité des parties, transcende les valeurs propres à l'égalité des armes en droit processuel; cette dernière pourrait ainsi fournir un argument supplémentaire pour asseoir ce recours, voire pour en élargir la portée.

* * *

Est-ce que l'égalité des armes deviendra une « expression bénie » dans le narratif de la procédure civile au Québec? Certes, il y a un grand potentiel pour que ce principe se déploie, prenne son envol, non seulement grâce à la disposition quasi constitutionnelle de l'article 23 de la *Charte québécoise* — interprétée à l'aide de la normativité internationale, pour en appuyer et en confirmer le sens et la portée —, mais aussi eu égard aux principes directeurs énoncés dans le Cpc : le droit d'être entendu et le principe de la contradiction à l'article 17, les principes de la coopération et du débat loyal à l'article 20, sans oublier la disposition préliminaire qui parle d'« esprit de coopération et d'équilibre ». Pour citer notre collègue remarquable de l'Université de Montréal¹⁴¹, récemment nommée juge à la Cour supérieure, la professeure Catherine Piché invoquait un nouveau paradigme en procédure civile au Québec depuis 2016, à l'intérieur duquel on peut espérer que l'égalité des armes pourra se réaliser pleinement, avec des ancrages juridiques forts, et en outre à la lumière de l'expérience internationale.

139. 2018 QCCA 1171 au para 15.

140. 2022 CSC 6, 18 mars 2022.

141. Voir Catherine Piché, « Le “dialogue” des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile québécoise » (2017) 62 RD McGill 901.