

PROJET PILOTE DE NORMALISATION PONCTUELLE

DOSSIER D'ANALYSE  
par Odette Snow

Groupe *disgorgement*

**TERMES EN CAUSE (à normaliser)**

<i>disgorge</i>	<i>disgorgement relief</i>
<i>disgorgement</i>	<i>disgorgement remedy</i>
<i>disgorgement of profits</i>	<i>disgorgement for wrongful conduct</i>
<i>disgorgement damages</i>	

**TERMES CONNEXES (à suggérer)**

<i>restitution</i>	<i>giving up</i>
<i>deterrent restitution</i>	<i>giving back</i>
<i>remedial restitution</i>	<i>quasi-punitive remedy</i>
<i>substantive restitution</i>	<i>quasi-punitive restitutionary remedy</i>
<i>restitution for wrongful conduct</i>	<i>quasi-punitive damages</i>
<i>restitution for unjust enrichment</i>	<i>quasi-punitive restitutionary damages</i>
<i>unjust enrichment</i>	<i>restitutionary damages</i>
<i>autonomous unjust enrichment</i>	<i>restitutionary remedy</i>
<i>subtractive unjust enrichment</i>	<i>true restitutionary damages</i>
<i>wrongful unjust enrichment</i>	<i>true restitutionary remedy</i>
<i>unjust enrichment simpliciter</i>	
<i>gain-based remedy</i>	<i>profiting from wrong case</i>
<i>gain-based damages</i>	<i>transfer of wealth case</i>
<i>loss-based damages</i>	<i>wealth transfer case</i>

## MISE EN SITUATION

Le présent dossier s’inscrit dans le projet pilote de normalisation ponctuelle. Dans le cadre de ce projet, des usagers (professeurs, juristes et autres) sont invités à signaler des termes ou expressions juridiques qu’ils rencontrent dans leur enseignement ou dans l’exercice de leur profession et pour lesquels aucun équivalent français satisfaisant n’a encore été proposé.

Normalement, le dossier ne porterait que sur un seul terme ou une seule notion. Les termes associés à la notion faisant l’objet de l’analyse sont toutefois signalés afin d’éviter, dans la mesure du possible, d’opter pour un équivalent qui pourrait présenter des problèmes d’utilisation dans des contextes particuliers (lorsqu’il est utilisé dans le même contexte que ces autres expressions) ou des problèmes d’équivalents dans le cadre de normalisations ultérieures. Des équivalents seront suggérés pour ces termes et expressions; ceux-ci ne feront toutefois pas l’objet de normalisation immédiate. Seuls les termes du groupe *disgorgement* sont à normaliser; les termes connexes ne sont que suggérés.

Le tableau qui suit fait état des termes déjà normalisés dans le cadre des travaux du Comité de normalisation et qui comprennent des particules communes avec les termes à l’étude dans ce dossier. À moins qu’une constatation ne commande le contraire, ces choix seront appliqués pour la composition des équivalents proposés dans le présent dossier.

<b>case</b>	<b>affaire</b> (n.f.) <b>cause</b> (n.f.)	<b>PAJLO, Vocabulaire bilingue de la Common Law : Droit de la preuve</b>
<b>damages</b>	<b>dommages-intérêts</b> (n.m.)	<b>CTDJ délits 20F</b>
<b>remedial constructive trust</b>	<b>fiducie constructive de nature réparatoire</b> (n.f.)	<b>CTTJ fiducies 2H</b>
<b>remedial trust</b>	<b>fiducie réparatoire</b> (n.f.)	<b>CTTJ fiducies 2H</b>
<b>restitution</b>	<b>restitution</b> (n.f.)	<b>CTTJ contrats 25B</b>
<b>substantive constructive trust</b>	<b>fiducie constructive de nature substantielle</b> (n.f.)	<b>CTTJ fiducies 2H</b>
<b>true condition precedent</b>	<b>condition suspensive véritable</b> (n.f.)	<b>PAJLO, Dictionnaire canadien de la common law : Droit des biens et droit successoral, p. 629</b>
<b>true consent</b>	<b>consentement véritable</b> (n.m.)	<b>BT FAM 114D</b>
<b>true owner</b>	<b>véritable propriétaire</b> (n.m.)	<b>PAJLO, Dictionnaire canadien de la common law : Droit des biens et droit successoral, p. 629</b>
<b>unjust enrichment</b>	<b>enrichissement injustifié</b> (n.m.)	<b>CTTJ contrats 25B</b>
<b>wrong<sup>1</sup></b>	<b>transgression<sup>1</sup></b> (n.f.)	<b>CTDJ délits 7H</b>
<b>wrong<sup>2</sup>; wrongful act; wrongful conduct<sup>1</sup></b>	<b>transgression<sup>2</sup></b> (n.f.)	<b>CTDJ délits 7H</b>

*disgorge*

*disgorgement*

*disgorgement of profits*

*disgorgement damages*

*disgorgement relief*

*disgorgement remedy*

*disgorgement for wrongful conduct*

### ANALYSE NOTIONNELLE

Le terme *disgorgement* et l'expression *disgorgement of profits* ne sont pas nouveaux; leur utilisation semble toutefois s'être accentuée dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes depuis le milieu des années 1970. Cette utilisation coïncide avec une évolution importante dans le domaine des fiducies réparatoires, des obligations fiduciaires et d'autres causes d'action, entraînant une adaptation de notions juridiques traditionnelles, l'élargissement de leur portée, et leur application dans de nouveaux contextes. On reconnaît de nouveaux recours et de nouvelles causes d'action, dont les fondements s'éloignent de plus en plus des fondements traditionnels.

C'est ce phénomène qui explique vraisemblablement la volonté d'introduire une terminologie plus précise et appropriée permettant de mieux distinguer les différentes causes d'action et les différents recours, d'apporter les nuances qui permettent de bien saisir les différences, et de leur assurer un cadre juridique solide et cohérent.

Le droit de la restitution, dans lequel s'inscrit la notion *disgorgement*, a connu une évolution plus tardive que d'autres domaines du droit et n'a donc pas adapté sa terminologie aussi rapidement. Les auteurs et les tribunaux signalent régulièrement la confusion qui y existe non seulement sur le plan terminologique mais aussi sur le plan conceptuel :

[...] This gradual process of refinement and improvement of doctrine and the elimination of anomalous results has occurred to a lesser degree in the context of restitutionary doctrine than in the older disciplines of contract and tort. Accordingly, anomalous results persist in particular areas of restitutionary doctrine [...]. Although the shift to a more modern terminology based on the elements of the unjust enrichment principle is well under way, its completion is likely to be accompanied by some further adjustment or refinement of restitutionary doctrine. [John McCamus, *The Law of Contracts*, 2012, chap. 24 - Restitution and Disgorgement, p. 1034]

Depuis 1974, le terme *disgorgement* et ses dérivés figurent dans au moins 24 décisions de la Cour suprême du Canada, dans au moins 88 décisions de la Cour d'appel de l'Ontario (93 depuis 1901), et dans au moins 109 décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (110 depuis 1924). Des auteurs canadiens tels que Lionel Smith, John McCamus et Mitchell McInnes ont écrit de

nombreux articles sur cette notion. L'aspect terminologique a été soulevé de façon particulière par le professeur Lionel Smith :

A word is needed which conveys the idea that someone is being forced to give something up, but not to give it back. The word is "**disgorgement**". It is hardly new. It is used a lot in the context of gain-based recovery for wrongs, which I think reflects the fact that it is intuitively more suitable in this context than is "**restitution**". [Lionel Smith, *The Province of the Law of Restitution* (1992), 71 Can. B. Rev. 672, 696]

\* \* \* \* \*

The distinction is emphasised by the terminology adopted by Smith, who uses "**disgorgement**" to mean damages for a wrong measured by the defendant's profit from a wrong, and "**restitution**" to mean recovery in respect of unjust enrichment by subtraction from the plaintiff. [Peter Jaffey, *Restitutory Damages and Disgorgement* (1995), p. 30, note 1]

Le *Oxford English Dictionary* fait état de deux sens du verbe *disgorge*; c'est le sens figuré qui est pertinent pour la présente analyse :

### **disgorge**

*transitive*. To eject or throw out from, or as from, the gorge or throat; to vomit forth (what has been swallowed).

*figurative*. To discharge as if from a mouth; to empty forth; *esp.* to give up what has been wrongfully appropriated.

**disgorgement**, *n.* The action of disgorging; a discharging as from the throat or stomach. [On donne parmi les exemples, une occurrence de 1837 : The disgorgement of past plunder.]

Le substantif *disgorgement* est défini de la manière suivante dans *Black's Law Dictionary*, 10<sup>e</sup> éd., 2014 :

**disgorgement** *n.* The act of giving up something (such as profits illegally obtained) on demand or by legal compulsion. – disgorge, vb

Le terme *restitution* a longtemps été utilisé pour désigner l'ensemble de ces situations. Cette approche était justifiable en ce sens que les causes d'action traditionnellement reconnues étaient fondées sur une perte de la part du demandeur. Malheureusement, on continue parfois à invoquer cette notion, malgré la confusion et les difficultés qu'elle engendre dans des situations où le demandeur n'a pas subi de perte.

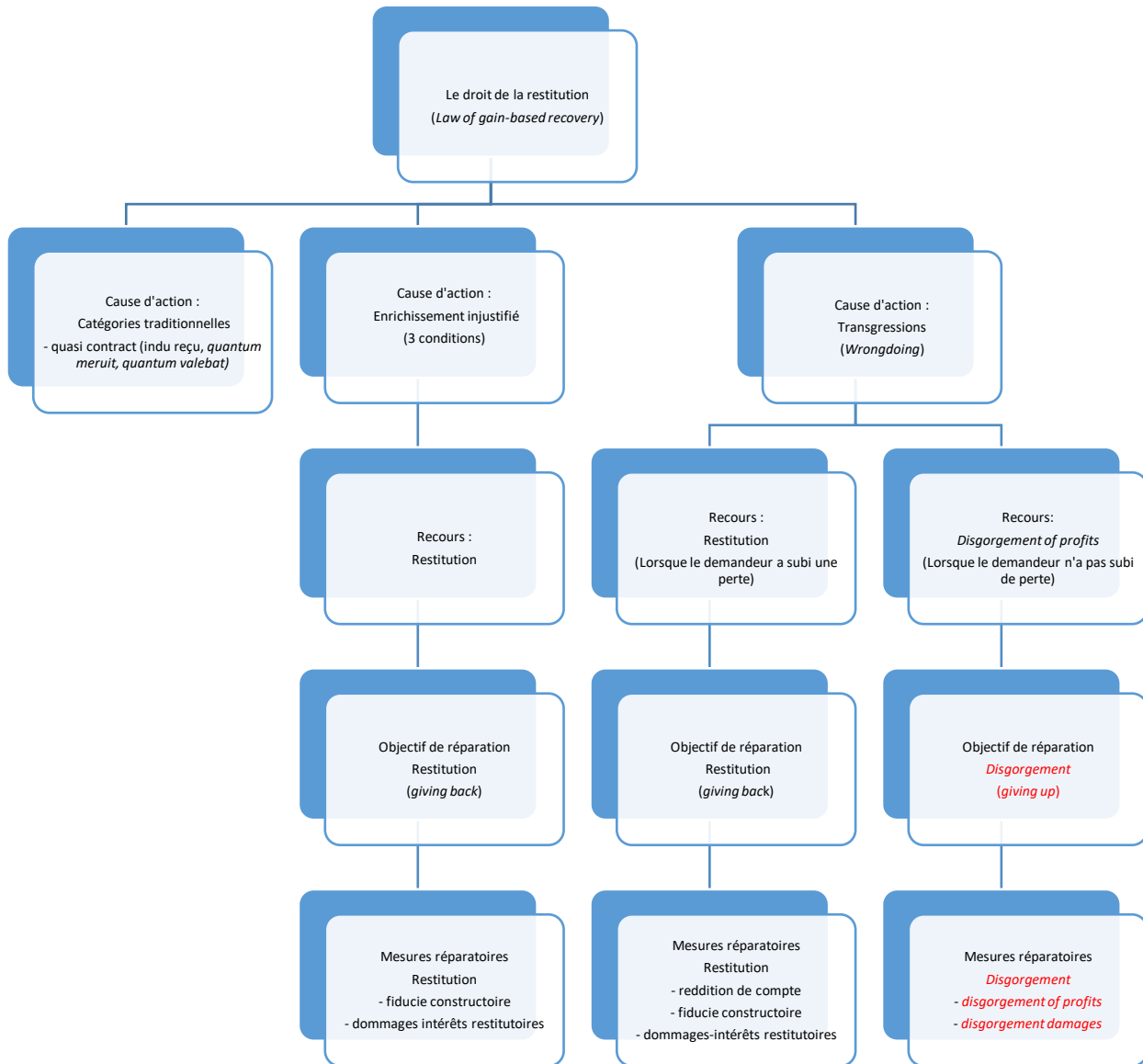
On constate toutefois une volonté de plus en plus répandue de faire ressortir les différences fondamentales entre deux types de situations. Dans tous les cas, on peut parler d'un enrichissement injustifié de la part d'une personne qui acquiert des biens ou réalise des profits de façon illégale, illicite ou immorale; c'est d'ailleurs le fondement même du droit de la restitution. Toutefois, lorsqu'il n'y a pas d'appauvrissement correspondant chez le demandeur, il devient inexact de parler de *restitution*, car on ne restitue pas à une personne un bien qui lui appartenait auparavant

ou des profits réalisés à partir d'un bien qui lui appartenait. En anglais, on utilise les expressions *giving back* (où le terme *restitution* convient) et *giving up* (où le terme *disgorgement* est considéré plus exact) pour faire comprendre les différences entre les *wealth transfer cases* et les *profiting from wrong cases*.

Le sens que l'on a voulu donner au terme *disgorgement* et la raison d'être de son emploi sont assez clairs. Cette notion vise à faire ressortir des distinctions fondamentales entre différentes causes d'action et entre les mesures réparatoires qui en découlent, afin de bien identifier les éléments de preuve qui doivent être établis pour ouvrir droit à réparation ainsi que la mesure de réparation éventuellement accordée. On cherche plus particulièrement à distinguer les situations où une personne acquiert des biens ou réalise des profits aux dépens d'une autre personne des situations où les biens sont acquis ou les profits réalisés par suite de transgressions qui n'ont pas entraîné de perte pour le demandeur.

Comme le font remarquer des auteurs tels que Lionel Smith et John McCamus, il y a encore beaucoup d'incertitude et de confusion en matière de « restitution ». On a notamment tendance à confondre *restitution* et *unjust enrichment*, *unjust enrichment* et *disgorgement*, *restitution* et *disgorgement*, *accounting for profits* et *restitution*, *accounting for profits* et *disgorgement of profits*. Il y a donc lieu, dans un premier temps, de situer le terme *disgorgement* dans un cadre juridique cohérent afin d'être en mesure d'établir une terminologie française qui reflète ce positionnement.

Bien que le droit ne soit pas encore arrêté sur la question, le tableau suivant permet de situer la notion *disgorgement* dans le domaine général du droit de la restitution.



Comme nous l’avons indiqué dans la section précédente, le terme *disgorgement* désigne l’abandon par une personne des biens acquis ou des profits réalisés de façon illégale, illicite ou immorale, dans des situations où le demandeur n’a pas subi de perte. Une demande de *disgorgement of profits* peut surgir par suite d’un acte criminel, d’un délit civil, d’un manquement à une obligation fiduciaire, d’un abus de confiance ou autre. Il semble y avoir une certaine réticence à appliquer cette mesure réparatoire en matière contractuelle; une décision anglaise l’a toutefois appliquée en 2000 [*Attorney General v. Blake*, [2000] 4 All E.R. 385 (H.L.)], et la Cour d’appel de l’Ontario l’a appliquée dans *Cassano c. The Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781 (CanLII) [demande d’autorisation d’appel à la CSC refusée].

Clearly, on the state of the law at present, the parameters of the remedy of **disgorgement of profits** for breach of contract remain uncertain. As already noted, Lord Nicholls in *Blake* emphasized that “no fixed rules can be prescribed.” What is clear, however, is that in certain types of cases disgorgement is a potential remedial response to breach of contract. Maddaugh and McCamus express the opinion that, from an analysis of the limited number of Canadian cases that have commented on the issue, it is “likely that Canadian courts will follow the lead of the House of Lords in *Blake* and explicitly recognize the availability of disgorgement relief for breach of contract in exceptional circumstances” (at 25-20). They postulate, however, that its availability may be limited to circumstances where the conduct of the contract-breaker is “sufficiently similar” to breach of fiduciary obligation, breach of confidence, tort and crime (at 25-19). [...] [*Atlantic Lottery Corporation Inc.-Société des loteries de l’Atlantique c. Babstock*, 2018 NLCA 71, au par. 129]

Un tribunal impose cette mesure réparatoire non pas pour compenser une personne des pertes qu’elle aurait subies par suite des transgressions d’une autre personne ni pour retourner à cette personne un bien qui lui aurait appartenu ou des profits réalisés à partir de ce bien, mais pour enlever à cette autre personne des profits qu’elle aurait réalisés de façon injustifiée ou injustifiable. Cette mesure se fonde sur le principe selon lequel l’on ne doit pas permettre à une personne de profiter de son crime ou de son manquement.

→ ***restitution et unjust enrichment***

[...] unjust enrichment and restitution are not synonymous; rather, restitution is a legal response to the establishment of the cause of action in unjust enrichment. [L. Smith, *The Province of the Law of Restitution*, p. 681]

La confusion entre les notions *unjust enrichment* et *restitution* se répercute dans la catégorisation des causes d’action ouvrant droit à restitution ou à d’autres mesures réparatoires. Le domaine général du droit de la restitution regroupe, en fait, une multiplicité de causes d’action qui ont comme point commun ou principe unificateur l’enrichissement injustifié; certains auteurs proposent d’ailleurs une nouvelle désignation pour ce domaine du droit, *the law of gain-based recovery*, puisque dans tous les cas, une personne s’enrichit de façon injustifiée ou injustifiable.

Le tableau ci-dessus permet de constater que les notions de restitution et d’enrichissement injustifié reviennent à plusieurs niveaux :

- le terme *restitution* désigne le domaine du droit, le recours, l’objectif visé, et la mesure réparatoire;
- l’enrichissement injustifié est le principe unificateur qui sous-tend le droit de la restitution ainsi qu’une cause d’action en soi.

Les différentes acceptions des deux notions sont décrites par la Cour d’appel de Terre-Neuve dans *Société des loteries de l’Atlantique c. Babstock*, aux par. 90 et 91 :

The term “**restitution**” has been used inconsistently. It has been used to describe the category of law which encompasses unjust enrichment-based claims as opposed to limiting it to describing the remedy for such claims. It has also been used to describe both **unjust enrichment-based claims** as well as **wrongful acquisition-based claims**. It is also sometimes used to describe the type of remedy given for wrongful acquisition-based claims, instead of the term “**disgorgement**”. Furthermore, the term also is seen to creep into claims based on other causes of action, such as breach of contract, where a remedy is described as “restitutionary damages” thereby conflating notions of compensation (damages) with reversal of benefits (restitution). [...]

L’assimilation des notions *restitution* et *unjust enrichment* a des conséquences négatives pour un demandeur qui ne peut établir qu’il a subi une perte, vu la tendance des tribunaux à exiger que le demandeur qui veut obtenir réparation (la restitution) fasse la preuve des trois conditions requises pour établir la cause d’action pour enrichissement injustifié, soit l’enrichissement du défendeur, l’appauvrissement correspondant du demandeur, et l’absence de motif juridique justifiant l’enrichissement, même lorsqu’il est évident que le défendeur s’est enrichi de façon illicite. Ces trois conditions n’ont toutefois aucune application lorsque la cause d’action ouvrant droit à une mesure restitutoire est autre que l’enrichissement injustifié.

The differences between the two kinds of case are obscured when both are referred to as “**unjust enrichment**”. The most obvious difference is in the elements of the cause of action which the plaintiff must establish. In the **defective transfer case**, he must show the three elements laid down in *Pettkus*; and these elements do not constitute any wrongful conduct on the part of the defendant. In the **profitable wrongdoing case**, he must only show the elements of the wrong, whatever it may be. Indeed, in most such cases of profitable wrongdoing, the plaintiff could not prove the elements of the cause of action in unjust enrichment. This is because usually, the defendant’s gain by wrongdoing has come from some third party; there is no “corresponding deprivation of the plaintiff”. When a plaintiff is seeking to take away a defendant’s wrongful gain, the question whether there was any loss to the plaintiff is completely irrelevant. For this reason, while the response of **giving back** which is activated by the cause of action in unjust enrichment can be properly called “**restitution**”, it seems better to use a different word, “**disgorgement**”, to describe the response of **giving up** which may be activated by profitable wrongdoing. [*Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4<sup>e</sup> éd., p. 491.]

\* \* \* \* \*

It is now generally agreed that there is a fundamental division between **autonomous unjust enrichment** . . . and **restitution for wrongs** (or, as it is sometimes called, “unjust enrichment by wrongdoing”). In contrast to a claim for **autonomous unjust enrichment**, which is based on the cause of action in unjust enrichment, a claim for **restitution for wrongs** is based on an underlying civil wrong committed by the defendant against the plaintiff. For those who support the “unjust enrichment by wrongdoing” label, the gain is said to be “unjust” because it has been occasioned by the wrong. [Smith, Chambers and McInnes et al., *The Law of Restitution in Canada: Cases, Notes and Materials* (Toronto: Emond Montgomery, 2004), p. 403, cité dans *321665 Alberta Ltd. v. Mobil Oil Canada Ltd.*, 2010 ABQB 522 (CanLII), par. 10.]



\* \* \* \* \*

[...]the American and Commonwealth authorities allowing disgorgement remedies in the absence of corresponding economic loss are well established, and for good reason. It would be most unfortunate if confusion about terminology were to lead Canadian lawyers and judges to conclude that old and well established forms of liability have simply vanished from the fabric of the common law. There are, however, some scholars, in particular, the late Peter Birks and some of his followers, who favour a narrow interpretation of the concept of unjust enrichment that would exclude **disgorgement for wrongful conduct**. [John McCamus, “The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment”, 2012 90-2 *Canadian Bar Review* 439.]

À partir des commentaires ci-dessus, on peut conclure qu’il y a deux genres de situations :

- Celles où la cause d’action est l’enrichissement injustifié. Il faut alors faire la preuve des trois éléments constituant cette cause d’action, soit l’enrichissement du défendeur, l’appauvrissement correspondant du demandeur, l’absence de motif juridique justifiant l’enrichissement. La seule réparation possible dans de telles situations est la restitution, soit au moyen d’une mesure propriétaire (la fiducie constructive), soit au moyen d’une mesure pécuniaire (les dommages-intérêts restitutoires).
- Celles où la cause d’action est une transgression, par exemple un vol ou un manquement à une obligation fiduciaire, à une obligation civile ou à une obligation contractuelle. La réparation peut alors prendre la forme de *restitution* ou de *disgorgement* :
  - s’il y a une perte de la part du demandeur, on peut parler de *restitution*, que ce soit la restitution d’un bien qui aurait été enlevé au demandeur ou la restitution de profits réalisés à partir d’un bien appartenant au demandeur, qu’il s’agisse d’un bien tangible ou d’un bien intangible comme de l’information, en partant de la présomption en equity que le demandeur aurait fait la meilleure utilisation de son bien ou aurait profité de l’occasion d’affaires dont a profité le défendeur;
  - s’il n’a pas de perte de la part du demandeur, on peut difficilement parler de *restitution* : on ne « restitue » pas à une personne un bien qui lui appartenait auparavant; on ne la « restitue » pas, non plus, dans la position où elle aurait pu profiter elle-même de cette occasion d’affaires.

Il y a donc lieu d’établir une terminologie qui permet de distinguer les différentes circonstances où il y a un enrichissement injustifié. Le terme « restitution » ne convient pas en l’absence d’un intérêt propriétaire ou d’une perte de la part du demandeur, comme c’est le cas des causes d’action fondées purement sur des actes fautifs. La synonymie entre « restitution » et « enrichissement

injustifié » n'est donc pas acceptable sur le plan conceptuel, et la terminologie doit refléter les distinctions.

→ *restitution et disgorgement*

[...] there is no closer relation between disgorgement and restitution than there is between compensation and restitution [...] compensation and disgorgement are each only part of restitution. [L. Smith, *The Province of the Law of Restitution*, p. 697]

Il serait erroné d'établir une synonymie entre *disgorgement* et *restitution* ou même de dire que *disgorgement* est une forme ou une sous-catégorie de *restitution*. Il s'agit plutôt de deux mesures réparatoires distinctes, *restitution* étant la mesure appropriée lorsque le demandeur a effectivement subi une perte, et *disgorgement* étant la mesure appropriée lorsque l'enrichissement du défendeur provient d'une autre source [voir *Atlantic Lottery Corporation Inc.-Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock*, 2018 NLCA 71, au par. 86].

There is a tendency to conflate **restitution** and **disgorgement** on the basis that they are both '**gain-based**' remedies. That view must be rejected, in part because it suggests that both measures of relief can be triggered by the action in unjust enrichment. Restitution, in fact, can be equally distinguished from both disgorgement and compensation. **Disgorgement** refers to gain alone, while **compensation** refers to loss alone. **Restitution** is distinguishable from the former because it focuses partially on the plaintiff's loss, just as it is distinguishable from the latter because it focuses partially on the defendant's gain. Accordingly, the arguments that have been made against compensation apply, mutatis mutandis, against disgorgement. [Mitchell McInnes, « The Measure of Restitution », 52 U. Toronto L.J. 163 (2002), p. 185.]

\* \* \* \* \*

Strictly speaking, the **remedy of restitution** is always triggered by the cause of action in unjust enrichment. Unfortunately, courts and commentators sometimes suggest that restitution is also a response to various forms of wrongdoing, including trespass to land, breach of fiduciary duty, and most recently, breach of contract. [...] The relief available in such circumstances is, however, conceptually distinct from restitution in both purpose and operation. It is animated not by a desire to reverse a **transfer of wealth** between the parties but rather to strip a wrongdoer of an ill-gotten gain. Consequently, it is not limited to benefits that the defendant acquired from the plaintiff. It can also reach benefits that the defendant received from a third party as a result of committing a wrong against the claimant. For this reason, it is better classified as "**disgorgement**" (which broadly means to **give up**), rather than "**restitution**" (which more narrowly means to **give back**). [Mitchel McInnes, « Enrichments and Reasons for Restitution : Protecting Freedom of Choice », 48 McGill L.J. 419 (2003), p. 421, note 1.]

Il semble y avoir consensus sur le rejet de la notion *restitution* dans le contexte des enrichissements injustifiés fondés sur une transgression lorsque l'enrichissement ne se fait pas aux dépens du demandeur et sur l'utilisation de la notion *disgorgement* dans ces circonstances :

Given that the concept of restitution has been used ambiguously by the courts, many academics have suggested that the term “**disgorgement**” should be substituted for the term “**restitution**” where the underlying cause of action is a wrong. [...] [D]isgorgement becomes the name of the **gain-based** response to a wrong and is taken to mean “**giving up**” something that the defendant wrongfully acquired regardless of its source. [Smith, Chambers and McInnes et al., *The Law of Restitution in Canada: Cases, Notes and Materials* (Toronto: Emond Montgomery, 2004), p. 403, cité dans *321665 Alberta Ltd. c. Mobil Oil Canada Ltd.*, 2010 ABQB 522, au par. 10.]

\* \* \* \* \*

[...] it is increasingly common to also reject the word "restitution" for cases of gain-based remedies for wrongdoing; the plaintiff is not seeking a **giving back** but a **giving up** of a gain that generally did not come from the plaintiff but from a third party. Hence, the trend toward the word "**disgorgement**", which even the R3RUE [*Restatement of the Law Third: Restitution and Unjust Enrichment*] adopts in this context. But even those who reject this word tend to agree on the fundamental analytical distinction between **restitution for wrongs**, which does not depend on the cause of action in unjust enrichment, and **restitution for unjust enrichment**, which does so depend. [Lionel Smith, Book Review, American Law Institute, *Restatement of the Law Third: Restitution and Unjust Enrichment*, 2 vols (St Paul, Minn. : American Law Institute, 2011) (2012) 57 McGill L. J. 629, 636.]

L'élément fondamental dans la recherche d'un équivalent français pour la notion *disgorgement* est donc la distinction à établir entre *restitution* et *disgorgement*, car c'est la volonté d'établir cette distinction qui a mené à l'utilisation de l'expression *disgorgement of profits* dans certaines situations au lieu de la notion traditionnelle de *restitution*.

L'importance de faire cette distinction est soulignée dans *Babstock* : enlever l'impression qu'il faut une perte de la part du demandeur pour obliger un défendeur à se départir ou se dessaisir de biens acquis ou de profits réalisés de façon fautive. À certains endroits, le tribunal, dans *Babstock* (par. 228), semble utiliser de façon interchangeable les expressions *restitution of benefits* et *disgorgement of profits*. Il est toutefois à noter qu'en l'espèce, les profits réalisés par Loto Atlantique étaient en fait les sommes versées par les demandeurs dans les ALV (appareils de loterie vidéo); les demandeurs n'ont toutefois pas fondé leur demande sur des pertes individuelles, une mesure restitutoire, mais plutôt sur la perte collective subie par l'ensemble des personnes qui ont joué à des jeux de loterie vidéo (action collective), une mesure fondée sur la notion *disgorgement*.

→ ***accounting for profits*<sup>1</sup> et *disgorgement of profits***

On confond souvent la notion *disgorgement* ou *disgorgement of profits* et la notion *accounting for profits* : parfois on présente cette dernière notion comme synonyme de *disgorgement of profits*

---

<sup>1</sup> Dans *Black's Law Dictionary*, on utilise l'expression *accounting for profits*. Dans la jurisprudence et la doctrine, cependant, on utilise aussi l'expression *accounting of profits*.

[voir, par exemple, *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 RCS 142, au par. 15]; parfois on traite les deux notions comme visant deux recours distincts [voir, par exemple, *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 RCS 177, par. 50]; parfois on les traite comme deux étapes d'un même recours [voir, par exemple, *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 RCS 177, au par. 153].

When considering the question whether a contract-breaker who thereby profits ought to give up that profit, it should be remembered that a number of different terms have been used to describe such an award. Sums awarded have variously been described as “an **account of profits**”, “**restitutionary damages**”, and “**disgorgement damages**.” Those who use the “disgorgement” tag tend to do so to differentiate between those awards which are based upon the movement of some value between claimant and defendant, which has to be given back (a restitutionary award), as opposed to gains made by the defendant from another source which the claimant wants to be given up (a disgorgement award). As the situation with which this article is concerned relates to the “giving up” of profit, I accordingly use the “disgorgement” tag. It has the additional benefits of perspicacity of meaning; it clearly differentiates between this area and that of unjust enrichment, where the term “restitutionary” is standard, and it better reflects the idea of “giving up” the profit. [Adam Temple, « Disgorgement Damages for Breach of Contract », (2008), 20 Denning Law Journal 87, p. 88.]

*Accounting for profits* et *disgorgement of profits* ne sont pas synonymes. La notion *accounting for profits* semblerait exiger un certain lienpropriétal, notamment l'administration de biens d'autrui, ainsi que l'obligation pour une personne de rendre compte de son administration à une autre personne, qui a un intérêt propriétal dans les biens visés. Comme nous l'avons déjà indiqué, la notion *disgorgement of profits* n'exige pas de lienpropriétal ni de rapport entre deux personnes :

A concluding terminological point should be noted. In much recent scholarship the term “**accounting for profits**” is replaced with “**disgorgement**.” The substitution is unfortunate, for there is a marked loss of clarity. Sometimes “disgorgement” is used not just for accounting for profits but for any gain-based equitable remedy, which obscures the differences between those that are personal and those that are proprietary (such as accounting for profits and constructive trust, respectively). At other times the term is used indiscriminately for any gain-based remedy, including legal relief, such as recovery in quasi-contract.

In addition to causing confusion, the shift means the loss of a profound set of associations. “**Accounting for profits**” has transitive associations with duty and relationship: it is an accounting by A to B. “**Disgorgement**” lacks those associations and is conceptually intransitive: it is A disgorging. [Samuel L. Bray, *Fiduciary Remedies*, Oxford Handbook of Fiduciary Law, E. Criddle, P. Miller & Stkoff eds., 2018 (p. 9-10 de l'ébauche du 28 mai 2018).]

Il y a également des différences entre les deux notions au niveau du calcul du montant qu'accordera le tribunal :

[...] it has been suggested that the process of **accounting** is dualistic. The first phase is concerned with quantifying gross profits that flow from the breach and the second is directed to the net gain that must ultimately be **disgorged**. The objective of each is distinct. The latter is not tethered to the

strict standards by which the substantive duty is judged. The order is restitutionary and not penal. To that extent allowances are intended to achieve an equitable adjustment between the parties. It is here that profits from the misapplication of trust property and cynical abuse of trust can be distinguished from gains arising from less culpable forms of wrongdoing." The dictates of deterrence usually inhibit largesse in favour of an errant fiduciary but the courts are nevertheless attentive to the parties' interests, their conduct and the practical consequences of the breach. There is considerable latitude in the final form of an order but it is fair to say that the authorities have laid a sufficient basis for a principled response. [Peter Devonshire, « Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty » (2010), 32 Sydney L. Rev. 389, 410.]

L'extrait suivant de *Strother c. 3464920 Canada Inc.* permet de conclure à une certaine synonymie entre *restitution* et *accounting for profits* mais non entre *accounting for profits* et *disgorgement* :

[...] It is clear that an **accounting for profits** is available for breach of fiduciary duty in the classic situation of the management of assets. "However, where the trustee's profit is not made out of the trust property but out of an opportunity that arises to him in his office as trustee . . . many have questioned whether it is equitable or fair that the trust beneficiaries should have a proprietary interest in that profit (rather than a mere personal claim)" [...] Where a fiduciary uses the plaintiff's asset to make a profit for himself, the logic of the remedy of account is clear; presumptively the profits the trustee earned would have been earned for the plaintiff, but for the breach. The plaintiff is simply claiming what is rightfully his. The link between the breach and the remedy of account is arguably less clear where the breach involves using information or an opportunity which the plaintiff would not have enjoyed in any event (as is the case with the profit Strother earned from Darc's idea). [...] It thus may be questioned whether a non-proprietary claim such as Monarch's should attract the remedy of an account for profits. [*Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 RCS 177, 2007 CSC 24, au par. 155.]

→ ***disgorgement* dans le cadre général des recours et des mesures réparatoires**

Il y a lieu de situer la notion *disgorgement* dans le cadre général des recours et des mesures réparatoires afin d'assurer la plus grande cohérence ou harmonie terminologique.

En droit de la restitution, les auteurs distinguent généralement trois catégories de recours ou de mesures réparatoires : *compensatory damages*, *restitutionary damages*, *disgorgement damages*. Ces distinctions se font sur le plan de l'objectif visé par le recours, de la nature de la réparation octroyée, et du mode de calcul des dommages-intérêts. [voir Adam Temple, *Disgorgement Damages for Breach of Contract*, p. 103.]

On distingue généralement quatre grands objectifs des mesures réparatoires octroyées par les tribunaux : l'indemnisation, la restitution, la punition, la dissuasion.

A priori, l'indemnisation se concrétise par l'imposition d'une mesure pécuniaire alors que la restitution se concrétise par l'imposition d'une mesure propriétaire, la fiducie constructive, même

lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent. La jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada a toutefois introduit la notion d'indemnité pécuniaire calculée sur le fondement de la valeur accumulée d'un intérêt propriétaire, au lieu d'imposer la mesure réparatoire propriétaire habituelle qu'est la fiducie constructive [voir, par exemple, *Kerr c. Baranow*, [2011] 1 RCS 26, au par. 100].

On établit parfois une synonymie entre *disgorgement damages* et *punitive damages* [voir, par exemple, *2105582 Ontario Ltd. (Performance Plus Golf Academy) c. 375445 Ontario Limited (Jydeaway Golf Club*, 2017 ONCA 980, au par. 67]. Les *disgorgement damages* ne visent toutefois pas à punir une personne qui a commis un acte fautif mais plutôt à protéger les institutions économiques, sociales, politiques et juridiques en dissuadant de certains comportements; on parle alors parfois de *quasi-punitive restitutionary damages* comme synonyme de *disgorgement damages* [voir Peter Jaffey, « Restitutionary Damages and Disgorgement » (1995) 3 RLR 30, 37-38]. C'est cette confusion que les auteurs tentent de dissiper (voir les sections précédentes) en faisant clairement la distinction entre *restitutionary damages* et *disgorgement damages*.

Le tableau suivant donne un aperçu des principales différences entre les principales catégories de recours pécuniaires ou de dommages-intérêts : *compensatory damages*, *restitutionary damages*, *disgorgement damages*, *punitive damages*.

Catégorie	Objectif visé	Fondement du calcul
<i>compensatory damages</i>	Dédommager une personne des pertes subies par suite d'actes commis par une autre personne. Remettre la personne dans la position dans laquelle elle aurait été n'eût été la transgression.	La perte subie par le demandeur, sans égard à un gain éventuel de la part du défendeur.
<i>restitutionary damages</i>	Restituer/remettre au demandeur les biens que le défendeur a acquis ou les profits qu'il a réalisés aux dépens du demandeur.  Le point de départ est un intérêt propriétaire du demandeur. L'objectif est de remettre le demandeur dans la position dans laquelle il aurait été si le défendeur ne lui avait pas enlevé le bien ou profité d'une occasion dont le demandeur aurait pu lui-même profiter. Il n'est pas nécessaire que le défendeur ait commis une transgression, comme en témoignent les réparations restitutoires imposées par suite d'un enrichissement injustifié dans les affaires conjugales.	La valeur du gain réalisé par le défendeur (enrichissement) et de la perte correspondante subie par le demandeur (appauvrissement).  Le demandeur doit avoir subi une perte, et il faut un lien entre l'intérêt propriétaire du demandeur et l'enrichissement du défendeur. Il s'agit de la réponse à la cause d'action fondée sur un enrichissement injustifié.
<i>disgorgement damages</i>	Enlever au défendeur des biens acquis ou des profits réalisés par suite d'une transgression.  L'objectif premier est de préserver la confiance dans des institutions économiques, sociales, politiques ou juridiques et non de dédommager une personne en particulier.	La valeur du gain réalisé par le défendeur par suite de la transgression, sans égard à une perte éventuelle de la part du demandeur.
<i>punitive/exemplary damages</i>	L'objectif est triple : châtement, dissuasion et dénonciation [voir <i>Whiten c. Pilot Insurance Co.</i> [2002] 1 RCS 595, au par. 43].  Les dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés en plus des dommages-intérêts compensatoires, des dommages-intérêts restitutoires, ou des <i>disgorgement damages</i> , lorsque la conduite du défendeur est particulièrement répréhensible [voir <i>Babstock</i> , au par. 234-240].	Le montant est discrétionnaire [voir <i>Whiten</i> , aux par. 39, 67-76]. C'est le critère de « rationalité » qui permet de statuer sur le montant [par. 100].  Leur octroi est exceptionnel et repose sur des « conduites répréhensibles représentant un écart marqué par rapport aux normes ordinaires en matière de comportement acceptable. [...] ». [voir <i>Whiten</i> , au par. 36]

## ÉQUIVALENTS

Un examen, dans CANLII, des décisions de la Cour suprême du Canada permet de constater que les termes suivants ont été utilisés pour rendre *disgorge*, *disgorgement* et *disgorgement of profits* :

*disgorge* - restituer, rendre, remettre, se déposséder

*disgorgement* - restitution, remise

*disgorgement of profits* - restitution de profits, remise de profits

Dans la *Loi concernant l'exécution de la législation en matière de services financiers et de services aux consommateurs*, L.N.-B. 2016, c. 36, art. 9.7(2)(i), le rédacteur législatif a rendu *disgorge to the Commission* par « remettre à la Commission ».

→ **Rejet des termes « restituer », « restitution » et « restitution de profits »**

À la lumière de l'analyse notionnelle, les termes « restituer », « restitution » et « restitution de profits » sont à rejeter :

**restituer** – Rendre à qqn (ce qu'on a pris illégalement ou injustement). → Redonner, remettre, rendre. **Dr.** Remettre (une personne) dans l'état où elle était avant un acte ou un jugement qui fait l'objet d'une annulation. [*Le Grand Robert*]

Même s'il est possible de conclure que la définition du verbe « restituer » et du substantif « restitution » est large assez pour comprendre non seulement les situations où l'on rend à quelqu'un ce qui lui appartenait auparavant mais aussi des situations où le demandeur n'a pas d'intérêt propriétaire préexistant, ces termes et expressions ne permettent pas d'établir les distinctions conceptuelles qui ont motivé l'introduction de la notion *disgorgement*.

→ **Rejet des termes « remettre » et « remise »**

Les termes « remettre » et « remise » sont à écarter pour les mêmes motifs.

→ **Rejet des termes « rendre » et « reddition de comptes »**

Le verbe « rendre » pourrait convenir, puisque la définition est assez large pour englober l'ensemble des situations visées, et il ne semble pas être aussi fortement associé à la notion *giving back* que les termes « restituer » et « remettre » :



**II.** – Rendre qqc. A - [Qqc. désigne ce qui ne peut pas être gardé] [*Trésor de la langue française informatisé*]

Il est toutefois à écarter en raison de la confusion éventuelle qu'engendrerait le substantif « reddition » (voir les commentaires dans l'Analyse notionnelle sur les distinctions à faire entre *disgorgement* et *accounting for/of profits*). La notion *accounting for profits* est généralement rendue par « reddition de comptes » – voir, par exemple, *Strother*.

**reddition** **Dr.** Fait de présenter l'état de la recette et de la dépense relatif aux biens d'autrui qu'on a administrés, afin qu'il soit vérifié, réglé et arrêté. [*Le Grand Robert*]

**reddition de comptes** - Obligation imposée à un gestionnaire de répondre de l'exercice d'une responsabilité qui lui a été conférée, en fonction de paramètres qu'il a au préalable acceptés (GDT). Syn. obligation de rendre compte [*Multidictionnaire de la langue française*]

**reddition de comptes** - Opération consistant de la part d'un mandataire, d'un administrateur du patrimoine d'autrui, d'un comptable, à présenter à l'amiable ou en justice son compte de gestion (sommes dépensées, sommes encaissées, indemnités, etc.), afin que celui-ci soit vérifié, réglé et arrêté. [*Cornu, Vocabulaire juridique*]

→ **Rejet des termes « se désapproprier / désappropriation », « confisquer / confiscation », « déposséder / dépossession », « retirer / retrait »**

Le verbe « se désapproprier » et le substantif « désappropriation » ont un sens qui peut correspondre aux notions *disgorge* et *disgorgement* :

**se désapproprier** v.tr. **Pron.** Renoncer à la propriété de quelque chose. [*Le Grand Robert*]

**désappropriation** n.f. Fait de renoncer à la propriété (d'un bien); fait d'être privé d'un bien. [*Le Grand Robert*]

Ils ne présentent toutefois pas d'avantages sur les termes « se dessaisir » et « dessaisissement » et laissent entendre que la personne qui se désapproprie d'un bien y avait un droit légitime à l'origine, ce qui n'est pas le cas de la mesure réparatoire qu'est le *disgorgement*. À cet égard, la notion « dessaisissement » porte plutôt sur la possession et non sur la propriété.

D'autres termes ont été envisagés mais écartés parce qu'ils traduisent plutôt la notion *taking away* et non *giving up* : « confisquer/confiscation », « déposséder/dépossession », « retirer/retrait ».

→ **Option 1 : « dégorger » ou « rendre gorge » et « dégorgement »**

La solution la plus naturelle serait le verbe « dégorger » ou « rendre gorge » et le substantif « dégorgement » :

- L'origine des termes *disgorge* et *disgorgement* semblerait être les anciens termes français « desgorger » et « desgorgement » [*Oxford English Dictionary*].
- Comme pour le verbe *disgorge* (voir l'Analyse notionnelle), les verbes « dégorger » et « rendre gorge » ont un sens figuré qui correspond à la notion *giving up* :

« dégorger » - Lâcher son argent, payer. (Quasi-)synon. *rendre gorge*. Synon. pop. *cracher*. *Ils dégorgeaient un, deux, trois, quatre millions, plutôt que de laisser poursuivre* (LAS CASES. *Mémor. Ste-Hélène*, t. 1, 1823, p. 388) : « Cordoue dégorgeait ses richesses, vomissait d'un coup tout ce que, depuis les Almohades, elle avait accumulé grâce à la vente de ses huiles, de son blé, de ses vins... » MORAND, *Le Flagellant de Séville*, 1951, p. 118. [*Trésor de la langue française informatisé*]

« rendre gorge » - **Mod. (Fig.)**. Restituer par force ce qu'on a pris par des moyens illicites. *Faire rendre gorge à un trafiquant malhonnête*. [*Le Grand Robert*]

- Il en est de même du substantif « dégorgement ». Le sens premier du terme *disgorgement* correspond au sens moderne du terme « dégorgement », soit l'action de dégorger, c'est-à-dire « faire sortir de soi (un liquide, etc.) en parlant d'un contenant, d'un espace » ou « rendre un liquide » [*Le Grand Robert*].

Dans le portail lexical du Centre national de Ressources Textuelles et Lexicales, on trouve cependant l'entrée suivante sur le sens figuré de « dégorgement » :

Restitution d'un acquis illicite : « Beaucoup de spoliateurs et trafiquants notoires (...) vinrent proposer eux-mêmes, avec force genuflexions et marques de repentir, la *restitution* et le **dégorgement** de leur trop-plein. » L. DAUDET, *Sylla et son destin*, 1922, p. 243.

Il ne semble donc y avoir aucune raison de ne pas faire passer dans l'usage le substantif « dégorgement » au sens figuré.

Cette option permettrait de rendre *disgorge*, *disgorgement* et *disgorgement damages* par « dégorger » ou « rendre gorge », « dégorgement » et « dommages-intérêts dégorgeatoires » respectivement. L'adjectif « dégorgeatoire » n'existe pas; il pourrait toutefois être créé suivant une logique analogue à celle qui a mené à la normalisation des termes « résultoire » et « constructoire » pour rendre *resulting* et *constructive* dans le contexte des fiducies; il assurerait en outre une certaine symétrie avec « dommages-intérêts compensatoires » et « dommages-intérêts restitutoires ».

→ **Option 2 : « se dessaisir » et « dessaisissement »**

Le verbe pronominal « se dessaisir » et le substantif « dessaisissement » constitueraient une option acceptable, même s'ils n'assurent pas une aussi bonne symétrie avec les termes *disgorge* et *disgorgement*. La forme transitive du verbe ne rend pas la notion voulue de *giving up*; elle rend plutôt la notion *taking away*. La forme pronominale semble toutefois correspondre.

**se dessaisir** v. pron. Se déposséder volontairement. *Se dessaisir d'une lettre, d'un gage, d'un titre.* [Le Grand Robert]

**dessaisissement** n.m. **Dr.** Action de dessaisir, de se dessaisir. [Le Grand Robert]

Cette option permet d'adopter « dessaisissement » pour rendre *disgorgement* et « dessaisissement des profits » pour rendre *disgorgement of profits*.

Le principal désavantage est l'absence d'une forme adjectivale à utiliser dans des expressions comme *disgorgement remedy* et *disgorgement damages*. Un néologisme « dessaisitoire » serait-il à envisager? Si non, il faudrait se replier sur une expression du genre « dommages-intérêts fondés sur le dessaisissement ». Il est aussi à noter que le terme « dessaisissement » est parfois utilisé pour rendre *divestment* ou *divestiture* – voir, respectivement, *Loi d'exécution du budget et de l'énoncé économique de 2007*, LC 2007, c. 35, et *Loi fédérale sur la responsabilité*, LC 2006, c. 9. Le terme « retranchement » a été normalisé pour rendre à la fois *divestiture* et *divestment* en matière de droit des biens.

Comme le terme « dégorgement » au sens figuré semble bénéficier d'une certaine reconnaissance à l'époque contemporaine, il semblerait préférable de rendre *disgorgement* par « dégorgement » et de réserver le terme « dessaisissement » pour rendre *giving up* (voir la Partie II du dossier).

disgorgement	<b>dégorgement</b> (n.m.)  NOTA Le verbe correspondant <i>disgorge</i> peut se rendre par « dégorger » ou « rendre gorge ».
disgorgement of profits	<b>dégorgement de profits</b> (n.m.)
disgorgement damages	<b>dommages-intérêts dégorgeatoires</b> (n.m.); <b>dommages-intérêts fondés sur le dégorgement</b> (n.m.)
disgorgement remedy <sup>2</sup> [1]	<b>recours en dégorgement</b> (n.m.); <b>recours dégorgeatoire</b> (n.m.)
disgorgement remedy [2]; disgorgement relief	<b>réparation dégorgeatoire</b> (n.f.); <b>réparation fondée sur le dégorgement</b> (n.f.)

<sup>2</sup> Le terme *remedy* a deux sens : d'une part, il désigne une catégorie générale ou l'objectif visé (le recours), par exemple la restitution ou la compensation, d'autre part, il désigne chacune des mesures particulières qui permettent de réaliser l'objectif (la réparation), par exemple la fiducie constructive ou les dommages-intérêts restitutoires pour effectuer la restitution. Voir la Partie II du dossier pour une explication plus détaillée de la distinction.

deterrent restitution  
remedial restitution  
substantive restitution

### ANALYSE NOTIONNELLE

Ces termes et expressions ont été inclus dans l'analyse puisque la notion *disgorgement* s'insère dans le domaine du droit de la restitution et ces termes et expressions reviennent régulièrement dans les analyses portant sur la notion *disgorgement*.

Les extraits suivants de textes anglais permettent de saisir le sens de ces notions et fournissent un contexte à leur utilisation.

Academic commentators have taken different approaches to try to reconcile the two forms of unjust enrichment – the traditional “transfer of wealth” cases and the remedial “profiting from wrong” cases – within a coherent conceptual framework. Kevin McGuinness, in C. Graham, ed., *Halsbury's Laws of Canada – Restitution*, (Toronto: LexisNexis, 2012), at p. 645, differentiates between “**substantive**” and “**remedial**” restitution. Where disgorgement of profit is sought as a *remedy* for an independent legal wrong rather than asserted as a cause of action for unjust enrichment, the three components of unjust enrichment, including the “corresponding deprivation” factor, need not be met: McGuinness, at p. 606. On the other hand, Maddaugh and McCamus view the two categories of unjust enrichment – “unearned windfall” (classic unjust enrichment) and “recovery of the profits of wrongdoing” (remedial disgorgement) – as two rationales within a single broad principle: at pp. 3-4 to 3-6. In the second category, the “corresponding deprivation” factor is satisfied because the wrongdoer’s gain was “made possible through the infliction of an injury upon or the infringement of an interest of the plaintiff” and therefore the enrichment was “at the plaintiff’s expense”: at p. 3-7. [*Apotex Inc. c. Eli Lilly and Company*, 2015 ONCA 305, au par. 52.]

\* \* \* \* \*

In awarding "**deterrent restitution**" the emphasis is placed on the injustice and inequity of permitting the defendant to keep his gains, rather than on the concept that they "belong" to the plaintiff. The forfeiture of profits acquired through the perpetration of a wrong even though they were not derived from another's property is the counterpart in the law of restitution to punitive damages in torts. Accordingly, like punitive damages, **deterrent restitution** ought generally to be confined to exceptional circumstances involving breach of fiduciary duty or conduct that is morally reprehensible. [Daniel Friedmann, « Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong » (1980) 80 *Columb. L. Rev.* 504, p. 558.]

## ÉQUIVALENTS

Dans un article de Mariève Lacroix, « Pour une reconnaissance encadrée des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain, à l’instar du modèle juridique québécois » (2007), 85 R. du Bar. can. 569, 2007 CanLIIDocs 101, à la p. 589 :

La responsabilité pénale vise à sanctionner les infractions troublant l’ordre social par l’imposition d’une peine pécuniaire ou privative de liberté. Par voie de conséquence, cette dernière recherche un effet **dissuasif** tant pour le délinquant que pour les membres de la société du fait de l’exemplarité de la sanction.

Dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 743.6(1.2) :

Par dérogation à l’article 120 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, le tribunal est tenu, sauf s’il est convaincu, compte tenu des circonstances de l’infraction et du caractère et des particularités du délinquant, que la réprobation de la société à l’égard de l’infraction commise et l’effet **dissuasif** de l’ordonnance auraient la portée voulue si la période d’inadmissibilité était déterminée conformément à cette loi, d’ordonner que le délinquant condamné à une peine d’emprisonnement d’au moins deux ans — y compris une peine d’emprisonnement à perpétuité — pour une infraction de terrorisme purge, avant d’être admissible à la libération conditionnelle totale, la moitié de sa peine jusqu’à concurrence de dix ans.

Dans la *Loi fédérale sur la responsabilité*, L.C. 2006, c. 9, art. 21.8(2) :

Pour rendre son ordonnance, il tient compte des facteurs normalement retenus par les employeurs pour la prise de sanctions disciplinaires à l’endroit des employés, notamment [...] f) l’effet **dissuasif** des sanctions disciplinaires.

Dans *Le Grand Robert*, on trouve les définitions suivantes :

**dissuasif** adj. **Rare.** Qui est propre à dissuader. **Milit.** Propre à dissuader un ennemi d’attaquer.  
– Relatif à la dissuasion.

Le CTTJ recommande « dommages-intérêts dissuasifs » pour rendre « deterrent damages ».

Les expressions « fiducie réparatoire » et « fiducie constructive de nature substantielle » ont été normalisées pour rendre respectivement *remedial trust* et *substantive constructive trust*.

À la lumière de ce qui précède, les équivalents suivants semblent opportuns et conformes au vocabulaire juridique recommandé ou normalisé.

deterrent restitution	<b>restitution dissuasive</b> (n.f.)
remedial restitution	<b>restitution réparatoire</b> (n.f.)
substantive restitution	<b>restitution de nature substantielle</b> (n.f.)

restitution for wrongful conduct  
restitution for unjust enrichment

## ANALYSE NOTIONNELLE

Les extraits suivants de textes anglais permettent de saisir le sens de ces notions et fournissent un contexte à leur utilisation.

[...] it is increasingly common to also reject the word "restitution" for cases of gain-based remedies for wrongdoing; the plaintiff is not seeking a giving back but a giving up of a gain that generally did not come from the plaintiff but from a third party. Hence, the trend toward the word "disgorgement", which even the R3RUE adopts in this context. But even those who reject this word tend to agree on the fundamental analytical distinction between restitution for wrongs, which does not depend on the cause of action in unjust enrichment, and **restitution for unjust enrichment**, which does so depend. [Lionel Smith, Book Review, American Law Institute, *Restatement of the Law Third : Restitution and Unjust Enrichment*, 2 vols (St Paul, Minn. : American Law Institute, 2011) (2012) 57 McGill L. J. 629, 636.]

\* \* \* \* \*

The respondents argue that “both the benefit conferred and deprivation (or loss) suffered was that of the direct purchasers alone” and as such, it is the direct purchasers alone who can bring a claim for **restitution for wrongful conduct**. [*Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58]

## ÉQUIVALENTS

Les trois termes utilisés dans ces expressions ont déjà été normalisés :

<i>restitution</i>	= « restitution » [contrats]
<i>unjust enrichment</i>	= « enrichissement injustifié » [contrats]
<i>wrongful conduct</i>	= « transgression » [délits]

L'emploi de la formule « fondé sur » pour lier les deux membres de l'expression s'inspire de l'entrée suivante dans *Le Grand Robert* :

**FONDER** (qqch.) **SUR** : établir (qqch.) sur une base déterminée (le point d'appui étant spécialement désigné). → **Baser**, et (au passif) 1. **reposer**. *Fonder son pouvoir sur la force. La famille romaine était fondée sur la puissance paternelle. « Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Fonder la société sur un devoir. [...] Au p.p. Église fondée sur l'autorité divine. Institutions fondées sur la centralisation.*

◦ [...] *Fonder une démonstration, des concepts sur l'expérience, une morale sur un principe. Fonder un raisonnement sur l'analogie. – Au p.p. Récit, histoire fondés sur des documents.*

On trouve parfois le tour « basé sur ». Le site de l'Académie française fait toutefois le commentaire suivant à cet égard, dans la chronique *Dire, ne pas dire* <http://academie-francaise.fr/base-sur> :

L'emploi du verbe *Baser* a fait l'objet de longs débats. Littré le considérait comme un néologisme inutile. Royer-Collard, homme politique et professeur de philosophie, combattit vigoureusement son introduction dans le *Dictionnaire de l'Académie française* par ces mots : « S'il entre, je sors ! » On s'accorde aujourd'hui pour employer *Baser sur* dans le domaine militaire et l'y réserver : *Des troupes ont été basées sur la frontière*. On évitera donc l'emploi figuré, transposition de l'anglais *based on*, qui s'est abusivement répandu, et on lui préférera des synonymes comme *Fonder*, *Établir* ou *Asseoir*.

En combinant les termes, on obtient les équivalents suivants :

restitution for wrongful conduct	<b>restitution fondée sur une transgression</b> (n.f.)
restitution for unjust enrichment	<b>restitution fondée sur l'enrichissement injustifié</b> (n.f.)
	NOTA Il importe d'utiliser l'article défini pour souligner qu'il s'agit de la cause d'action pour enrichissement injustifié et non de l'enrichissement injustifié dans un sens général.

*autonomous unjust enrichment*

*subtractive unjust enrichment*

*unjust enrichment simpliciter*

*wrongful unjust enrichment*

## ANALYSE NOTIONNELLE

L'expression *autonomous unjust enrichment* désigne la cause d'action pour enrichissement injustifié, qui repose sur les trois critères établis par la Cour suprême du Canada dans *Garland c. Consumers' Gas Co.*

It is now generally agreed that there is a fundamental division between **autonomous unjust enrichment** . . . and restitution for wrongs (or, as it is sometimes called, “unjust enrichment by wrongdoing”). In contrast to a claim for **autonomous unjust enrichment**, which is based on the cause of action in unjust enrichment, a claim for restitution for wrongs is based on an underlying civil wrong committed by the defendant against the plaintiff. For those who support the “unjust enrichment by wrongdoing” label, the gain is said to be “unjust” because it has been occasioned by the wrong. [Smith, Chambers and McInnes et al., *The Law of Restitution in Canada: Cases, Notes and Materials* (Toronto: Emond Montgomery, 2004), p. 403, cité dans *321665 Alberta Ltd. c. Mobil Oil Canada Ltd.*, 2010 ABQB 522, au par. 10.]

Certains auteurs utilisent l'expression *unjust enrichment simpliciter* pour désigner cette même notion :

The principles relating to restitution and unjust enrichment (there is no universal agreement as to how these two terms should be employed) have been sub-categorized in recent years into two broad fields: (i) the restitution of benefits conferred on someone who has been unjustly enriched at the claimant's expense (restitution for unjust enrichment); and (ii) the restitution or disgorgement of benefits acquired as a result of the commission of a wrong (restitution or disgorgement for wrongdoing). [...]

The first category (which I will call “**unjust enrichment simpliciter**”) has been the traditional focus of the study of restitution and has occupied the greater part of most texts on the subject. The cause of action on which the claim is based consists of the existence of an “unjust” enrichment. It attracts the familiar three-part analysis that requires answers to the questions: (i) has the claimant conferred a benefit on the defendant? (ii) has there been a corresponding deprivation to the claimant? and (iii) is there any juristic reason which would justify retention of the benefit? [*Atlantic Lottery Corporation Inc.-Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock*, 2018 NLCA 71, aux par. 83, 85]

C'est toutefois l'expression *autonomous unjust enrichment* qui est la plus répandue.

Le terme *simpliciter* est défini de la manière suivante :

*simpliciter*, adv. Simply, absolutely, unconditionally; without any condition or consideration. [*Oxford English Dictionary*]

*simpliciter* adv. Simply; in a summary manner; directly; immediately; by its own force. [*Latin Words & Phrases for Lawyers*]

*simpliciter* adv. [Latin] 1. In a simple or summary manner; simply. 2. Absolutely; unconditionally; per se. [*Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd.]

Le terme *per se* est défini de la manière suivante dans *Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd.:

**per se**, adv. & adj. [Latin] 1. Of, in, or by itself; standing alone, without reference to additional facts. 2. As a matter of law.

Comme pour les expressions *restitution for unjust enrichment* et *restitution for wrongful conduct*, les expressions *autonomous unjust enrichment* et *wrongful unjust enrichment* désignent les deux catégories de restitution qui sont à l'origine du présent dossier.

L'expression *subtractive unjust enrichment* vise à distinguer les situations où l'enrichissement se fait aux dépens du demandeur, que ce soit dans le cadre d'une action pour enrichissement injustifié ou par suite d'une transgression, des situations où le demandeur n'a subi aucune perte. Elle désigne un enrichissement injustifié qui résulte d'un transfert de valeur du demandeur au défendeur; une valeur est « soustraite » au demandeur. À cet égard, elle s'apparente à la notion *autonomous unjust*



*enrichment* ou *unjust enrichment simpliciter*, sans y être parfaitement identique du point de vue conceptuel; c'est une autre manière de voir ou de décrire une même réalité.

As Lord Millett said, "the development of a coherent doctrine of proprietary restitution for **subtractive unjust enrichment** is impossible unless it is based on the resulting trust as traditionally understood." [Robert Chambers, « Constructive Trusts in Canada », 37 Alta. L. Rev. 173 (1999), p. 218.]

\* \* \* \* \*

Cases of **subtractive enrichments** almost invariably are considered under the rubric of "unjust enrichment"; cases of wrongful enrichments are brought into the fold by decisions like *Canadian Aero Services Ltd v. O'Malley*. [Mitchell McInnes, « The Canadian Principle of Unjust Enrichment : Comparative Insights into the Law of Restitution », 37 Alta. L. Rev. 1 (1999), p. 26.]

\* \* \* \* \*

[...] The dissolution of an intimate relationship, however, raises a much different situation. In that event, the action in unjust enrichment cannot begin to adequately articulate the plaintiff's grievance. While she may be forced by precedent to express herself through the medium of **subtractive enrichment**, she is not primarily aggrieved by the fact that she gave something to the defendant that she wants back. The gist of her complaint is much more profound. She contributed, both materially and emotionally, to an intimate relationship in the belief that it would continue indefinitely. That relationship, by its nature, ineluctably spoke to the future, not to the past. It proceeded on the premise of an enduring partnership to which both members contributed and in which each member shared. True restitution, consequently, cannot provide appropriate redress when those assumptions are disappointed. Mere restoration of the status quo ante would disregard, if not distort, the essence of the underlying relationship. What is required is a remedy that recognizes the unique bond that developed between the parties and that fulfills their associated economic expectations. [Mitchel McInnes, « The Measure of Restitution » (2002), 52 U. of T. L.J. 163, à la p. 207.]

## ÉQUIVALENTS

→ « **enrichissement injustifié soustractif** »

Le terme « soustractif » est utilisé essentiellement dans le domaine des mathématiques et de la minéralogie. Le terme est défini de la manière suivante dans *Le Grand Robert* :

**soustractif, ive** (adj.) Relatif à la soustraction; qui doit être soustrait. *Signe soustractif. Quantité soustractive.*

**soustraire** (v. tr.) *Soustraire (qqch.) à qqn : enlever, retirer (qqch.) à qqn, de manière à l'en priver et, le plus souvent, par la ruse, la fraude.*

Récemment, on a utilisé cette notion dans le contexte du bilinguisme; on l’oppose alors au « bilinguisme additif » - voir Direction des langues officielles, Justice Canada, « Lois linguistiques du Canada annotées - Lois constitutionnelles, fédérales, provinciales et territoriales », 2017 CanLIIDocs 1, au par. 368 :

Comme l'a souligné M. Landry, les écoles de langue minoritaire posent les assises d'autres institutions et d'un leadership communautaire, faisant ainsi contrepoids à l'influence de la langue de la majorité. Elles servent aussi de site principal de socialisation des enfants dans la langue et la culture françaises, et jouent un rôle essentiel pour veiller à ce que l'expérience des enfants relève du bilinguisme additif plutôt que du bilinguisme **soustractif**.

Voir aussi :

Le bilinguisme **soustractif** désigne la situation où une personne apprend la deuxième langue au détriment de la langue première, particulièrement si la langue première est minoritaire. <http://developpement-langagier.fpfcb.bc.ca/fr/bilinguisme-types-de-bilinguisme>

Dans Mark C. Power, François Larocque et Albert Nolette, « Taxonomie juridique des institutions postsecondaires offrant des programmes et des services en français à l'extérieur du Québec », (2012) Man. L. J. 36, 2012 CanLII Docs 263, à la p. 69 :

Certaines de ces institutions ont été graduellement anglicisées en l'absence d'une protection suffisante accordée au statut du français, et opèrent aujourd'hui dans un mode de bilinguisme **soustractif**. Cette catégorie inclut également certaines institutions postsecondaires de langue française qui ont récemment modifié leurs lois habilitantes afin de mieux protéger le statut juridique de la langue française.

Dans *Fédération franco-ténoise c. Procureur général du Canada*, 2006 NWTSC 20 au par. 596 :

Lorsque la vitalité ethnolinguistique du groupe minoritaire est faible, c'est la langue de l'exogroupe majoritaire qui risque de dominer les occasions de contacts langagiers ». Dans ce contexte, le bilinguisme est « **soustractif** », c'est-à-dire que l'acquisition de la langue de l'exogroupe majoritaire est liée à la perte de la langue de l'endogroupe minoritaire. [La version anglaise de la décision, qui est une traduction, utilise le terme *subtractive*.]

→ « **enrichissement injustifié en soi** »

Le terme « en soi » se trouve dans de nombreux textes législatifs. À titre d'exemples :

- Dans *Règlement ratifiant l'entente entre le ministre de la justice et le barreau du Québec intervenue le 14 décembre 2000 sur les conditions d'exercice, la procédure de règlement des différends et le tarif des honoraires des avocats dans le cadre du régime d'aide juridique*, 2001 GOQ 2, 3039 et 3651, art. T54 :

[...] La contestation du droit à l'expropriation est une instance **en soi**. [...]

- Dans *Règlement sur l'immatriculation des véhicules routiers*, RLRQ c. C-24.2, r. 29, art. 2:

«essieu amovible» : un essieu ou un ensemble d'essieux supplémentaires ajouté aux essieux déjà fixés à un véhicule automobile ou une remorque, ou qui sert à transformer pour un temps en véhicule routier un objet qui n'est pas un véhicule routier **en soi**;

On constate aussi son utilisation dans de nombreuses décisions de la Cour suprême du Canada :

- Dans *La Reine c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 RCS 205,

(p. 219) Les avis sont toutefois partagés quant à l'effet de cette assimilation: certains prétendent que le manquement à une obligation légale peut constituer de la négligence **en soi**, tandis que d'autres affirment qu'il peut n'être qu'une preuve de négligence.

(p. 227) La notion d'un délit civil spécial de violation d'une obligation légale qui donnerait droit à des dommages-intérêts sur simple preuve d'une violation et d'un préjudice, doit être rejetée, comme doit l'être également le point de vue selon lequel une violation sans excuse valable constitue de la négligence **en soi** et emporte responsabilité absolue.

*Termium Plus* propose « en soi » (loc. adv.) pour rendre *per se* et *simpliciter*.

On trouve aussi les définitions suivantes :

**EN SOI** : de, par sa nature, abstraction faite de toute autre chose [...] *Une fin en soi. Philos. (scolast.).* [...] En réalité, conformément à l'entendement pur et indépendamment de l'apparence. [*Le Grand Robert*]

**en soi** Ce qui caractérise la substance dont la qualité est d'exister en elle-même. [*Trésor de la langue française informatisé*]

**en soi** De par sa nature. [*Multidictionnaire de la langue française*]

La locution « en soi » semblerait donc convenir pour rendre à la fois *autonomous* et *simpliciter*.

→ « **enrichissement injustifié transgressif** »

Un certain nombre de tours viennent à l'esprit pour rendre la notion *wrongful unjust enrichment* :

« enrichissement injustifié transgressif »

« enrichissement injustifié résultant de transgressions / d'une transgression »

« enrichissement injustifié par suite de transgressions / d'une transgression »

- « **transgressif** »

Le qualificatif « transgressif » et le verbe « transgresser » sont définis de la manière suivante dans *Le Grand Robert* :

**transgressif** adj. Qui transgresse. *Acte transgressif.*

**transgresser** v.tr. Passer par-dessus (un ordre, une obligation, une loi). → Contrevenir (à), désobéir (a), violer.

Le qualificatif « transgressif » est recommandé par le CTTJ pour rendre *wrongful*, et il a été normalisé par PAJLO dans des expressions comme « conduite transgressive » (*wrongful conduct*). On constate aussi son utilisation dans de nombreuses décisions de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick - « complot transgressif », « moyen transgressif », « actes transgressifs », « comportement transgressif », et dans des décisions des tribunaux du Québec – « comportement transgressif », « antécédents transgressifs ».

La question à cet égard est de savoir si « transgressif » sert uniquement à qualifier la cause, c'est-à-dire un acte, un geste, un comportement, ou s'il peut également qualifier le résultat, par exemple un enrichissement injustifié. Dans le *Trésor de la langue française informatisé*, on trouve une définition qui comprend les deux aspects – « Qui correspond à, résulte d'une transgression. »; cette définition s'applique, cependant, au domaine géologique.

L'avantage de l'expression « enrichissement injustifié transgressif » est d'être distinctive et d'offrir une certaine symétrie avec « enrichissement injustifié soustractif ».

- **« résultant de »**

L'expression « résultant de » semble convenir, l'enrichissement injustifié étant effectivement le résultat d'une transgression.

**résulter**, v. intr. Être produit par une cause; être le résultat (de qqch.) ou apparaître comme tel par une opération logique. [*Le Grand Robert*]

L'expression « découlant de » pourrait également convenir :

**découler**, v. intr. **Cour.** S'ensuivre par développement naturel. *Conséquences, effets qui découlent d'une cause, d'un principe. Les résultats qui en découlent ...* [*Le Grand Robert*]

Bien que ces deux expressions puissent convenir, elles ne présentent pas les mêmes avantages que le tour « enrichissement injustifié transgressif », notamment la symétrie avec le terme « enrichissement injustifié soustractif ».

- « par suite de »

L'expression « par suite de » est définie de la manière suivante dans *Le Grand Robert* :

**PAR SUITE DE** : à cause de, en conséquence de.

Cette expression semble toutefois être utilisée le plus souvent à la suite d'un verbe, dans des formules comme les suivantes : « constater, par suite de ses recherches », « déduire, par suite de l'application de ... », « se sentir lésé par suite de ... », « annuler par suite de ... », « faire l'objet d'une sanction par suite de ... ».

À la lumière de ce qui précède, le tour « enrichissement injustifié transgressif » est à privilégier.

autonomous unjust enrichment; unjust enrichment <i>simpliciter</i>	<b>enrichissement injustifié en soi</b> (n.m.)
subtractive unjust enrichment	<b>enrichissement injustifié soustractif</b> (n.m.)
wrongful unjust enrichment	<b>enrichissement injustifié transgressif</b> (n.m.); <b>enrichissement injustifié résultant d'une transgression</b> (n.m.); <b>enrichissement injustifié résultant de transgressions</b> (n.m.)

*gain-based remedy*

*gain-based damages*

*loss-based damages*

## ANALYSE NOTIONNELLE

Les extraits suivants de textes anglais permettent de saisir le sens de ces notions et fournissent un contexte à leur utilisation.

There is a tendency to conflate restitution and disgorgement on the basis that they are both '**gain-based**' remedies. That view must be rejected, in part because it suggests that both measures of relief can be triggered by the action in unjust enrichment. [Mitchell McInnes, « The Measure of Restitution » (2002) 52 U.T. L.J. 163, p. 185.]

\* \* \* \* \*

**Gain-based remedies** “are, in any context, a striking form of redress insofar as they represent a departure from the norm of **loss-based or compensatory relief**” [P. B. Miller, « Justifying Fiduciary Remedies » (2013) 63 U.T.L.J. 570, aux p. 570-71].

## ÉQUIVALENTS

→ « réparation fondée sur les gains réalisés »

Le tour « fondé sur » a été utilisé dans des décisions de la Cour suprême du Canada :

Les **réparations qui sont fondées sur les gains réalisés** [TRADUCTION] « sont, peu importe la situation, une forme radicale de réparation en ce sens qu'elles dérogent à la norme, à savoir l'octroi d'une indemnisation compensatoire ou fondée sur une perte » : P. B. Miller, « Justifying Fiduciary Remedies » (2013) 63 U.T.L.J. 570, p. 570-571. [*Wilson c. Alharayeri*, [2017] 1 RCS 1037, 2017 CSC 39, au par. 45.]

Ce tour présente une certaine symétrie avec les tours « restitution fondée sur l'enrichissement injustifié » et « restitution fondée sur une transgression » recommandés ci-dessus. Dans les deux cas, on parle d'une mesure réparatoire qui est quantifiée sur le fondement d'un enrichissement injustifié, d'un gain ou d'une perte, selon le cas.

gain-based remedy <sup>3</sup> [1]	<b>recours fondé sur les gains réalisés</b> (n.m.)
gain-based remedy [2]	<b>réparation fondée sur les gains réalisés</b> (n.f.)
gain-based damages	<b>dommages-intérêts fondés sur les gains réalisés</b> (n.m.)
loss-based damages	<b>dommages-intérêts fondés sur une perte</b> (n.m.)

*giving back*

*giving up*

### ANALYSE NOTIONNELLE

Les extraits suivants de textes anglais permettent de saisir le sens de ces notions et fournissent un contexte à leur utilisation.

[...] while the response of **giving back** which is activated by the cause of action in unjust enrichment can be properly called « restitution », it seems better to use a different word, « disgorgement », to describe the response of **giving up** which may be activated by profitable wrongdoing. [*Waters' Law of Trusts in Canada*, 4<sup>e</sup> éd., p. 491.]

\* \* \* \* \*

[...] it is increasingly common to also reject the word "restitution" for cases of gain-based remedies for wrongdoing; the plaintiff is not seeking a **giving back** but a **giving up** of a gain that generally did not come from the plaintiff but from a third party. [Lionel Smith, Book Review, American Law

---

<sup>3</sup> Voir la note 2 ci-dessus pour des commentaires sur les deux sens du terme *remedy*.

Institute, *Restatement of the Law Third : Restitution and Unjust Enrichment*, 2 vols (St Paul, Minn. : American Law Institute, 2011) (2012) 57 McGill L. J. 629, 636.]

\* \* \* \* \*

[...] As was succinctly articulated by La Forest J. in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, 1989 CanLII 34 (SCC), [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 669-70: When one talks of restitution, one normally talks of **giving back** to someone something that has been taken from them (a restitutionary proprietary award), or its equivalent value (a personal restitutionary award). As the Court of Appeal noted in this case, [the respondent] never in fact owned the [disputed] property, and so it cannot be “**given back**” to them. [*Moore c. Sweet*, 2018 CSC 52, au par. 44]

Outre ces descriptions contextuelles, la définition du terme *restitution* permet de conclure que le terme *giving back* est associé à la notion *restitution*, et la définition du terme *give up* permet de conclure que le terme *giving up* est plutôt associé à la notion *disgorgement* :

**restitution** The action of restoring or **giving back** something to its proper owner [...]. [*Oxford English Dictionary*]

**to give up** (tr. v.) To resign, surrender; to hand over, part with. [*Oxford English Dictionary*]

## ÉQUIVALENTS

→ « **remettre** », « **remise** »  
« **restituer** », « **restitution** »

Plusieurs termes pourraient servir, dans la langue courante, à rendre la notion *giving back*, notamment « restituer », « rétrocéder », « remettre », « rendre », « retourner ».

Le terme « rétrocéder » est à éviter, car il est trop limitatif et laisse entendre qu’il y a eu une cession au départ. En outre, la notion *giving back* s’applique non seulement à des biens qui appartenaient auparavant au demandeur mais aussi aux profits réalisés par le défendeur à partir de ces biens ainsi qu’à la valeur accumulée des biens.

La Cour suprême du Canada a utilisé le verbe « rendre » dans *Moore c. Sweet*, 2018 CSC 52, au par. 44 :

[...] Tel que l’a énoncé succinctement le juge La Forest dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, 1989 CanLII 34 (CSC), [1989] 2 R.C.S. 574, p. 669-670 : Lorsqu’on parle de restitution, on parle généralement de **rendre à** autrui ce qu’on lui a pris (restitution du bien) ou l’équivalent de sa valeur (indemnisation). Comme l’a souligné la Cour d’appel en l’espèce, [l’intimée] n’ayant en fait jamais été propriétaire du bien-fonds [en cause], celui-ci ne peut lui être « **rendu** ». [...]

Le verbe « rendre » a le sens voulu et ne semble pas présenter les mêmes problèmes que certaines des autres options. Il ne semble toutefois pas avoir une forme substantive qui permettrait de rendre *giving back*, ce qui obligerait à adopter des tours utilisant le verbe pour rendre la notion voulue.

Les termes « remettre » et « remise » sont utilisés dans le *Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25, art. 137 et 138 :

138. Sur demande d'une personne qui prétend y avoir droit, un juge ordonne de lui **remettre** la chose saisie ou le produit de sa vente s'il est convaincu que cette personne y a droit, que la **remise** n'empêchera pas que justice soit rendue et que la rétention ou la confiscation n'est pas requise en vertu des articles 135, 136 ou 137.

137. Lorsque l'illégalité de la possession empêche la **remise** de la chose saisie ou du produit de sa vente au saisi ou à une personne qui prétend y avoir droit, le juge en ordonne la confiscation sur demande du saisissant ou du poursuivant; si l'illégalité de la possession n'est pas établie, le juge désigne la personne à qui la chose ou le produit peut alors être **remis**.

Bien que ces termes ne soient pas sans équivoque et ne rendent pas nécessairement dans toutes les circonstances la notion de remettre à une personne un bien qui lui appartenait auparavant ou qui a été acquis à ses dépens, on y trouve une forme substantive, soit « remise ».

Les termes « restituer » et « restitution » pourraient être utilisés dans certains contextes où ils ne seraient pas juxtaposés à la notion *restitution* proprement dite (voir les contextes dans la section « Analyse notionnelle »).

→ « **se dessaisir** », « **dessaisissement** »

Le verbe pronominal « se dessaisir » et le substantif « dessaisissement » rendent bien la notion *giving up*. Ils se conjuguent en outre bien avec les notions « acquérir » et « acquisition » : le défendeur doit « se dessaisir » de biens qu'il a « acquis » de façon illicite.

**se dessaisir** v. pron. Se déposséder volontairement. *Se dessaisir d'une lettre, d'un gage, d'un titre.* → **Abandonner, céder, délaisser, démunir (se), déposséder (se), donner, remettre, renoncer (à).** [*Le Grand Robert*]

**dessaisissement** n.m. **Dr.** Action de dessaisir, de se dessaisir. [*Le Grand Robert*]

D'autres termes ont été considérés, notamment « abandonnement », « renonciation » et « délaissement » :

**abandonnement** n.m. **Vieilli.** Action d'abandonner (qqch.); cession de (qqch.). *Abandonnement de biens.* [*Le Grand Robert*]

**abandonner** v. tr. Ne plus vouloir de (un bien, un droit). → **Dessaisir (se), renoncer (à).** [*Le Grand Robert*]



**renonciation** n.f. **Dr.** Le fait de renoncer (à un droit, à une charge); acte par lequel on renonce. → **Abandon, délaissement.** [*Le Grand Robert*]

**renoncer** à v. (tr. ind.) Abandonner volontairement ce qu'on a ... → **Abandonner, défaire** (se), **départir** (se), **dépouiller** (se), **dessaisir** (se). [*Le Grand Robert*]

**délaissement** n.m. **Dr.** Abandon (d'un bien, d'un droit). → **Cession, déguerpissement, renonciation.** *Le délaissement d'un héritage. Le délaissement d'une terre hypothéquée.* [*Le Grand Robert*]

**délaisser** v. tr. **Dr.** Renoncer à la possession de (une chose). → **Renoncer.** *Délaisser un héritage.* [*Le Grand Robert*]

Ces options ont toutefois été écartées pour les motifs suivants :

- le terme « abandonnement » semble avoir un sens particulier en droit civil (voir Cornu, *Vocabulaire juridique*);
- le terme « renonciation » semble évoquer plutôt une démarche intellectuelle qu'une démarche physique ou matérielle;
- le terme « délaissement » semble être utilisé surtout dans le contexte de l'assurance maritime - *Code civil du Québec*, art. 2587-2595. Voir aussi Cornu, *Vocabulaire juridique* : « [...] fait pour le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué poursuivi par le créancier hypothécaire qui exerce le droit de suite, d'abandonner la possession de cet immeuble afin de n'être pas défendeur à la procédure de saisie [...] ».

giving back	<b>remise</b> (n.f.);
giving up	<b>dessaisissement</b> (n.m.)

*quasi-punitive remedy*

*quasi-punitive restitutionary remedy*

*quasi-punitive damages*

*quasi-punitive restitutionary damages*

*restitutionary damages*

*restitutionary remedy*

*true restitutionary damages*

*true restitutionary remedy*

## ANALYSE NOTIONNELLE

Les extraits suivants de textes anglais permettent de saisir le sens de ces notions et fournissent un contexte à leur utilisation.

One can identify three options in such a case: **quasi-punitive damages**, representing the defendant's actual quantifiable profit; compensatory damages, representing the plaintiff's actual loss, i.e. what he would have made with undisturbed possession; and **true restitutionary damages**, representing in some sense the value of the property in the defendant's hands irrespective of what quantifiable profit he made from it. [Peter Jaffey, « Restitutionary Damages and Disgorgement » (1995), 3 RLR 30, p. 43.]

\* \* \* \* \*

A **restitutionary remedy** based on the plaintiff's superior right to a benefit that the defendant has received from a wrong to the plaintiff will be referred to (where distinction is necessary) as a "**true restitutionary remedy**", by contrast to a "**quasi-punitive restitutionary remedy**", or "disgorgement", meaning a remedy imposed for the purpose of depriving the defendant of the benefit of his wrong. It is necessary to distinguish between the two because, by virtue of the difference in their rationales, they may be available in different circumstances, subject to different conditions, and measured in different ways. [Peter Jaffey, « Restitutionary Damages and Disgorgement », p. 32.]

\* \* \* \* \*

It seems difficult to dispute the desirability of giving effect, by the award of **quasi-punitive restitutionary damages**, to the simple principle that a defendant who has committed a deliberate wrong from which he profits financially should not be allowed to keep the profit. [Peter Jaffey, « Restitutionary Damages and Disgorgement », p. 48.]

\* \* \* \* \*

Whatever the position may be for a **true restitutionary remedy**, it is difficult to see why there should ever be a proprietary claim in respect of the defendant's profits based on a **quasi-punitive remedy**. The purpose of the remedy is to deprive the defendant of his profits, not to secure an interest of the plaintiff. [Peter Jaffey, « Restitutionary Damages and Disgorgement », p. 44.]

→ *remedy*

L'extrait ci-après d'un article du professeur Lionel Smith permet de constater que le terme *remedy* a deux sens :

[...] each response [to a cause of action] can be implemented in different ways, which I will call "**remedies**". Punishment can be effected by the remedies of fine, probation, imprisonment, or even death. **Compensation** can be achieved through the remedies of money award, specific

performance, and injunction. **Restitution** can be implemented by money award or declaration of constructive trust, by an accounting of profits," and possibly by even more exotic mechanisms.

It is because there are different ways of achieving each response that we must view them as existing at a higher level of generality than the remedies. In other words, it is not helpful to talk of the "remedy of restitution" if we also talk about "the remedy of constructive trust" (or "the remedial constructive trust") and "the remedy of an accounting of profits". The reason is that talking in this way implies that restitution, constructive trust and accounting of profits are all on the same level of generality; but they are not: constructive trust and accounting of profits are two of several ways of achieving the response of restitution. We could call them "restitutionary remedies" as a shorthand for "remedies which can effect the response of restitution". But this is potentially misleading, because different responses may be attained through similar remedies: for example, both compensation and restitution may be achieved via a money award. Hence, a money award can be a "**restitutionary remedy**", but a money award (an award of damages) can also be a "**compensatory remedy**". [Lionel Smith, « The Province of the Law of Restitution », p. 682.]

\* \* \* \* \*

[...] the rationale may usefully be described as "**quasi-punitive**", an expression used in the LCCP No. 132, and the **remedy** as **quasi-punitive restitutionary damages, or disgorgement damages**. [Peter Jaffey, « Restitutionary Damages and Disgorgement », p. 38.]

On trouve des distinctions analogues dans *The Oxford Companion to Law*, sous l'entrée *remedies* :

[...] A remedy is accordingly a right to redress or relief which will, so far as possible, rectify the consequences of a breach of duty by another party to a legal relationship. In a particular legal system civil remedies may be distinguished according to subject matter, and the courts which award them into admiralty, common law, equitable, matrimonial, and other remedies. Particular remedies include divorce, payment of debt, injunction, specific performance and, most commonly, pecuniary damages.

Selon cette analyse, le terme *remedy* désignerait, d'une part, une catégorie générale ou l'objectif visé, par exemple la restitution ou la compensation, d'autre part, chacune des mesures particulières qui permettent de réaliser l'objectif, par exemple la fiducie constructive ou les dommages-intérêts restitutoires pour effectuer la restitution. La première acception correspondrait vraisemblablement à la notion « action en justice ».

Dans le contexte de la notion *disgorgement*, **disgorgement remedy** désignerait l'objectif visé, et cet objectif peut être réalisé par des « mesures réparatoires » comprenant notamment **disgorgement of profits** et **disgorgement damages**; le premier vise les profits effectivement réalisés (essentiellement une réparation propriétaire) et serait effectué par l'imposition d'une fiducie constructive, alors que le second vise plutôt les sommes qu'un tribunal peut fixer en fonction de facteurs atténuants ou aggravants (une mesure essentiellement pécuniaire).

## ÉQUIVALENTS

→ « recours », « réparation »

Le CTTJ recommande « recours » et « réparation » pour rendre *remedy*, selon qu'il s'agit, respectivement, de l'objectif visé ou de la mesure permettant de réaliser l'objectif. [voir *Juriterm*]

Dans *La common law de A à Z*, on définit ces deux termes comme suit :

<b>recours</b>	Moyen par lequel le respect d'un droit est assuré ou sa violation empêchée, corrigée ou compensée.
<b>réparation</b>	<b>Syn.</b> Mesure de réparation. <b>V.</b> mesure.
<b>mesure</b>	Moyen utilisé par une autorité ou un tribunal afin d'obtenir un résultat déterminé. <b>Obs.</b> La mesure fait le plus souvent l'objet d'une ordonnance de l'organe qui la prononce. [...] <b>Cat.</b> La mesure peut être réparatoire – on peut aussi parler alors de réparation ( <i>redress, relief</i> ) – lorsqu'elle tend à compenser un préjudice subi.

Dans *Vocabulaire juridique*, de Cornu, on définit ces deux termes de la manière suivante :

<b>recours</b>	1 En un sens vague et général, tout droit de critique ouvert contre un acte, quelles que soient la nature de cet acte (décision administrative ou juridictionnelle, etc.) et la qualité de l'autorité de recours (juridiction ou autorité administrative, etc.).
<b>recours</b>	2 Souvent pris comme syn. de voies de recours; englobe, en ce sens, toutes les voies de recours ou l'ensemble de ces voies à l'exception du pourvoi en cassation.
<b>voie de recours</b>	Moyen juridictionnel tendant à la réformation, la rétractation ou la cassation d'une décision de justice; désigne l'institution du recours (appel, opposition, tierce opposition, recours en révision, pourvoi en cassation) ou la procédure empruntée lorsque le recours est exercé.
<b>réparation</b>	1 Indemnisation. A (priv.) Dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement (d'où l'expression réparation civile ou responsabilité civile par opp. à responsabilité pénale); rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit; désigne aussi bien l'action de réparer que le mode de réparation.

Le terme « recours » est utilisé dans son sens général dans le *Code civil du Québec* : on parle notamment de « recours des créanciers » (art. 815-822), « recours personnel » (art. 818), « recours en dommages-intérêts » (art. 1397).

À la lumière de ce qui précède, les termes « recours » et « réparation » (ou « mesure réparatoire ») semblent aptes à rendre les sens voulus. Dans le tableau ci-après, *remedy* sera rendu par « recours » lorsqu'il désigne l'objectif visé par la mesure réparatoire, et par « réparation » ou « mesure

réparatoire » lorsqu'il désigne une mesure particulière imposée par un tribunal. Ce sera aux rédacteurs de déterminer le terme qui convient dans le contexte particulier.

→ « **recours restitutoire** »; « **recours en restitution** »  
« **réparation restitutoire** », « **réparation visant (à) la restitution** »

Deux options ont été considérées pour rendre *restitutionary remedy* :

- recours restitutoire / réparation restitutoire
- recours en restitution / réparation visant (à) la restitution

### « recours en restitution »

L'expression « recours en restitution » a été utilisée par la Cour suprême du Canada pour rendre la notion *action for restitution* :

[...] Seule cette opération ferait apparaître une créance liquide et exigible, dont la naissance déclencherait le cours de la prescription d'un **recours en restitution**, avec les problèmes sous-jacents que j'ai évoqués plus haut. [*Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 RCS 65, 2009 CSC 43, au par. 39]

et pour rendre la notion *disgorgement remedy* :

[...] La Cour d'appel a conclu que cette décision tenait d'une mauvaise interprétation du **recours en restitution** fondé sur l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle a conclu qu'un défendeur ne peut être condamné à restituer que les profits qu'il a réalisés, et non les profits touchés par les autres défendeurs avec lesquels il a participé à la contrefaçon. [*Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 RCS 1168, 2013 CSC 73, au par. 85]

La notion « recours en restitution » semble être une notion reconnue en droit civil, visant notamment la procédure prévue à l'article 138 du *Code de procédure pénale* :

Les intimés ont présenté un **recours en restitution** des biens saisis selon l'article 138 du Code de procédure pénale. [*Québec (Procureur général) c. Izzo*, 2004 CanLII 76729 (QC CA), par. 1]

On trouve aussi cette expression dans plusieurs lois ontariennes, où elle rend *remedy in restitution* - *Loi de 2018 sur la responsabilisation de Hydro One*, L.O. 2018, c. 10, Ann 1, art. 6(2); *Loi sur l'aménagement du territoire*, L.R.O. 1990, c. P.13, art. 70.9(7).

- **tour « recours en ... »**

Dans Cornu, *Vocabulaire juridique*, on trouve les tours suivants, sous la rubrique « recours » : « recours en annulation », « recours en appréciation de validité », « recours en interprétation », « recours en garantie », « recours en cassation », « recours en grâce ».

Dans *Juriterm*, on constate les tours suivants : « recours en equity » (*equitable remedy*), « recours en injonction » (*proceeding for injunctive relief*), « recours en révision judiciaire » (*proceeding for judicial review*). On constate également les tours suivants : « recours contractuel » (*contractual remedy*), « recours interlocutoire » (*provisional remedy*). Le tour « recours délictuel » (*tort remedy*) a été normalisé.

Dans les décisions de la Cour suprême du Canada, on constate les tours suivants :

« recours en dommages-intérêts » - *damages remedy*  
[*Thibodeau c. Air Canada*, [2014] 3 RCS 340, 2014 CSC 67 au par. 2]

« recours en responsabilité délictuelle » - *claim in tort*  
[*BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 RCS 12]

« recours en responsabilité contractuelle » - *claim in contract*  
[*BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 RCS 12]

On constate aussi les tours suivants : « recours en révision », « recours en rescision », « recours en rectification », « recours en rétention », « recours en diffamation », « recours en responsabilité professionnelle ».

Parfois l'expression vise la cause d'action, par exemple « responsabilité délictuelle », « responsabilité contractuelle », « responsabilité professionnelle », « rétention », « diffamation ». Parfois elle vise la mesure réparatoire demandée, par exemple « dommages-intérêts », « révision », « rescision », « rectification ».

La Cour suprême du Canada utilise aussi les tours suivants : « réparation fondée sur la restitution » [*Citadelle c. Banque Lloyds*, 1997] et « réparation par restitution » [*Lac Minerals*, 1989].

### **« recours restitutoire »**

On constate aussi l'utilisation du terme « restitutoire » dans des décisions de la Cour suprême du Canada et dans des décisions de la Cour d'appel du Québec :

Telle est l'opinion de Fridman et McLeod dans leur ouvrage intitulé *Restitution*, à la p. 539 :

[TRADUCTION] . . . il ne semble faire aucun doute que le fiduciaire qui s'est délibérément servi de renseignements confidentiels pour en tirer un avantage personnel sera tenu de rendre compte de tous ses gains en plaçant les avantages tirés de l'usage des renseignements confidentiels dans une fiducie par interprétation pour le compte de la succession bénéficiaire. La **réparation restitutoire** procède naturellement de la conclusion que les renseignements eux-mêmes appartenaient au bénéficiaire et qu'aucune opération n'a eu pour effet de lui retirer ses droits sur le bien.

[*Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 RCS 574]

\* \* \* \* \*

Le fondement **restitutoire** de l'indemnisation pour manquement aux obligations du fiduciaire a été décrit dans l'arrêt *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807, à la p. 819:

[TRADUCTION] La Cour de la chancellerie ne connaissait jamais d'une action en dommages-intérêts fondée sur une conduite dolosive ou sur le manquement aux obligations du fiduciaire. Il s'agissait toujours d'une action en recouvrement d'une dette en *equity* ou en exécution d'une obligation de la nature d'une dette. L'action tendait à la restitution de l'argent ou de l'article escroqué à la partie lésée ou au recouvrement de la valeur de cet article.

Il a toujours été largement admis depuis. Comme le dit Davidson dans son article très utile « The Equitable Remedy of Compensation » (1982), 13 Melbourne U.L.Rev. 349, à la p. 351: [TRADUCTION] "la méthode de calcul [de l'indemnité] sera celle qui effectue la restitution pour la valeur de la perte subie par suite du manquement".

*Nocton v. Lord Ashburton*, précité, l'un des premiers arrêts à traiter du manquement par un avocat à une obligation fiduciaire, consistant à avoir fait une déclaration inexacte, reflète la **méthode restitutoire** de l'indemnisation en argent pour manquement à une obligation fiduciaire. [...]

[*Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 RCS 534, 1991 CanLII 52 (CSC)]

\* \* \* \* \*

[...] la citation pour outrage au tribunal ne constitue pas une "réparation" au sens de l'article 24 de la Charte canadienne des droits. Une telle citation ne comporte nullement le caractère "**restitutoire** » ou "compensatoire" que doctrine et jurisprudence attachent au recours fondé sur l'article 24. La logique exige d'ailleurs cette conclusion car si les appelants, par exemple, devaient être acquittés au mérite sur les accusations d'outrage au tribunal, la "réparation" pourtant jugée nécessaire par le premier juge disparaîtrait ipso facto. La "réparation" ordonnée par le juge saisi d'une demande en vertu de l'article 24 ne saurait en être une, dans mon opinion, qui serait conditionnelle à ce qu'un autre juge vienne à la conclusion qu'il y a eu effectivement outrage au tribunal. [*R. c. Latulippe*, 1991 CanLII 3110 (QC CA)]

\* \* \* \* \*

Avant de clore cette partie de l'opinion, un mot sur l'arrêt *R. c. Latulippe*. Dans cette affaire, la Cour avait précisé que la réparation de l'article 24(1) devait être de nature **restitutoire** ou compensatoire, ce qui excluait le remède uniquement punitif. Or, comme le dommage exemplaire est de nature punitive, on pourrait penser que la Cour l'avait exclu. [*Québec (Procureur Général du) c. Boisclair*, 2001 CanLII 20655 (QC CA), par. 19]

Dans les lois du Manitoba, on constate l'utilisation de l'expression "ordonnance restitutoire"

*Loi sur les conflits d'intérêts au sein de l'Assemblée législative et du Conseil exécutif, CPLM c. L112, art. 22, 29 – pour rendre order of restitution.*

*Loi sur les conflits d'intérêts au sein des conseils municipaux, CPLM c. M255, art. 24, 25 – pour rendre order of restitution.*

*Loi sur les écoles publiques, CPLM c. P250, art. 39.7(9), (11), (12) – pour rendre order of restitution.*

Le terme « restitutoire » est défini de la manière suivante dans *Le Grand Robert* :

**restitutoire** adj. **Dr.** Qui est relatif à une restitution, qui ordonne une restitution. *Décision, jugement restitutoire.*

Même si des expressions telles que « recours en restitution », « recours fondé sur la restitution », « réparation visant la restitution », « réparation fondée sur la restitution » rendent bien le sens voulu, le qualificatif « restitutoire » a l'avantage, d'une part, d'être concis, d'autre part, d'assurer une symétrie avec des expressions telles que « dommages-intérêts compensatoires ». Elle évite aussi les tournures lourdes que pourraient présenter les autres options lorsqu'il s'agira de rendre des notions telles que *true restitutionary damages* et *true restitutionary remedy* (voir ci-après).

On trouve en outre de nombreux exemples du tour « recours compensatoire » dans la jurisprudence :

Ainsi le **recours compensatoire** est aussi voué à l'échec. [*Carle c. Ville de Gatineau*, 2018 QCCS 2552, au par. 42]

\* \* \* \* \*

Ainsi, la demanderesse, ayant opté pour un recours en diminution de prix, ne pourrait pas, suivant l'article 1407, y joindre un autre mode de **recours compensatoire** destiné pour l'indemniser pour d'autres dommages qu'elle aurait subis. [*Kinsway Financial Services inc. c. 118997 Canada inc.*, 1998 CanLII 12023 (QC CS), au par. 25.]

\* \* \* \* \*

Il n'est sans doute pas très difficile de reconstituer une perte de cette nature, comme le laisse entendre la lettre du 12 juin 2003 (I-7), transmise par les demanderesses aux défendeurs. Dans cette mise en demeure, on fait référence à la clientèle sous forme de nombre de dossiers patients précis auxquels on accorde une valeur déterminée de 35 \$ chacun. Cela laisse entendre que les demanderesses pourraient facilement mesurer l'ampleur de leur dommage dans le cadre d'un **recours compensatoire** en ayant accès aux dossiers de leurs concurrents, avec le concours du Syndic de leur Ordre, au besoin, pour respecter le critère de la confidentialité. [*Groupe Serge Landry audioprothésistes Enr c. Laliberté*, 2004 CanLII 11413 (QC CS), au par. 36.]



## « réparation visant (à) la restitution »

Le tour « réparation visant » (dans un sens juridique) semble, dans la jurisprudence, prendre le plus souvent la forme transitive indirecte suivie d'un infinitif, par exemple :

« réparation visant à corriger la destruction délibérée de document »  
[*R. c. Carosella*, [1997] 1 RCS 80]

“réparations visant à prévenir des contraventions à la Charte”  
[*États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 RCS 532, 2001 CSC 18]

« réparation visant à empêcher la perpétuation ou l'aggravation d'un abus »  
[*R. c. J.(R.)*, 2002 CanLII 41278 (QC CA)]

On trouve toutefois (dans CanLII) quelques occurrences de tours comme les suivants :

« réparation visant le prononcé d'un jugement déclaratoire »  
[*Ravndahl c. Saskatchewan*, [2009] 1 RCS 181, 2009 CSC 7]

« la réparation vise deux objectifs: le remboursement du salaire perdu ...; la réintégration ... »  
[*Immeubles Bona ltée c. Labelle*, 1995 CanLII 5351 (QC CA)]

Dans *Le Grand Robert*, c'est la forme transitive indirecte « viser à », et non la forme transitive « viser », qui semble se rapprocher le plus du sens voulu :

**viser à** Avoir en vue (une fin, un résultat), tendre à.

Dans le *Dictionnaire de l'Académie française*, on trouve d'ailleurs l'entrée suivante :

**Viser** s'emploie au figuré comme verbe intransitif et signifie Avoir en vue une certaine fin, un certain résultat. *Il ne vise pas à cet emploi. Il vise plus haut. Je ne sais à quoi il vise. Cet acteur vise trop à l'effet.*

Il semblerait donc que la forme correcte soit « réparation visant à la restitution » et non « réparation visant la restitution ». L'expression « réparation restitutoire » semble toutefois à privilégier pour des raisons de concision et de symétrie.

→ **« quasi punitif »**

L'emploi de l'expression « quasi punitif » ne semble pas poser de problème.

Dans *Juriterm*, l'on constate les équivalents suivants recommandés par le CTTJ :

« fonction quasi judiciaire » - *quasi judicial function* [organisation judiciaire]  
« relation quasi fiduciaire » - *quasi-trust relationship* [fiducies]

L'équivalent « quasi fiducial » (n.) a été normalisé par PAJLO pour rendre *quasi-fiduciary* (n.) dans le domaine des fiducies.

On constate l'emploi de l'expression « quasi pénal » dans les lois de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick. On constate l'emploi de l'expression « quasi judiciaire » dans les lois du Canada, du Québec, de l'Ontario, du Manitoba, du Nouveau-Brunswick.

L'expression « quasi punitif » a été constatée dans deux décisions du Québec : dans un cas elle qualifiait le substantif « caractère »; dans l'autre cas, elle qualifiait le substantif « rôle ».

Contrairement à l'expression anglaise *quasi-punitive*, l'expression française « quasi punitif » ne prend pas de trait d'union. Le trait d'union est toutefois utilisé lorsque le terme « quasi » modifie un substantif, les deux mots liés par un trait d'union formant une sorte de nom composé – voir *Le Grand Robert*, sous la rubrique « quasi ».

- « **dommages-intérêts restitutoires véritables** »
- « **recours restitutoire véritable** »
- « **réparation restitutoire véritable** »

Le terme « véritable » a été normalisé pour rendre *true* dans des expressions comme « consentement véritable » (*true consent*), « condition suspensive véritable » (*true condition precedent*) et « propriétaire véritable » (*true owner*).

Les équivalents proposés ont été construits à partir des termes normalisés « dommages-intérêts », « recours », « réparation » et « véritable », et à partir du terme « restitutoire » proposé dans le présent dossier pour rendre *restitutionary*.

Les expressions du présent groupe illustrent les difficultés que présenterait l'adoption de tours tels que « en restitution », « visant (à) la restitution » ou « fondé sur la restitution » pour rendre *restitutionary*.

quasi-punitive remedy [1]	<b>recours quasi punitif</b> (n.m.)
quasi-punitive remedy [2]	<b>réparation quasi punitive</b> (n.f.)
quasi-punitive restitutionary remedy [1]	<b>recours restitutoire quasi punitif</b> (n.m.)
quasi-punitive restitutionary remedy [2]	<b>réparation restitutoire quasi punitive</b> (n.f.)
quasi-punitive damages	<b>dommages-intérêts quasi punitifs</b> (n.m.)
quasi-punitive restitutionary damages	<b>dommages-intérêts restitutoires quasi punitifs</b> (n.m.)
restitutionary damages	<b>dommages-intérêts restitutoires</b> (n.m.)

restitutionary remedy [1]	<b>recours restitutoire</b> (n.m.); <b>recours en restitution</b> (n.m.)
restitutionary remedy [2]	<b>réparation restitutoire</b> (n.f.)
true restitutionary damages	<b>dommages-intérêts restitutoires véritables</b> (n.m.)
true restitutionary remedy [1]	<b>recours restitutoire véritable</b> (n.m.)
true restitutionary remedy [2]	<b>réparation restitutoire véritable</b> (n.f.)

*profiting from wrong case*

*transfer of wealth case*

*wealth transfer case*

## ANALYSE NOTIONNELLE

L'extrait suivant permet de saisir le sens de ces notions et fournit un contexte à leur utilisation.

Academic commentators have taken different approaches to try to reconcile the two forms of unjust enrichment – the traditional “**transfer of wealth**” cases and the remedial “**profiting from wrong**” cases – within a coherent conceptual framework. [*Apotex Inc. c. Eli Lilly and Company*, 2015 ONCA 305, au par. 52.]

L'expression *profiting from wrong case* est associée à la notion *wrongful unjust enrichment*. Les termes *transfer of wealth case* et *wealth transfer case* sont associés à la notion *autonomous unjust enrichment*, qui requiert un enrichissement, un appauvrissement et l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement.

## ÉQUIVALENTS

→ « **affaire** »

Différents équivalents ont été utilisés dans les décisions de la Cour suprême du Canada pour rendre *case* :

- *cases in tort* a été rendu par « affaires de responsabilité délictuelle » dans *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, [2002] 2 RCS 601 au par. 35;
- *breach of contract cases* a été rendu par « affaires d'inexécution contractuelle » dans *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, [2008] 1 RCS 661 au par. 98;
- *economic loss cases* a été rendu par « cas de perte économique » dans *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 RCS 1021.

Deux équivalents ont été normalisés pour rendre *case* dans le sens large de problème ou litige soumis à la justice : « cause » et « affaire ».

- « affaire de transgression lucrative »  
« affaire de gains tirés de transgressions »

Le tour « gains tirés de » se trouve dans plusieurs lois du Canada et du Québec. Dans la *Loi de 2002 interdisant les gains tirés du récit d'actes criminels*, L.O. 2002. c. 2., il sert à rendre l'expression *profiting from*. L'expression est apte à rendre le sens voulu dans « affaire de gains tirés de transgressions ».

Le terme « lucratif » est passé dans l'usage dans des expressions comme « organisme sans but lucratif » (*non-profit organization*) et semble apte à rendre le sens voulu dans l'expression « affaire de transgression lucrative ». Cette expression a l'avantage de la concision.

**lucratif** Qui procure un gain, des profits, des bénéfices. [*Le Grand Robert*]

- « affaire de transfert de richesse »

La notion *wealth transfer* est habituellement rendue par « transfert de richesse » : voir, par exemple, *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, [2015] 1 RCS 161 au par. 95, et *Francis c. Baker*, [1999] 3 RCS 250 au par. 41. C'est aussi l'expression utilisée par l'organisme CPA (comptables professionnels agréés du Canada) <https://www.cpacanada.ca/fr/connexion-et-nouvelles/blogue/planification-financiere/le-grand-transfert>.

L'expression *transfer of wealth* a été rendue par « transfert de richesse », notamment dans *Moore c. Sweet*, 2018 CSC 52, dans *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2012 CSC 71, et dans *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, au par. 41. Il est d'ailleurs à noter que ce dernier arrêt est l'arrêt de principe en matière d'enrichissement injustifié.

On trouve quelques occurrences de « transfert de richesses » : voir, par exemple, *Sainte-Agathe-Nord (Municipalité) c. Québec (Procureur général)*, 2002 CanLII 63072 (QC CS), et *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, 2014 QCCS 3590.

Quant à savoir s'il est préférable de mettre le terme « richesse » au singulier ou au pluriel, il est à noter que l'on semble faire la distinction suivante dans *Le Grand Robert* :

richesse (n.f.) Possession de grands biens, de nombreuses valeurs; et, spécialt, abondance d'argent en la possession de qqn.

Absolt. LES RICHESSES : l'argent, les possessions matérielles. [...] *Accumuler, amasser les richesses, des richesses.*

À cet égard, l'on note que dans *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, qui est, pour le moment, l'arrêt de principe en matière de réparation pour enrichissement injustifié dans un contexte conjugal, on a utilisé l'expression « augmentation de la richesse » au singulier pour rendre *accumulation of*

*wealth*; c'est un exemple typique du genre de situation qui est visé lorsque l'on parle de *wealth transfer*.

[60] Il est facile de dégager au moins une autre catégorie d'enrichissement injustifié, soit celle où les contributions des deux parties ont, au fil du temps, entraîné une **accumulation de la richesse**. Il y a un enrichissement injustifié quand une partie conserve, après la rupture, une part disproportionnée des biens obtenus grâce à l'effort conjoint des deux parties. Le lien requis entre les contributions et un bien en particulier n'existe peut-être pas, de sorte qu'il est inapproprié d'accorder une réparation fondée sur le droit de propriété. Or, il peut y avoir un lien incontestable entre les efforts conjoints des parties et l'**accumulation de richesse** [...].

Par contre, ni l'une ni l'autre des décisions québécoises citées comme exemples de l'utilisation de l'expression « transfert de richesses » ne porte sur la notion d'enrichissement injustifié : la première porte sur une question de regroupement municipal; la seconde cite un extrait d'un ouvrage des professeurs Lluellas et Moore portant sur les obligations contractuelles.

Il semblerait donc plus exact d'utiliser l'expression « transfert de richesses » lorsque l'on vise le transfert de biens. L'expression *transfer of wealth* dans le contexte qui nous intéresse ici semblerait toutefois avoir un sens plus général ou philosophique, ce qui justifierait l'utilisation plus répandue du singulier.

profiting from wrong case	<b>affaire de transgression lucrative</b> (n.f.); <b>affaire de gains tirés de transgressions</b> (n.f.)
wealth transfer case; transfer of wealth case	<b>affaire de transfert de richesse</b> (n.f.)

## TABLEAU RÉCAPITULATIF

### Termes à normaliser

<b>disgorgement</b>	<b>dégorgement</b> (n.m.)  NOTA Le verbe correspondant <i>disgorge</i> peut se rendre par « dégorger » ou « rendre gorge ».
<b>disgorgement of profits</b>	<b>dégorgement de profits</b> (n.m.)
<b>disgorgement damages</b>	<b>dommages-intérêts dégorgeatoires</b> (n.m.); <b>dommages-intérêts fondés sur le dégorgement</b> (n.m.)
<b>disgorgement remedy</b> <sup>1</sup>  NOTE In a technical sense, a <i>remedy</i> is the response to a cause of action, i.e. the goal that is to be fulfilled in rectifying the consequences of a wrong, for example compensation or punishment .	<b>recours en dégorgement</b> (n.m.); <b>recours dégorgeatoire</b> (n.m.)
<b>disgorgement remedy</b> <sup>2</sup> ; <b>disgorgement relief</b>  NOTE In a broader sense, a <i>remedy</i> is the particular means by which the goal is fulfilled, for example the goal of compensation can be achieved by way of damages.	<b>réparation dégorgeatoire</b> (n.f.); <b>réparation fondée sur le dégorgement</b> (n.f.)
<b>disgorgement for wrongful conduct</b>	<b>dégorgement pour transgression</b> (n.m.)

### Termes à suggérer

<b>deterrent restitution</b>	<b>restitution dissuasive</b> (n.f.)
<b>remedial restitution</b>	<b>restitution réparatoire</b> (n.f.)
<b>substantive restitution</b>	<b>restitution de nature substantielle</b> (n.f.)

<b>restitution for wrongful conduct</b>	<b>restitution fondée sur une transgression (n.f.)</b>
<b>restitution for unjust enrichment</b>	<b>restitution fondée sur l'enrichissement injustifié (n.f.)</b>  NOTA Il importe d'utiliser l'article défini pour souligner qu'il s'agit de la cause d'action pour enrichissement injustifié et non de l'enrichissement injustifié dans un sens général.
<b>autonomous unjust enrichment; unjust enrichment simpliciter</b>	<b>enrichissement injustifié en soi (n.m.)</b>
<b>subtractive unjust enrichment</b>	<b>enrichissement injustifié soustractif (n.m.)</b>
<b>wrongful unjust enrichment</b>	<b>enrichissement injustifié transgressif (n.m.); enrichissement injustifié résultant d'une transgression (n.m.); enrichissement injustifié résultant de transgressions (n.m.)</b>
<b>gain-based remedy<sup>1</sup></b>	<b>recours fondé sur les gains réalisés (n.m.)</b>
<b>gain-based remedy<sup>2</sup></b>	<b>réparation fondée sur les gains réalisés (n.f.)</b>
<b>gain-based damages</b>	<b>dommages-intérêts fondés sur les gains réalisés (n.m.)</b>
<b>loss-based damages</b>	<b>dommages-intérêts fondés sur une perte (n.m.)</b>
<b>giving back</b>	<b>remise (n.f.)</b>
<b>giving up</b>	<b>dessaisissement (n.m.)</b>
<b>quasi-punitive remedy<sup>1</sup></b>	<b>recours quasi punitif (n.m.)</b>
<b>quasi-punitive remedy<sup>2</sup></b>	<b>réparation quasi punitive (n.f.)</b>
<b>quasi-punitive restitutionary remedy<sup>1</sup></b>	<b>recours restitutoire quasi punitif (n.m.)</b>
<b>quasi-punitive restitutionary remedy<sup>2</sup></b>	<b>réparation restitutoire quasi punitive (n.f.)</b>
<b>quasi-punitive damages</b>	<b>dommages-intérêts quasi punitifs (n.m.)</b>
<b>quasi-punitive restitutionary damages</b>	<b>dommages-intérêts restitutoires quasi punitifs (n.m.)</b>
<b>restitutionary damages</b>	<b>dommages-intérêts restitutoires (n.m.)</b>
<b>restitutionary remedy<sup>1</sup></b>	<b>recours en restitution (n.m.); recours restitutoire (n.m.)</b>
<b>restitutionary remedy<sup>2</sup></b>	<b>réparation restitutoire (n.f.)</b>

<b>true restitutionary damages</b>	<b>dommages-intérêts restitutoires véritables (n.m.)</b>
<b>true restitutionary remedy<sup>1</sup></b>	<b>recours restitutoire véritable (n.m.)</b>
<b>true restitutionary remedy<sup>2</sup></b>	<b>réparation restitutoire véritable (n.f.)</b>
<b>profiting from wrong case</b>	<b>affaire de transgression lucrative (n.f.); affaire de gains tirés de transgressions (n.f.)</b>
<b>wealth transfer case; transfer of wealth case</b>	<b>affaire de transfert de richesse (n.f.)</b>