

**Intervention de la SQDI à la Cour suprême du Canada dans
l'affaire *Association du transport aérien international c Office
des transports du Canada***

Charles-Emmanuel Côté and Bruno Gélinas-Faucher

Volume 36, Number 1, 2023

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1114027ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1114027ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Côté, C.-E. & Gélinas-Faucher, B. (2023). Intervention de la SQDI à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Association du transport aérien international c Office des transports du Canada*. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 36(1), 277–287. <https://doi.org/10.7202/1114027ar>

INTERVENTION DE LA SQDI À LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS L'AFFAIRE *ASSOCIATION DU TRANSPORT AÉRIEN INTERNATIONAL C OFFICE DES TRANSPORTS DU CANADA*

Charles-Emmanuel Côté & Bruno Gélinas-Faucher***

Le présent mémoire a été soumis par la Société québécoise de droit international (SQDI) à la Cour suprême du Canada dans le cadre de son intervention dans l'affaire *Association du transport aérien international c Office des transports du Canada (ATAI)*¹. La SQDI s'est vue octroyer le statut d'intervenante afin de présenter une analyse distincte des parties concernant les questions juridiques soulevées dans l'affaire, contribuant ainsi à élargir l'éventail des points de vue présentés à la Cour suprême.

L'affaire *ATAI* porte sur la validité du *Règlement sur la protection des passagers aériens*², communément appelée la *Charte des voyageurs*, adopté en 2019 par l'Office des transports du Canada pour indemniser les passagers relativement à divers retards, pertes et inconforts subis lors de voyages aériens internationaux. Plusieurs compagnies aériennes demanderesse contestent les dispositions du *Règlement* en soulignant, notamment, qu'elles contreviennent aux obligations internationales du Canada prévues par la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*³, aussi appelée *Convention de Montréal*.

Afin d'appuyer leurs arguments, les demanderesse ont tenté en première instance de déposer une preuve d'expert portant sur l'interprétation de la *Convention de Montréal*. Le procureur général du Canada a toutefois demandé la radiation de ces affidavits au motif qu'il s'agissait d'avis juridiques portant sur des questions de droit international qui ne sont pas des questions de fait, mais plutôt des questions de droit dont le juge canadien doit prendre connaissance d'office. La Cour d'appel fédérale a donné raison au procureur général du Canada en première instance à ce sujet⁴. La Cour suprême doit maintenant se prononcer à son tour sur l'admissibilité et l'utilisation de la preuve d'expert relative aux questions de droit international.

C'est sur cette question fondamentale que la SQDI a présenté ses observations. Son mémoire porte principalement sur l'application et l'interprétation de l'article 2807, alinéa 2, du *Code civil du Québec (CcQ)* qui prévoit que le tribunal doit prendre connaissance d'office des « traités et accords internationaux s'appliquant au Québec » et du « droit international coutumier »⁵. Cette disposition est la seule codification législative de la connaissance d'office du droit international au Canada et son interprétation pourrait jouer un rôle important dans l'analyse de la Cour suprême.

* Charles-Emmanuel Côté, Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, Canada.

** Bruno Gélinas-Faucher, Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick, Fredericton, Canada.

¹ *Association du transport aérien international et al c Office des transports du Canada et al*, Cour suprême du Canada, dossier n° 40614, en ligne : < scc-csc.ca >.

² *Règlement sur la protection des passagers aériens*, DORS/2019-150.

³ *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 28 mai 1999, 2242 RTNU 309 (entrée en vigueur : 4 novembre 2003).

⁴ *International Air Transport Association c Office des transports du Canada*, 2022 CAF 211 [ATAI].

⁵ *Code civil du Québec*, RLRQ c C-1991, art 2807 al 2 CcQ.

No du dossier de la cour : 40614

DEVANT LA COUR SUPRÊME DU CANADA
(EN APPEL DE LA COUR FÉDÉRALE D'APPEL)

ENTRE :

**ASSOCIATION DU TRANSPORT AÉRIEN INTERNATIONAL,
AIR TRANSPORTATION ASSOCIATION OF AMERICA, DBA AIRLINES FOR
AMERICA, DEUTSCHE LUFTHANSA AG, SOCIÉTÉ AIR FRANCE, S.A.,
ENTREPRISES BRITISH AIRWAYS, SERVICES AÉRIENS AIR CHINA, ALL
NIPPON AIRWAYS CO., LTD., AÉOROUTES CATHAY PACIFIC, LIGNES
AÉRIENNES INTERNATIONALES SWISS, COMPAGNIE AÉRIENNE QATAR,
AIR CANADA, LIGNES AÉRIENNES PORTER, AMERICAN AIRLINES INC.,
UNITED AIRLINES INC., DELTA AIR LINES INC., ALASKA AIRLINES INC.,
HAWAIIAN AIRLINES, INC. et JETBLUE AIRWAYS CORPORATION**

APPELANTS
(APPELANTS)

ET

**OFFICE DES TRANSPORTS DU CANADA ET
PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA**

INTIMÉS
(INTIMÉS)

ET

**GÁBOR LUKÁCS, CONSEIL DES CANADIENS AVEC DÉFICIENCES,
FÉDÉRATION NATIONALE DES RETRAITÉS, CENTRE POUR LA DÉFENSE DE
L'INTÉRÊT PUBLIC ET SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DE DROIT INTERNATIONAL**
INTERVENANTS

MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE,
SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DE DROIT INTERNATIONAL
(Règles 37 et 42 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156)

I. SOMMAIRE

La Société québécoise de droit international (SQDI) intervient dans la présente affaire concernant la connaissance d'office du droit international (DI) par le juge québécois et canadien. Comme l'a affirmé le Comité de révision du droit de la preuve dans les travaux préparatoires du *Code civil du Québec (CcQ)*, un régime de preuve doit « être ferme sans être rigide ; il doit être souple, sans être inconsistant afin de pouvoir concilier les impératifs de la vérité et ceux de la sécurité juridique »⁶. Cette perspective guide la SQDI dans son intervention.

⁶ Québec, Comité de révision du droit de la preuve, *Rapport sur la preuve*, vol 28, Montréal, Office de révision du Code civil, 1975 à la p 1.

II. EXPOSÉ DES ARGUMENTS

A. Les rapports entre le droit international et le droit canadien

L'affirmation voulant que, contrairement aux États-Unis, le Canada suit une approche dualiste en ce qui concerne les rapports entre les traités et son droit interne, appelle des nuances qui ont une incidence sur l'appréciation de l'étendue de la connaissance d'office du DI⁷.

Il est incontestable que le Canada est dualiste en ce qui concerne les traités, mais il faut se garder de simplifier à outrance les rapports entre ceux-ci et le droit canadien⁸. La conclusion du traité à elle seule ne peut certes pas modifier le droit en vigueur au Canada, sans le concours du législateur compétent⁹. La présomption de conformité concernant l'interprétation des lois et de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰ signifie toutefois que le juge doit se référer aux traités liant le Canada même si ceux-ci ne font pas l'objet d'une loi de mise en œuvre¹¹.

Le Canada suit une approche moniste en ce qui concerne la coutume internationale, celle-ci faisant automatiquement partie du droit en vigueur au Canada, sans le concours du législateur¹². Toutefois, la réception de la coutume est bloquée par la législation incompatible, alors que seules les règles coutumières prohibitives peuvent être reçues, par opposition aux règles permissives qui requièrent le concours du législateur pour faire partie du droit en vigueur au Canada¹³. Le juge doit se référer au DI coutumier avant de savoir s'il est reçu en droit canadien.

⁷ *International Air Transport Association c Canada (Office des transports)*, 2020 CAF 172 au para 29.

⁸ *Capital Cities Communications Inc c Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 RCS 141 à la p 188, EYB 1977-146407 (CSC), juge Pigeon, dissident.

⁹ *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 au para 149; *Canada (Attorney General) v Ontario (Attorney General)*, [1937] UKPC 6 aux pp 5-6, 8-9, 1937 CarswellNat 2.

¹⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

¹¹ *R c McGregor*, 2023 CSC 4 au para 77 [McGregor]; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Entertainment Software Association*, 2022 CSC 30 aux para 47-48; *Québec (Procureure générale) c 9147-0732 Québec inc*, 2020 CSC 32 aux para 38-43; *R c Hape*, 2007 CSC 26 au para 53 [Hape].

¹² *McGregor*, *supra* note 11 au para 77; *Nevsun Resources Ltd c Araya*, 2020 CSC 5 aux para 86-91 [Nevsun]; *Hape*, *supra* note 11 au para 39.

¹³ *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62 au para 61; *Hape*, *ibid.* *ContraNevsun*, *supra* note 12 aux para 92-93. Voir Charles-Emmanuel Côté, « L'arrêt *Nevsun*, le capitaine Keyn et les normes prohibitives de droit international coutumier au Canada » (2022) RQDI 51 (hors-série, janvier).

B. L'article 2807 alinéa 2 du *Code civil du Québec*

La Cour d'appel fédérale (CAF) affirme que la question de savoir si le DI doit être traité comme une question de fait est « controversée », qu'« il n'est pas possible de [lui] répondre aisément en droit canadien » et qu'elle « a été traitée de diverses façons dans la jurisprudence »¹⁴. Elle répond qu'il s'agit d'une question de droit et que le juge doit prendre connaissance d'office de la coutume et des traités qui sont « ratifiés et mis en application en droit canadien »¹⁵. Elle omet de considérer l'article 2807, alinéa 2, *CcQ* qui porte pourtant sur la question.

La connaissance d'office du DI prévue par l'article 2807, alinéa 2, *CcQ* signifie qu'il n'a pas à être prouvé et que la preuve d'expert est irrecevable à son égard¹⁶. Il s'agit d'une disposition sur la preuve en matière civile et non sur les rapports entre le DI et le droit canadien¹⁷.

L'omission de la CAF de traiter de l'art. 2807 al 2 *CcQ* est problématique parce que le *CcQ* pourrait s'appliquer dans la présente affaire comme droit supplétif en matière de preuve, et qu'il est de toute façon nécessaire de répondre à cette question controversée aussi pour le Québec.

1. L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 2807 ALINÉA 2 *CCQ*

La CAF se réfère à la jurisprudence canadienne¹⁸. Son raisonnement porte sur le « droit de la preuve au Canada » et la réponse « en droit canadien » que l'on retrouve dans la jurisprudence des « tribunaux canadiens »¹⁹. C'est aussi l'approche adoptée par les parties²⁰.

Cette démarche analytique est incomplète puisqu'elle fait totalement abstraction des règles de preuve du *CcQ* qui pourraient trouver application en l'espèce en vertu de la *Loi sur la preuve au Canada*²¹ (*LPC*). Puisque le présent recours découle d'une procédure exercée au Québec, l'article 2807 alinéa 2 *CcQ* pourrait être applicable et s'imposer pour trancher la question en litige.

¹⁴ *IATA*, *supra* note 4 au para 46.

¹⁵ *Ibid* aux para 47 et 64.

¹⁶ Art 2806 *CcQ* ; Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 au para 49.

¹⁷ *Bertin Mbonjo c Collège des médecins du Québec*, 2016 QCCS 3033 au para 83 [*Mbonjo*] ; Claude Emanuelli, *Droit international public: contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 au para 332.

¹⁸ *IATA*, *supra* note 4 aux para 54–63.

¹⁹ *Ibid* aux para 44, 46, 48.

²⁰ *IATA*, *supra* note 4 (mémoires des appelantes aux para 112–119, mémoire des intimés aux para 123–128).

²¹ *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art 40 [*Loi sur la preuve*].

La *LPC* s'applique à toutes les procédures devant la Cour fédérale, mais elle ne prétend pas à l'exhaustivité en matière de droit de la preuve²². Le droit provincial se voit donc attribuer un important rôle supplétif lorsqu'une question spécifique en matière de preuve n'est pas traitée par la *LPC*. Ce mécanisme que l'on retrouve à l'article 40 prévoit que « les lois sur la preuve qui sont en vigueur dans la province où [les] procédures sont exercées » s'appliquent aux procédures, à moins de dispositions contraires dans la *LPC* ou dans d'autres lois fédérales²³. C'est en vertu de cette disposition que le *CcQ* est souvent utilisé par les tribunaux fédéraux²⁴.

Il existe une certaine ambiguïté au sujet du concept de procédures « exercées » dans une province. La Cour fédérale notait récemment à la lumière d'une jurisprudence très limitée que « les Cours fédérales se sont fondées sur le lieu où les procédures ont été commencées, le lieu où elles se sont poursuivies et/ou le lieu de l'audience pour déterminer là où elles sont “exercées” »²⁵. Il semble toutefois qu'une place prépondérante soit accordée à « l'emplacement du bureau du greffe où l'acte introductif d'instance a été délivré »²⁶. L'accumulation de divers facteurs tels que l'emplacement des faits générateurs, le lieu de l'audience et l'endroit où se situent les parties peuvent cependant amener une conclusion différente²⁷. Selon la doctrine, « le courant jurisprudentiel majoritaire considère que la province dans laquelle les “procédures sont exercées” est la province où l'acte introductif d'instance a été déposé »²⁸.

Les procédures en l'espèce furent commencées par le dépôt d'un avis d'appel au greffe de Montréal²⁹. La requête en autorisation d'appel débattue en amont du présent recours fut également déposée à Montréal³⁰. Plusieurs étapes procédurales furent gérées par le greffe de Montréal. Bien que l'audience ait finalement eu lieu à Ottawa, ce fait en soi est insuffisant pour considérer que les procédures sont exercées en Ontario. D'autres facteurs tels que l'adresse des procureurs au dossier pour les appelants et le procureur général (représenté par le bureau régional du Québec) suggèrent fortement que le point d'ancrage du litige est le Québec. Puisque la législation fédérale est silencieuse sur la connaissance d'office du DI, le droit de la preuve en vigueur au Québec devrait trouver application à titre supplétif sur la question.

²² *Ibid* art 2 ; Ducharme, *supra* note 16 au para 36.

²³ *Loi sur la preuve*, *supra* note 21.

²⁴ Voir par ex *Dubé c Le Roi*, 2023 CCI 143 ; *Ewert c Canada*, 2023 CF 1054 [*Ewert*].

²⁵ *Ewert*, *ibid* au para 42.

²⁶ *Ibid* au para 43.

²⁷ *Ibid*.

²⁸ Michael Shortt, « Les règles de preuve applicables en Cour fédérale : introduction à une problématique surprenante » (2017) 29:1 CPI 129 à la p 135.

²⁹ Base de données des dossiers de la CAF, « Avis d'appel amendé à la CAF » (10 mars 2022), dossier n° A-311-19, en ligne : <www.fca-caf.ca>.

³⁰ Base de données des dossiers de la CAF, « Avis de requête en autorisation d'appeler » (28 juin 2019), dossier n° 19-A-31, en ligne : < www.fca-caf.ca >.

2. L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 2807 ALINÉA 2 *CcQ*

La rédaction de l'article 2807 *CcQ* « laisse à désirer » et prête à plusieurs interprétations³¹. Il existe peu de jurisprudence ou de doctrine sur celui-ci. Il est nécessaire de clarifier son interprétation, de manière cohérente avec la *common law*.

a) *L'article 2807 alinéa 2 CcQ doit être cohérent avec la common law*

Il est souhaitable, logique et bien fondé en droit d'adopter une approche cohérente sur la connaissance d'office du DI en *common law* et en droit civil québécois.

L'explicitation de la connaissance d'office du droit par le juge provient de la *common law*³². L'article 10 du *Code civil du Bas-Canada*³³ (*CcBC*) prévoyait la connaissance d'office des « actes publics », mais il ne visait pas explicitement le DI³⁴.

L'alinéa 2 de l'article 2807 *CcQ* trouve son origine dans le projet de code fédéral de la preuve proposé par la Commission de réforme du droit du Canada en 1975³⁵. Son art. 84(1)(b) prévoit qu'« [o]n doit prendre connaissance d'office du DI coutumier et des traités s'appliquant au Canada »³⁶. Un article sur la connaissance d'office du DI figurait dans l'avant-projet de loi et le projet de loi sur le *CcQ* déposés par le gouvernement, jusqu'à son adoption à l'article 2807, alinéa 2³⁷. Cette disposition est la seule codification législative de la règle au Canada. Bien qu'elle n'existe pas dans le *CcBC*, elle n'introduit pas une nouvelle règle puisqu'elle codifie la pratique³⁸.

En raison de l'origine de l'art. 2807 al 2 *CcQ*, la *common law* constitue une source pertinente pour en établir l'interprétation, renforçant ainsi la synergie entre les deux traditions juridiques³⁹.

³¹ Emanuelli, *supra* note 17 au para 332.

³² Catherine Piché, *La preuve civile*, 6^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2020 au para 93.

³³ *Code civil du Bas-Canada* [*CcBC*].

³⁴ Art 10 *CcBC*.

³⁵ Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur la preuve*, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1975 à la p 50 [*Rapport sur la preuve*].

³⁶ *Ibid.*

³⁷ PL 125, *Code civil du Québec*, 1^{ère} sess, 34^e lég, Québec, 1990, art 2794 (présentation le 18 décembre 1990); Avant-projet de loi, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, 2^e sess, 33^e lég, Québec, 1988, art 2985 (présentation le 16 juin 1988).

³⁸ « Projet de loi n° 125, Code civil du Québec », Étude détaillée, Sous-commission des institutions, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 34-1, n° 28 (3 décembre 1991) à la p 1152 (Mme Longtin) [PL 125].

³⁹ *Globe and Mail c Canada (Procureur Général)*, 2010 CSC 41 au para 45; Piché, *supra* note 32 au para 74; Ducharme, *supra* note 16 au para 17.

b) *L'allégation du droit international est une exigence technique procédurale*

L'article 2807, alinéa 2, *CcQ* exige que le DI soit allégué afin que le juge en ait connaissance d'office. Cette exigence est originale et distingue le droit civil québécois de la *common law*. Non seulement l'allégation du DI n'est pas exigée par la *common law*, mais elle est même interdite⁴⁰.

L'allégation dont il est question ici ne signifie pas que le DI doit être prouvé⁴¹. Il s'agit de concepts distincts comme le montre l'article 2809, alinéa 1, *CcQ*, qui mentionne que le droit étranger doit être allégué et que le juge peut alors en prendre connaissance d'office ou en exiger la preuve.

Le *Code de procédure civile*⁴² prévoit que seuls les faits doivent être allégués dans la demande introductive d'instance, afin de ne pas surprendre l'autre partie ou soulever un débat imprévu, contrairement au droit dont le juge a connaissance d'office⁴³.

L'exigence d'allégation du DI a été introduite par le législateur québécois afin d'éviter que le juge ne doive prendre connaissance d'office de sources de droit généralement moins connues sans qu'elles ne soient alléguées⁴⁴. Il s'agit donc d'une exigence procédurale, qui ne remet pas en cause la connaissance d'office du DI⁴⁵.

c) *La connaissance d'office vise la coutume internationale liant le Canada*

L'article 2807, alinéa 2, *CcQ* prévoit que le juge a connaissance d'office du DI coutumier, sous réserve de l'exigence d'allégation. Il pourrait être interprété comme ne renvoyant qu'au DI coutumier faisant partie du « droit en vigueur au Québec »⁴⁶, auquel fait référence l'art. 2807 al 1.

Cette interprétation ne peut pas être retenue. En effet, la connaissance d'office doit viser tout le DI coutumier liant le Canada. Faire autrement serait illogique, puisque le juge doit prendre connaissance d'office de la règle coutumière avant de savoir si elle fait partie du droit en vigueur au Québec, afin de déterminer s'il s'agit d'une règle prohibitive ou permissive, ainsi que pour vérifier si sa réception est bloquée par la législation incompatible. Le critère déterminant de la connaissance d'office de la

⁴⁰ Gibran van Ert, « The Admissibility of International Legal Evidence » (2005) 84:1 Can Bar Rev 31 à la p 40. Voir *Jose Pereira E Hijos, SA c Canada (Procureur général)*, [1997] 2 CF 84 aux pp 101–103.

⁴¹ Voir Stéphane Reynolds et Monique Dupuis, *Preuve et procédure*, Collection de droit 2022-2023, vol 2, Montréal, École du Barreau du Québec, 2022 à la p 20 ; Ducharme, *supra* note 16 aux para 49, 55.

⁴² Arts 99–100 Cpc.

⁴³ Sylvette Guillemard et Séverine Menétray, *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2017 à la p 205.

⁴⁴ Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code Civil du Québec : Un Mouvement de Société*, tome II, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p 1757 ; PL 125, *supra* note 38 à la p 1151 (M. Rémillard).

⁴⁵ Piché, *supra* note 32 au para 106.

⁴⁶ Art 2807 al 1 *CcQ*.

coutume internationale doit être celui de savoir si ses règles lient le Canada et non si elles font partie du droit en vigueur au Québec ou au Canada.

d) *Les traités « s'appliquant au Québec » visent tous les traités liant le Canada*

L'article 2807 alinéa 2 *CcQ* se réfère aux traités « s'appliquant au Québec », comme le projet de code fédéral de la preuve qui vise ceux « s'appliquant au Canada »⁴⁷. Cette expression peut recevoir plusieurs interprétations, spécialement si l'on tient compte de la mention du « droit en vigueur au Québec » dans l'article 2807 alinéa 1 *CcQ*. Elle peut viser : (1) les traités liant le Canada dont le texte lui-même est incorporé par une loi dans le droit en vigueur au Québec ; (2) les traités liant le Canada dont la substance est mise en œuvre par une loi dans le droit en vigueur au Québec, sans pour autant y incorporer le texte ; (3) les traités liant le Canada et s'appliquant au territoire du Québec, même s'ils n'ont pas fait l'objet d'une loi particulière de mise en œuvre ; (4) les traités liant le Canada et s'appliquant au territoire du Québec, même s'ils n'ont pas fait l'objet d'une loi particulière de mise en œuvre, à l'égard desquels le gouvernement du Québec s'est déclaré lié⁴⁸. Plusieurs arguments militent pour retenir la troisième hypothèse⁴⁹.

La présomption de conformité, qui s'impose au juge pour l'interprétation législative et pour celle de la *Charte canadienne des droits et libertés*, vise tous les traités liant le Canada et non seulement ceux qui font l'objet d'une loi de mise en œuvre ou à l'égard desquels le gouvernement du Québec s'est déclaré lié.

Cette interprétation favorise la cohérence entre le droit civil québécois et la *common law*. La connaissance d'office des traités en *common law* vise tous ceux liant le Canada et non seulement ceux qui font l'objet d'une loi de mise en œuvre⁵⁰. L'arrêt de la CAF dans la présente affaire est ambiguë, puisqu'il confirme seulement la connaissance d'office des traités « qui ont été ratifiés et mis en application en droit canadien »⁵¹.

Dans une rare affaire traitant de l'article 2807 alinéa 2 *CcQ*, la Cour supérieure du Québec soutient cette interprétation et affirme qu'elle a connaissance d'office de deux traités même s'ils ne sont pas « intégrés dans le droit domestique »⁵².

⁴⁷ *Rapport sur la preuve*, *supra* note 35 à la p 50, art 84(1)(b).

⁴⁸ Voir *Loi sur le ministère des Relations internationales*, RLRQ c M-25.1.1, art 22.1 al 3.

⁴⁹ Voir Emanuelli, *supra* note 17 au para 332.

⁵⁰ Gibran van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd, Toronto, Irwin Law, 2008 aux pp 42–43 ; *Halsbury's Laws of England*, vol 12, Civil Procedure, (2020) au para 708.

⁵¹ *IATA*, *supra* note 4 au para 64.

⁵² *Miller c La Reine*, 1997 CanLII 9253 au para 43 (QCCS).

e) *L'intégration dans un texte de loi vise la mise en œuvre du traité par une loi*

L'article 2807, alinéa 2, *CcQ* se réfère aux traités et accords internationaux s'appliquant au Québec « qui ne sont pas intégrés dans un texte de loi », pour les fins de déterminer si l'exigence d'allégation s'applique ou non afin que le juge en ait connaissance d'office.

Cette expression ne figure ni dans le projet de code fédéral de la preuve ni dans le projet original d'article, puisqu'elle a été introduite par un amendement législatif proposé par le gouvernement⁵³. Elle vise à assouplir l'exigence d'allégation, en ne la prévoyant pas pour les traités qui sont facilement accessibles pour le juge parce qu'ils sont intégrés dans un texte de loi.

Elle est inusitée dans la législation québécoise et peut à nouveau recevoir différentes interprétations. Elle pourrait viser : (1) les traités dont le texte est annexé dans une loi ; (2) les traités qui font l'objet d'une loi de mise en œuvre, avec ou sans annexion de leur texte.

La seconde interprétation s'impose. Il est inutile d'alléguer les traités qui font l'objet d'une loi particulière de mise en œuvre, qu'elle annexe leur texte ou non, puisque le juge a connaissance d'office de toutes les lois en vigueur au Québec⁵⁴. Une décision récente de la Cour supérieure du Québec confirme cette interprétation⁵⁵.

C. L'admissibilité de la preuve de la pratique étatique étrangère

La CAF rejette trop catégoriquement l'admissibilité de la preuve d'expert sur le DI lorsque ses principes sont « incertains, controversés ou nouveaux »⁵⁶. Afin d'assurer la cohérence de la connaissance d'office du DI avec le régime de preuve applicable au droit étranger, la preuve d'expert devrait être admissible en ce qui concerne la pratique étatique étrangère.

La pratique étatique est l'un des éléments constitutifs de la coutume internationale, avec l'*opinio juris*⁵⁷. La Commission du droit international (CDI) indique que pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de DI coutumier le juge national peut se référer à la conduite exécutive, aux actes législatifs et administratifs, ainsi qu'à la jurisprudence nationale des États⁵⁸.

⁵³ PL 125, *supra* note 38 à la p 1151 (M. Rémillard).

⁵⁴ Voir Reynolds et Dupuis, *supra* note 41 à la p 21.

⁵⁵ *Fineday c Procureur général du Canada*, 2022 QCCS 5062 au para 31.

⁵⁶ *IATA*, *supra* note 4 au para 53.

⁵⁷ *Statut de la Cour internationale de justice*, annexé à la *Charte de l'ONU*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945), art 38(1)(b).

⁵⁸ *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier - Rapport de la Commission du droit international*, Doc off AG NU, 73^e sess, supp n° 10, Doc NU A/73/10 (2018) à la conclusion 6.

La pratique ultérieure des États parties dans l'application d'un traité doit aussi être prise en considération dans son interprétation⁵⁹. La CDI indique au juge national que cette pratique « peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité suivie par [un État], dans l'exercice de ses fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres »⁶⁰. Le recours à la preuve d'expert dans la présente affaire concernant la pratique ultérieure des États le confirme.

La preuve d'expert est admissible concernant le droit étranger tant en droit civil québécois qu'en *common law*, puisqu'il s'agit d'un fait dont le juge n'est pas obligé de prendre connaissance d'office⁶¹. Il est illogique d'accepter la preuve d'expert sur le droit étranger sans lien avec le DI, mais de la refuser lorsque le même droit étranger est utilisé afin d'établir la pratique étatique étrangère en lien avec le DI. Le juge ne peut pas avoir une connaissance d'office à géométrie variable du même droit étranger.

La preuve d'expert sur la pratique étatique étrangère ne doit toutefois porter que sur celle-ci en tant que question de fait. La conclusion de droit relève du juge tant sur l'existence et le contenu de la nouvelle règle coutumière que sur l'interprétation à donner au traité⁶².

Dans l'arrêt *Nevsun Resources Ltd c Araya*⁶³, les juges Brown et Rowe soutiennent explicitement l'admissibilité de la preuve d'expert sur la pratique étatique étrangère pour déterminer l'existence et le contenu des nouvelles règles coutumières. La Cour suprême du Canada a aussi soutenu implicitement l'admissibilité de la preuve d'expert de la pratique étatique étrangère. Dans l'arrêt *Schreiber c Canada (PG)*⁶⁴, elle considère que « ni l'intervenante ni les autres parties » n'ont fait la démonstration de l'existence d'une exception coutumière à l'immunité de juridiction de l'État⁶⁵. Dans l'arrêt *Groupe de la Banque mondiale c Wallace*⁶⁶, elle note qu'aucune partie ne soulève l'existence d'une éventuelle immunité coutumière concernant les organisations internationales. Ces arrêts impliquent que le juge n'a pas connaissance d'office des nouvelles règles coutumières et que les parties doivent en faire la preuve en se référant notamment à la pratique étatique étrangère.

⁵⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 Can n° 37 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), art 31(3)(b).

⁶⁰ *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités - Rapport de la Commission du droit international*, Doc off AG NU, 73^e sess, supp n° 10, Doc NU A/73/10 (2018) à la conclusion 5(1).

⁶¹ Art 2809 CcQ ; *IATA*, *supra* note 4 au para 45 ; Van Ert, *supra* note 50 aux pp 43–44 ; *Halsbury's Laws of England*, *supra* note 50 au para 711.

⁶² Van Ert, *supra* note 50 aux pp 67–69.

⁶³ *Nevsun*, *supra* note 12 aux para 179–182 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie). Les juges majoritaires refusent de trancher la question (*ibid* au para 99). Voir aussi Van Ert, *supra* note 50.

⁶⁴ *Schreiber c Canada (PG)*, 2002 CSC 62.

⁶⁵ *Ibid* au para 49.

⁶⁶ *Groupe de la Banque mondiale c Wallace*, 2016 CSC 15 au para 43.

Le juge américain adopte aussi une approche flexible sur l'admissibilité de la preuve d'expert en matière de droit international, bien qu'il en ait connaissance d'office⁶⁷.

D. La connaissance d'office et la formation en droit international

La présente affaire permet de souligner l'importance de la formation en DI des juristes québécois et canadiens. Il existe d'importants défis pratiques relatifs à la connaissance d'office du DI, surtout avec l'expansion fulgurante de la matière. Comme l'ont fait remarquer des juges de la Cour suprême du Canada, il reste encore beaucoup à faire et nombreux sont ceux qui ont demandé une formation plus poussée en DI dans les facultés de droit, les écoles du barreau et même à l'Institut national de la magistrature⁶⁸.

III. DÉPENS

La SQDI ne réclame pas de dépens et demande qu'ils ne soient pas accordés contre elle.

⁶⁷ *Restatement of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, éd révisée, Saint Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987 à la section 113(2).

⁶⁸ Thomas Cromwell et Bruno Gélinas-Faucher, « William Schabas, the Canadian Charter of Rights and Freedoms, and International Human Rights Law » dans Margaret M. de Guzman et Diane Marie Amann, dir, *Arcs of Global Justice : Essays in Honour of William A. Schabas*, New York, Oxford University Press, 2018, 39 aux pp 53–54 ; Claire L'Heureux-Dubé, « From Many Different Stones: A House of Justice » (2003) 41:3 *Alta L Rev* 659 à la p 663.