

S-4 : UN PREMIER PROJET DE LOI D'HARMONISATION

Par Marie-Noëlle Pourbaix¹,
conseillère juridique,
Section du Code civil,
ministère de la Justice du Canada

Le bijuridisme canadien et l'harmonisation des lois fédérales avec le droit civil du Québec ont déjà fait couler beaucoup d'encre. Les mérites de la dualité juridique canadienne ont été loués, avec raison, au cours de nombreux événements et dans plusieurs textes. Le but du présent texte n'est pas de reprendre ces propos ni de faire un nouvel exposé sur les origines et les avantages du bijuridisme mais plutôt de nous attarder à l'un des résultats concrets de la mise en œuvre du programme d'harmonisation : le projet de loi d'harmonisation n° 1 de la législation fédérale et du droit civil du Québec, S-4². Ce projet de loi est d'autant plus notable que s'il est adopté, il fera œuvre de pionnier en la matière. Son prédécesseur, le projet de loi S-22³, mort au Feuilleton en raison des impératifs politiques de l'automne 2000, a donné le coup d'envoi et a produit une vive impression lors de son entrée au Parlement. La grande majorité des sénateurs présents lors de sa considération en comité⁴ ont été séduits, tant par l'éloge qu'en a fait la ministre de la Justice que par l'innovation qu'il représente.

Précisons dès maintenant que le présent texte se veut descriptif plutôt qu'argumentatif. L'auteure ayant elle-même contribué à certaines des propositions d'harmonisation qui y sont contenues, sa critique ne pourrait être objective. Nous laissons donc à d'autres le soin de poser un regard critique sur son contenu. Ceci étant dit, comme il est généralement indiqué de dire quelques mots sur l'origine du sujet dont nous traiterons, nous commencerons cet exposé en décrivant brièvement la toile de fond sur laquelle les premiers résultats d'harmonisation se sont articulés (1.) Puis, en deuxième partie, nous entrerons dans le cœur du sujet où nous nous attarderons aux principaux éléments composant le projet de loi S-4 (2.).

1. Origines du projet de loi S-4

En prévision de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le 1^{er} janvier 1994, et des conséquences de celui-ci sur l'application des lois fédérales dans la province de Québec, le ministère de la justice du Canada a mis sur pied, en 1993, une équipe de juristes pour étudier cet impact. C'est ainsi qu'est née la Section du Code civil. Les juristes de cette section ont rapidement

¹ Ce texte réunit les idées de plusieurs juristes qui sont présentement à la Section du Code civil ou qui y ont travaillé dans le passé. L'auteure tient à remercier sincèrement toutes les personnes ayant contribué, de façon directe ou indirecte, à la rédaction du présent texte.

² P.L. S-4, *Loi n° 1 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, 1^{re} sess., 37^e Parl., 2001. Ci-après « P.L. S-4 ». Au moment où ces lignes sont écrites, le projet de loi est à l'étape de la deuxième lecture et a été renvoyé pour étude au Comité sénatorial sur les affaires juridiques et constitutionnelles.

³ Prédécesseur de P.L. S-4, portant le même nom et ayant été déposé au Sénat le 11 mai 2000.

⁴ Comité sénatorial sur les affaires juridiques et constitutionnelles, 14 juin 2000.

constaté que des amendements à la législation fédérale seraient nécessaires afin qu'elle reflète le nouveau vocabulaire et les nouveaux concepts civilistes.

Cette première constatation faite, il fallait décider comment s'y prendre pour harmoniser la législation fédérale avec le nouveau droit civil du Québec. La première étape qui parut évidente à tous fut la sélection des lois à être harmonisées (1.1). Puis, comme il faut un début à toute chose, une première expertise s'est développée dans trois domaines du droit (1.2). Les premiers résultats des efforts d'harmonisation se sont concrétisés en 1998 avec le dépôt du projet de loi C-50 (1.3). Ce dernier, mort au Feuilleton, a été réintroduit deux ans plus tard sous le numéro S-22 avec certaines modifications et de nombreux ajouts (1.4). La partie qui suit décrit plus en détail chacune de ces étapes.

1.1 Exercice de sélection des lois fédérales à être harmonisées

Le corpus de la législation fédérale compte au-delà de 700 lois. Chacune d'elles devra être examinée individuellement afin de déterminer si elle trouve application au Québec ou si elle fait appel au droit civil du Québec à titre de droit supplétif. Lors d'un premier examen, la Section du Code civil en a dénombré près de 350 qui sont susceptibles de s'appliquer au Québec. Parmi celles-là, certaines ont été choisies pour être la cible des premiers efforts d'harmonisation et ce, selon différents critères. Ces critères variaient entre la fréquence d'utilisation de la loi et le degré de difficulté qu'elle représentait. Une fois cette sélection arrêtée, le processus d'harmonisation s'est enclenché.

1.2 Élaboration d'une expertise dans trois domaines du droit

La démarche d'harmonisation est innovatrice. Au début de cette initiative, aucun manuel décrivant le processus ou la méthodologie à suivre n'existait⁵. Il a donc été jugé sage de commencer par développer une expertise dans seulement trois domaines du droit : le droit des biens, des sûretés et de la responsabilité civile. Les lois retenues pour harmonisation ont été examinées à la lumière de ces trois domaines. C'est ce qui explique le fait que la majorité des lois contenues au projet de loi S-4 sont harmonisées partiellement. Ultérieurement, ces lois seront reprises et harmonisées à la lumière de tous les autres domaines du droit civil⁶. Une fois ces lois harmonisées entièrement, les propositions de modifications législatives les concernant seront introduites dans un nouveau projet de loi d'harmonisation.

Le développement de cette expertise ne s'est toutefois pas fait en vase clos. La Section du Code civil a travaillé, et travaille toujours, en étroite collaboration avec les ministères responsables de l'application des lois visées ainsi qu'avec la Direction des services législatifs du ministère de la Justice. De plus, elle a souvent eu recours aux services de professeurs universitaires réputés⁷. Avant le premier dépôt du projet de loi d'harmonisation — c'est-à-dire, le 12 juin 1998 — la ministre de la Justice a entrepris des consultations publiques exhaustives. Un bon nombre de groupes de la communauté juridique québécoise y ont participé, notamment le Barreau du Québec, la Chambre des notaires du Québec et des représentants de l'Association du Barreau canadien (Section Québec). Il n'est pas exagéré d'affirmer que le projet de loi d'harmonisation ait engendré un

⁵ Depuis, la Section du Code civil a élaboré un Guide d'harmonisation. Ce guide n'est pas disponible sur les marchés mais un résumé de son contenu est publié dans le présent recueil de textes. Voir L. Maguire Wellington, *Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie d'harmonisation*, L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, deuxième publication, fascicule 4, ministère de la Justice du Canada, mai 2001.

⁶ Leurs règlements seront également harmonisés dans leur intégralité.

⁷ Certains de leurs travaux peuvent être consultés dans : *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice Canada, 1997.

consensus au sein de la communauté juridique. Et c'est la mise en commun de toute cette expertise qui a assuré son succès.

1.3 Projet de loi C-50

Le 12 juin 1998, le tout premier projet de loi d'harmonisation a vu le jour et a reçu la première lecture à la Chambre des communes. Rétrospectivement, il a été l'embryon de l'actuel projet de loi S-4 et a jeté les bases des principales composantes de celui-ci. Par exemple, les modifications apportées à la *Loi d'interprétation*⁸ s'y trouvaient déjà, de même que celles faites aux trois lois pilotes soit la *Loi sur les immeubles fédéraux*⁹, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹⁰ et la *Loi sur la responsabilité civile et le contentieux administratif*¹¹. Il modifiait, de plus, une vingtaine de lois diverses harmonisées au regard des trois domaines de droit mentionnés plus haut. Le projet de loi C-50 est mort au Feuilleton lors de la prorogation de la Chambre.

1.4 Projet de loi S-22

Le projet de loi S-22 a été le successeur du projet de loi C-50. Il a été déposé au Sénat le 11 mai 2000. Il reprenait essentiellement le contenu de C-50 avec quelques modifications devenues nécessaires suite aux commentaires reçus lors de la deuxième consultation publique¹² et suite aux changements récents apportés au *Code civil du Québec*¹³. De plus, il comprenait des propositions de modifications législatives à 25 lois additionnelles et ce, toujours au regard du droit des biens, des sûretés et de la responsabilité civile.

Le projet de loi S-22 s'est rendu en deuxième lecture et a été référé au Comité sénatorial sur les affaires juridiques et constitutionnelles qui s'est réuni le 14 juin 2000 pour en discuter. Cela a permis à la ministre de la Justice, responsable du projet, d'en faire la présentation aux sénateurs présents. C'était donc la première fois que les parlementaires avaient l'occasion de prendre connaissance de la démarche d'harmonisation de façon concrète. Dans l'ensemble, les sénateurs l'ont accueilli avec enthousiasme¹⁴.

En raison de la dissolution du Parlement en automne 2000, le projet de loi S-22 est, lui aussi, mort au Feuilleton. Mais les espoirs de voir naître une législation harmonisée ne sont pas morts pour autant. Dès l'ouverture de la nouvelle session parlementaire, le projet de loi a été redéposé. Il porte, depuis le 31 janvier 2001, le numéro S-4¹⁵.

⁸ *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21.

⁹ *Loi sur les immeubles fédéraux*, L.C. 1991, c. 50.

¹⁰ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3.

¹¹ *Loi sur la responsabilité civile et le contentieux administratif*, L.R.C., c. C-50.

¹² ... tenue avant son dépôt.

¹³ Introduction au Code de la priorité constitutive de droits réels (art. 2654.1 C.C.Q.). Cette nouveauté a eu une incidence sur la définition harmonisée de « créancier garanti » dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

¹⁴ Un des sénateurs les plus fervents du projet de loi est le Sénateur Gérald-A. Beaudoin. Voir les discours qu'il a prononcés en deuxième lecture du projet de loi S-22 dans *Débats du Sénat* (18 mai 2000) à la p. 1640 et en deuxième lecture du projet de loi S-4 dans *Débats du Sénat* (7 février 2001) à la p. 1530.

¹⁵ S-4 est essentiellement identique à S-22, sauf en ce qui concerne quelques ajustements techniques qui ne visent qu'à tenir compte de l'évolution législative.

2. Contenu du projet de loi S-4

La partie qui suit vise à présenter un survol des principales composantes du projet de loi S-4 et à décrire les enjeux qui sous-tendent chacun des choix qui ont été arrêtés. Le projet de loi S-4 est divisé en neuf parties. Aux fins de notre texte, nous nous attarderons seulement aux six premières, les trois dernières étant purement techniques (modifications corrélatives, dispositions de coordination, de transition et d'entrée en vigueur). Le plan suivant servira d'assise au texte : nous parlerons d'abord du préambule (2.1), ensuite, de l'abrogation et du remplacement de certaines dispositions du *Code civil du Bas Canada* (2.2), des modifications proposées à la *Loi d'interprétation* (2.3), de chacune des trois lois pilotes (2.4) et finalement, des lois diverses harmonisées partiellement (2.5).

2.1 Préambule

Comme le projet de loi S-4 est le premier d'une série de projets de loi d'harmonisation, le ministère de la Justice a saisi cette occasion pour inclure dans un préambule le contexte dans lequel s'inscrit le projet de loi ainsi que les objectifs poursuivis par ces mesures législatives.

Le Canada est un pays où deux traditions juridiques coexistent¹⁶. Le préambule le constate et énonce que tous les Canadiens et Canadiennes devraient avoir accès à une législation qui soit bijuridique, c'est-à-dire, une législation qui soit respectueuse des traditions de droit civil et de common law¹⁷. Aussi, il mentionne que c'est dans le *Code civil du Québec* que le droit civil trouve sa principale expression et que cette particularité témoigne du caractère unique de la société québécoise¹⁸.

Le préambule énonce également que la nature bijuridique de la législation permettra une interaction plus harmonieuse des lois fédérales et du droit provincial¹⁹. Cette interaction survient lorsque le droit fédéral fait appel au droit privé provincial pour agir à titre supplétif. Le préambule indique clairement que c'est le droit provincial en matière de propriété et de droits civils, en l'occurrence la common law et le droit civil, qui joue ce rôle²⁰.

Le préambule fait aussi mention d'un des objectifs du gouvernement qui est de refléter dans la législation fédérale les quatre auditoires du droit, c'est-à-dire les utilisateurs francophones du droit civil et de la common law et les utilisateurs anglophones du droit civil et de la common law²¹. Il énonce également quelques-uns des avantages du bijuridisme tels que l'ouverture sur le monde et les échanges facilités avec les pays régis par l'une ou l'autre de ces traditions juridiques²². Enfin, il indique qu'un programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil du Québec a été institué afin de mettre en œuvre lesdits énoncés²³.

¹⁶ Voir art. 8 du projet de loi.

¹⁷ 1^{er} Attendu.

¹⁸ 2^e Attendu.

¹⁹ 3^e Attendu.

²⁰ 5^e Attendu.

²¹ 6^e Attendu.

²² 4^e Attendu.

²³ 7^e Attendu.

2.2. Abrogation et remplacement de dispositions du *Code civil du Bas Canada*

Contrairement au reste du projet de loi, la Partie 1 n'a pas pour objet de modifier le libellé de lois fédérales existantes. Elle vise plutôt à créer une loi nouvelle et autonome à l'intérieur de la loi d'harmonisation; d'où la nécessité de lui donner un titre distinct²⁴. Elle comprend l'abrogation de dispositions du *Code civil du Bas Canada* et l'adoption de dispositions portant sur le mariage.

2.2.1 Abrogation

Le *Code civil du Bas Canada* est une loi préconfédérale puisque son entrée en vigueur remonte à 1866, soit un an avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁵. Par conséquent, les matières couvertes par ce Code ne tiennent pas compte de la division des pouvoirs qui a résulté de la loi de 1867. Ainsi, il traite en partie de matières qui ressortissent à la compétence du Parlement canadien telles que le mariage, le droit maritime et l'intérêt sur l'argent, et en partie de matières qui relèvent clairement des législatures provinciales (par exemple, la vente, les successions, les hypothèques).

Lorsque l'Assemblée nationale a décidé d'adopter un nouveau Code civil, en remplacement du *Code civil du Bas Canada*, il a pu seulement abroger et remplacer les dispositions de celui-ci dont la matière relevait de sa compétence constitutionnelle²⁶. Ainsi, toutes les dispositions de droit privé — dont la matière n'est pas réservée au palier fédéral en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* — ont pu être abrogées et remplacées par les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*. Mais toutes celles qui relèvent aujourd'hui de la compétence du Parlement canadien, et qui n'ont pas été abrogées expressément ou rendues inopérantes par la législation fédérale, survivent dans l'ordre juridique fédéral²⁷.

La survivance de ces dispositions peut être une source éventuelle de conflits. En effet, elle risque d'avoir un impact sur le droit supplétif applicable aux textes fédéraux. Si, pour certains, il ne fait aucun doute que le remplacement du *Code civil du Bas Canada* par le *Code civil du Québec* fait de ce dernier le droit supplétif applicable en droit fédéral, pour d'autres, le *Code civil du Bas Canada* pourrait encore jouer un rôle à cet égard. Afin de pallier cette incertitude, l'article 3 du projet de loi abroge l'ensemble des dispositions préconfédérales du *Code civil du Bas Canada* qui portent sur des matières relevant de la compétence du Parlement fédéral²⁸.

2.2.2 Remplacement

Sauf en ce qui concerne les conditions de fond du mariage, le projet de loi ne remplace pas les dispositions préconfédérales abrogées. En effet, après avoir porté une attention particulière aux domaines intéressant spécialement le gouvernement fédéral, par exemple, les créances et les biens de la Couronne, les experts consultés sur cette question ont jugé que le droit fédéral actuellement en place pallie toute incertitude pouvant résulter de cette abrogation et que, à défaut d'une norme fédérale existante, le droit privé des provinces, en l'occurrence le droit civil, peut agir à titre supplétif.

²⁴ Titre de la Partie 1, énoncé à l'art. 2 du projet de loi : *Loi sur le droit fédéral et le droit civil de la province de Québec*.

²⁵ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

²⁶ Et ceci, par l'effet de l'art.129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

²⁷ A. Morel, « Le droit civil préconfédéral et le rôle du Parlement après le nouveau Code civil » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, 1997 aux pp. 120 et s.

²⁸ Le par. 3(2) du projet de loi, qui rend la *Loi d'interprétation* applicable à cette abrogation, est là pour protéger les droits acquis.

Pour ce qui est du mariage, le scénario est quelque peu différent. Les experts qui se sont penchés sur cette question ont jugé que des mesures législatives de remplacement étaient nécessaires afin d'éviter toute incertitude quant au droit devant régir les conditions de fond du mariage en conséquence de l'abrogation de ces dispositions dans le *Code civil du Bas Canada*.

Le mariage est un sujet de compétence partagé entre le fédéral et les provinces. De par sa compétence sur le mariage et le divorce²⁹, le Parlement canadien peut énoncer les conditions de fond régissant la validité du mariage³⁰. Par conséquent, il est le seul compétent pour abroger les dispositions désuètes du *Code civil du Bas Canada* qui énoncent ces conditions et qui survivent encore dans l'ordre juridique fédéral³¹. Pour leur part, les législatures provinciales peuvent prévoir les conditions propres à la célébration du mariage³². Comme il n'est pas toujours facile de distinguer les unes des autres, il n'est pas rare de voir des chevauchements³³. En ce qui concerne les dispositions du *Code civil du Québec* relatives au mariage, la validité constitutionnelle de certaines d'entre elles pourrait être contestée car se rapprochant trop des conditions de fond normalement exclusives au Parlement canadien³⁴. Étant donné la survivance de dispositions désuètes dans le *Code civil du Bas Canada* et l'incertitude constitutionnelle dont sont empreintes certaines dispositions du *Code civil du Québec*, les experts ont jugé qu'une intervention législative du Parlement canadien était souhaitable.

Comme le précise l'article 4 du projet de loi, les quelques dispositions de remplacement qui y sont prévues ne s'appliquent qu'au Québec. Pourquoi? Parce que le problème ne se pose qu'au Québec. En effet, dans les autres provinces et territoires, les conditions de fond relatives au mariage tirent principalement leur source de la common law. Elles proviennent aussi de certaines lois préconfédérales portant sur le mariage et le divorce. Comme elles n'ont pu être valablement remplacées par les provinces en raison du partage des compétences étant survenu en 1867, ces parties de lois énonçant des conditions de fond pour le mariage demeurent en vigueur — à moins que le Parlement canadien ne les ait remplacées³⁵ — en conjonction avec les principes de common law³⁶. Le vide qui résulte de la non-intervention du Parlement canadien est ainsi comblé pour ces

²⁹ Par. 91(26), *Loi constitutionnelle de 1867*.

³⁰ Pour les raisons expliquant pourquoi la compétence sur le mariage est dévolue au Parlement canadien, voir notamment F. Chevette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 656 et S. I. Bushnell, « Family Law and the Constitution » (1978) 1 R.C.D.F. 202 aux pp. 204-205, citant l'honorable Hector Louis Langevin (les Débats de la Confédération, p. 388) :

« The word "Mariage" has been placed in the draft of the proposed Constitution to invest the Federal Parliament with the right of declaring what marriages shall be held and deemed to be valid throughout the whole extent of the Confederacy, without, however, interfering in any particular with the doctrines or rites of the religious creeds to which the contracting parties may belong. »

³¹ À titre d'exemples, quelques-unes de ces dispositions sont : les art. 115 (exigence que les époux aient atteint un certain âge et, selon certains, qu'ils soient de sexe différent), 116 et 148 (nécessité pour les époux de donner un consentement libre et éclairé), 117 (capacité physique d'avoir des relations sexuelles), 118 (condition de monogamie), etc.

³² *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(12)

³³ La légitimité d'un chevauchement s'évalue en fonction de la théorie du double aspect. Voir : *Hodge v. The Queen*, [1833] 9 App. Cas. 117; P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992 aux pp. 381-383. En cas de conflit, les normes fédérales l'emportent sur celles des provinces selon le principe de la prépondérance des lois du Parlement : P. Hogg, *ibid.*, aux pp. 418, 419 et 434.

³⁴ Par exemple, les exigences relatives au consentement et à la différence de sexe des conjoints (art. 365 C.C.Q.), à l'âge, au consentement parental ou tutélaire, à la monogamie et aux degrés prohibés (art. 373, 2^e al. (1^o) et (3^o)). Voir *Droit de la famille 2063*, [1994] R.J.Q. 2631 (C.S.).

³⁵ Par exemple, *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.C. 1990, c. 46; *Loi sur l'annulation du mariage (Ontario)*, S.R. C. 1970, c. A-14.

³⁶ Voir, notamment, *Hyde c. Hyde & Woodmansee*, (1866) L.R. 1 P. & D. 130 à la p. 133.

provinces et territoires, contrairement au Québec où ces lois et les principes de common law sont inapplicables³⁷.

Au Québec, si le *Code civil du Bas Canada* était abrogé sans dispositions de remplacement en matière de mariage et que les dispositions du *Code civil du Québec* étaient déclarées inconstitutionnelles, il résulterait une réelle incertitude quant au droit applicable dans cette province en matière de mariage. C'est donc pour obvier à cette incertitude que le Parlement a décidé d'intervenir pour le Québec seulement.

Mais afin de bien harmoniser les normes fédérales avec celles de la province de Québec, les dispositions du projet de loi S-4 sur le mariage ont été rédigées de façon à être compatibles avec celles du *Code civil du Québec* fondées sur la compétence des provinces en matière de célébration du mariage. D'ailleurs, l'article 4 du projet de loi prévoit que les articles 5 à 7 doivent être interprétés comme s'ils faisaient partie intégrante du *Code civil du Québec*. Ceci signifie qu'il faut lire ces dispositions en conjonction avec celles du *Code civil du Québec* qui les complètent. La consécration à l'article 4 du lien complémentaire unissant le droit fédéral au droit provincial a permis de proposer un nombre minimal de dispositions de remplacement. Ainsi, si les articles de la Partie 1 sont silencieux sur un aspect, les règles relatives à la nullité par exemple, il faut s'en remettre au Code.

Les dispositions de remplacement jugées essentielles sont les suivantes. L'article 5 prévoit que les futurs époux doivent être de sexe différent. Cette mention du caractère hétérosexuel du mariage est conforme à l'article 365 du *Code civil du Québec* qui indique que le mariage « ne peut [...] être [célébré] qu'entre un homme et une femme qui expriment publiquement leur consentement libre et éclairé à cet égard ». En ceci, le projet de loi est aussi conforme à la règle d'interprétation contenue à la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*³⁸. Cette règle énonce que rien dans la loi ne change le sens du mariage qui demeure « l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne »³⁹.

Pour sa part, l'article 6 du projet de loi prévoit que « nul ne peut contracter mariage avant d'avoir atteint l'âge de seize ans », règle qui correspond à celle qui est établie par le *Code civil du Québec* en matière de célébration du mariage⁴⁰. Enfin, l'article 7, rappelle que « [n]ul ne peut contracter un nouveau mariage avant que tout mariage antérieur ait été dissout par le décès ou le divorce ou frappé de nullité ». Cette prohibition est aussi conforme à ce qui est prévu au *Code civil du Québec*⁴¹.

2.3 Loi d'interprétation

Quoique l'existence du bijuridisme canadien découle de l'*Acte de Québec* de 1774, il ne jouit pas d'une reconnaissance formelle dans une disposition législative. Il en est de même du principe de la complémentarité du droit fédéral et du droit des provinces en matière de propriété et de droits civils. Qui plus est, il n'existe pas de règle d'interprétation pour guider ceux et celles qui sont appelés à appliquer des textes de loi bijuridiques. Toutes ces raisons ont incité le ministère de la Justice, après consultation des experts, à modifier la *Loi d'interprétation* de façon à ajouter deux

³⁷ *Acte de Québec de 1774*, art. 8.

³⁸ *Loi visant à moderniser le régime d'avantages et d'obligations dans les Lois du Canada*, L.C. 2000, c. 12 (anciennement le projet de loi C-23).

³⁹ *Ibid.*, art. 1.1

⁴⁰ Art. 373(1^o) C.C.Q.

⁴¹ Art. 373(3^o) C.C.Q.

dispositions qui visent à remédier à ces lacunes. Les dispositions proposées se retrouvent à la Partie 2 du projet de loi, plus particulièrement à l'article 8⁴².

2.3.1 Article 8.1

L'article 8.1 proposé poursuit deux objectifs indissociables : reconnaître le bijuridisme canadien et consacrer le principe de la complémentarité du droit fédéral et du droit provincial en matière de propriété et de droits civils.

Dans un premier temps, le projet d'article 8.1 reconnaît expressément le principe du bijuridisme canadien en énonçant que le droit civil et la common law sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils.

Dans un deuxième temps, le projet d'article 8.1 vient reconnaître l'existence du lien de complémentarité qui unit le droit fédéral et le droit des provinces. Comme le principe de la complémentarité est reconnu par la jurisprudence, cette disposition ne fait que constater l'état actuel du droit. Ainsi, il énonce le principe selon lequel, dans une province, lorsqu'un texte fédéral est silencieux sur un aspect relevant de la propriété et des droits civils qui est essentiel à son application, l'interprète doit recourir à titre supplétif aux normes de droit privé applicables dans cette province. Ce faisant, il se trouve à consacrer le principe selon lequel l'interprétation des textes fédéraux au Québec ne doit pas se faire au détriment de la tradition civiliste. Autrement dit, le droit civil doit, au Québec, jouer le rôle que joue la common law ailleurs au pays pour ce qui est de l'interprétation des textes fédéraux qui y sont appliqués.

Mentionnons au passage que l'article 8.1 *in fine*, « au moment de l'application du texte », comporte un volet ambulatoire qui voit à tenir compte de l'évolution du droit dans la province d'application et qui renvoie aux règles provinciales régissant l'application de la loi dans le temps.

2.3.2 Article 8.2

L'article 8.2 proposé vise, pour sa part, à faciliter la compréhension des nouvelles techniques rédactionnelles destinées à refléter le bijuridisme canadien dans la législation fédérale⁴³.

Une de ces techniques, le doublet, consiste à consacrer, dans les textes législatifs fédéraux ayant un rapport avec le droit privé, à la fois une terminologie de droit civil et une terminologie de common law (par exemple « un immeuble ou un bien réel »). Une autre technique consiste à rédiger une disposition de manière à n'employer qu'un seul terme commun aux deux traditions juridiques, terme qui aura toutefois un sens propre selon la tradition juridique au sein de laquelle il trouve application (par exemple « bail/lease »).

Dans ce contexte, l'article 8.2 veille à ce que l'interprète d'un texte fédéral comprenant un doublet ou un terme commun ne considère que la terminologie ou le sens qui soit compatible avec la tradition juridique de la province dans laquelle le texte s'applique. En d'autres mots, il veille à ce que l'interprète d'une disposition bijuridique ne se méprenne pas sur le sens à donner aux nouvelles techniques rédactionnelles du législateur fédéral et qu'il sache leur donner l'effet désiré.

⁴² Le texte qui suit se veut un survol des objectifs poursuivis par les propositions des art. 8.1. et 8.2. Un autre auteur, Henry Molot, y consacre une analyse beaucoup plus poussée dans le cadre de ce recueil. L'auteur du présent texte renvoie donc le lecteur à celui de M. Molot. Voir H. Molot, *Article 8 du projet de loi S-4 : Modifications à la Loi d'interprétation, L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 6, ministère de la Justice du Canada, mai 2001.

⁴³ Pour un aperçu de ces techniques, voir L. Maguire Wellington, *supra* note 5.

2.4. Lois pilotes

Tel qu'il a été mentionné précédemment, les travaux d'harmonisation de la Section du Code civil ont touché à trois grands domaines : le droit des biens, des sûretés et de la responsabilité civile. Pour chacun de ces domaines, une loi fédérale a servi de projet pilote. Les lois pilotes harmonisées se trouvent aux parties 3, 4 et 5 du projet de loi.

2.4.1 Loi sur les immeubles fédéraux

La *Loi sur les immeubles fédéraux* semblait indiquée comme loi pilote pour le domaine des biens car elle régit l'acquisition, la gestion et la disposition d'immeubles par le gouvernement canadien. De plus, des études ont démontré que de nombreux problèmes d'harmonisation devaient être traités étant donné les différences fondamentales existant entre la common law et le droit civil eu égard au droit de la propriété.

Plutôt que de nous attarder au détail de chacune des recommandations d'harmonisation de cette loi, nous donnerons quelques exemples.

L'un des changements les plus visibles apporté à la loi concerne le terme « immeuble », lequel se retrouve, notamment, à même le titre de la loi. Le problème associé au terme immeuble découle du fait qu'il renvoie uniquement au système de droit civil. Par conséquent, la common law de langue française est laissée pour compte. Pour résoudre ce problème, il fallait trouver une terminologie qui soit neutre, ou bien, rédiger la loi d'une toute autre façon de manière à éviter l'emploi du terme, ou enfin, ajouter la terminologie propre au système qui n'est pas représenté. En matière de propriété, les deux systèmes de droit ont évolué de façon tellement différente qu'il était très difficile, voire impossible, de proposer une terminologie qui ne soit pas associée à un système plus qu'à un autre. Étant donné cette difficulté, nous avons opté pour la technique du doublet⁴⁴ qui semblait la plus respectueuse des particularités de chaque système. Ainsi, partout où se trouve le terme « immeuble » dans la loi, nous avons ajouté la terminologie la plus couramment utilisée en common law pour refléter la même réalité : « bien réel »⁴⁵.

Le même problème se retrouvait dans la version anglaise de la loi qui utilise une terminologie qui, à l'opposé de la version française, réfère uniquement à la common law. En effet, la notion de *real property* est inconnue en droit civil. Comme pour la version française, nous avons ajouté la terminologie propre au système qui n'est pas représenté, soit la notion civiliste *immovable*, partout où l'expression *real property* était utilisée. Ainsi, pour chacune des versions linguistiques, les deux systèmes de droit sont reflétés.

La définition des termes « permis/licence », au paragraphe 11(2) du projet de loi, est un autre exemple d'harmonisation. Telle que libellée présentement, cette définition est semi-bijuridique, c'est-à-dire qu'elle s'adresse seulement à deux auditoires plutôt qu'à quatre.

La version française s'adresse à un auditoire de droit civil uniquement lorsqu'elle emploie les termes « droit d'usage ou d'occupation d'immeubles qui ne sont pas un droit réel ». Les concepts de « droit réel » et d'« immeuble » n'ont de sens qu'en droit civil. Qui plus est, en droit civil, le droit d'usage est un des démembrements du droit de propriété et est, en ce sens, un droit réel. Se voulant être le miroir de la version anglaise, le libellé français engendre de l'incohérence du point de vue du droit civil.

⁴⁴ Voir L. Maguire Wellington, *supra* note 5 à la p. 10.

⁴⁵ Source : Programme d'administration de la justice dans les deux langues officielles (PAJLO).

Pour sa part, la version anglaise s'adresse uniquement à un auditoire de common law lorsqu'elle utilise le concept de *licence* et qu'elle le définit ainsi : « *right of use or occupation of real property other than an interest in land* ». En effet, les concepts de *interest*, *real property* et *licence* n'ont d'écho qu'en common law.

Afin de corriger ces problèmes d'harmonisation, la technique du doublet avec alinéas⁴⁶ a été utilisée pour bien démarquer les termes qui sont associés à chacun des deux systèmes. La première partie de la nouvelle définition est commune aux deux systèmes. Ainsi, le mot « permis » (*licence*) est défini comme étant un « droit d'utiliser ou d'occuper un immeuble ou un bien réel [...] ». C'est à partir des exceptions que chaque système est identifié. Pour le droit civil, la définition exclut les droits réels et les droits du locataire d'un immeuble. Pour la common law, elle exclut l'intérêt dans un bien-fonds. De cette façon, les réalités irréconciliables du droit civil et de la common law sont mieux rendues dans la même définition.

2.4.2 Loi sur la faillite et l'insolvabilité

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (ci-après « *L.F.I.* ») a été identifiée comme loi pilote pour l'harmonisation avec le droit des sûretés. Le droit privé des provinces régit les relations normales entre les individus, notamment les relations entre les créanciers et les débiteurs. Lorsque survient l'insolvabilité, un déséquilibre s'installe dans les relations entre ces derniers. La *L.F.I.* vise à régir ces situations. Elle vise la réhabilitation du débiteur devenu insolvable afin de lui permettre d'établir de nouvelles relations avec des créanciers. Elle vise également à protéger les droits que des créanciers détiennent en vertu des règles normales du droit commun ou des règles établies dans la *L.F.I.* Ce faisant, elle fait de nombreux renvois aux notions et concepts propres au droit privé des provinces, notamment en matière de sûretés. Les liens complémentaires qui unissent la *L.F.I.* et le droit privé des provinces sont à ce point considérables qu'il nous est apparu indispensable d'en faire l'objet d'une étude pilote⁴⁷.

L'une des propositions d'harmonisation les plus importantes dans cette loi se retrouve à l'article 25 du projet de loi. Cet article modifie la définition de « créancier garanti » de l'article 2 de la *L.F.I.* Cette disposition a été modifiée à plusieurs égards pour y introduire les notions nouvelles du droit civil qui touchent aux sûretés.

Depuis l'introduction de la priorité en droit civil québécois⁴⁸, les tribunaux ont eu à déterminer les droits que celle-ci confère à ses titulaires. De façon constante, jusqu'à ce jour, la jurisprudence a établi que la priorité n'est pas un droit réel et qu'elle ne confère pas le droit de suivre le bien qui y est assujéti⁴⁹. La priorité ne confère que le droit d'être payé par préférence en cas de vente du bien.

Or, bien que les créances des municipalités et des commissions scolaires, pour les impôts fonciers sur les immeubles qui y sont assujéti, soient des créances prioritaires en vertu du *Code civil du Québec*, la définition du « créancier garanti » de la *L.F.I.* n'inclut pas la priorité dans son énumération.

⁴⁶ Voir L. Maguire Wellington, *supra* note 5 à la p. 10.

⁴⁷ Pour une analyse plus poussée de certaines modifications apportées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, voir A. Vauclair et M.-F. Parent, *L'harmonisation de la législation fédérale en matière de faillite et d'insolvabilité avec le droit civil de la province de Québec : quelques problématiques*, L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, deuxième publication, fascicule 8, ministère de la Justice du Canada, mai 2001.

⁴⁸ Art. 2650 C.C.Q. et s.

⁴⁹ Voir *Château d'Amos ltée*, [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.)

En décembre 1999, le *Code civil du Québec* a été modifié pour accorder aux créances prioritaires des municipalités et des commissions scolaires le caractère de droit réel avec un droit de suivre le bien en quelque main qu'il se trouve⁵⁰. L'intention manifeste était de redonner aux municipalités le statut de « créancier garanti » au sens de la *L.F.I.*

En vertu du privilège que leur accordait le *Code civil du Bas Canada*, notion maintenant disparue, les municipalités du Québec ont toujours eu le statut de « créancier garanti » pour leurs taxes foncières. On peut donc comprendre l'intérêt que ces dernières avaient à retrouver ce statut. Il convient de noter que les municipalités du reste du Canada ont recours à une notion similaire (« privilège »//*lien*) pour obtenir le statut de « créancier garanti » .

Avec la modification du *Code civil du Québec* en décembre 1999, il devenait nécessaire de modifier la définition de « créancier garanti » pour n'y inclure que les priorités constitutives de droit réel. En effet, la politique législative du législateur québécois ayant changé, il devenait inévitable d'en tenir compte, d'autant plus que ce droit devenait plus similaire à la situation qui prévaut dans les provinces de common law.

Encore une fois, nous ne voulons pas entrer dans le détail de toutes les autres modifications d'harmonisation qui ont été apportées à la *L.F.I.*, mais mentionnons simplement que plusieurs de ces changements visent à corriger des problèmes de semi-bijuridisme où la terminologie, dans chacune des versions linguistiques, renvoie à des concepts connus dans un seul des deux systèmes (par exemple, les expressions *bond*, *guarantee*, *fiduciary obligations* de la version anglaise renvoient au système de common law uniquement). Également, certains problèmes résultent de l'emploi de termes qui sont désuets ou sans signification en droit civil (par exemple, « privilège » et « nantissement ») et les propositions d'harmonisation tentent d'y remédier.

2.4.3 Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif

Pour l'harmonisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle, nous avons retenu la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* (ci-après « *LRCECA* ») à titre de loi pilote. Cette loi fait appel, à titre complémentaire, aux règles provinciales relatives à la responsabilité civile. Elle entretient donc des liens étroits avec le droit privé des provinces et de ce fait, se prêtait particulièrement bien à l'exercice d'harmonisation.

De nombreux articles du projet de loi sont consacrés à l'harmonisation de cette loi. Les exemples sont donc multiples et, encore une fois, nous nous limiterons à quelques-uns.

Premier exemple. L'article 34 du projet de loi modifie l'article 2 de la *LRCECA* en abrogeant et en remplaçant la définition du concept de « délit civil » (*tort*). Dans les deux versions de la loi, la définition actuelle des termes « délit civil/*tort* » engendre un problème de désuétude terminologique. En effet, les concepts de délit et de quasi-délit (*delict* et *quasi delict*) ont disparu du *Code civil du Québec* et ont été remplacés par la notion de responsabilité civile extracontractuelle⁵¹.

Afin de corriger ce problème et d'éviter l'emploi d'un terme qui renvoie uniquement à la common law, tel que « *tort* », le projet de loi propose l'utilisation de termes génériques définis à la lumière de chacun des deux systèmes. Les deux termes retenus sont « responsabilité » et « *liability* ». Comme, dans un contexte général, ces deux termes réfèrent aussi bien à la responsabilité extracontractuelle que contractuelle et ce, tant en droit civil qu'en common law, il a

⁵⁰ Art. 2654.1 C.C.Q.

⁵¹ Art. 1457 C.C.Q.

fallu les définir pour les restreindre à ce qui est visé par la Partie I de la loi : la responsabilité extracontractuelle seulement. La technique retenue pour cette définition est le doublet avec alinéas. Ainsi, dans le premier alinéa, les termes « responsabilité/liability » sont définis en termes de droit civil et dans le deuxième alinéa, ils le sont en termes de common law. De cette façon, la définition s'adresse aux quatre auditoires. De plus, l'emploi des termes génériques tout au long de la loi évite d'alourdir indûment le texte et de donner prépondérance à un système au détriment de l'autre.

Deuxième exemple. L'article 36 du projet de loi, qui modifie l'article 3 de la loi, illustre lui aussi la technique du doublet avec alinéas. Cet article est truffé de problèmes d'harmonisation. La désuétude terminologique en est un et est causée par l'emploi de la notion de « délit civil » ; le semi-bijuridisme en est un autre et résulte de l'emploi de la notion civiliste « responsabilité civile délictuelle » simultanément à l'emploi de la notion de common law « *tort* » ; enfin, l'unijuridisme en est un autre. Pour ce cas, le problème résulte de l'absence de la notion de faute propre au droit civil ainsi que du recours à une formulation non respectueuse de la pensée civiliste : « les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde du bien/*breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property* ». En vue de tenir compte des notions et concepts propres à chaque système, la disposition a été rédigée sous la forme d'un doublet avec alinéas, le premier, visant l'auditoire de droit civil et le deuxième, celui de common law.

2.5 Mosaïque de lois harmonisées partiellement

Le reste du projet de loi (Partie 6) propose des modifications législatives d'harmonisation à 45 autres lois. Toutes ces modifications sont faites au regard des mêmes trois domaines du droit soit le droit des biens, des sûretés et de la responsabilité civile. Les techniques législatives employées pour remédier aux problèmes d'harmonisation sont les mêmes que celles qui ont été employées pour les lois pilotes : définition, doublet, doublet avec alinéas, termes neutres ou génériques⁵². Même si les concepts harmonisés dans ces lois peuvent se différencier de ceux qui ont été harmonisés dans les lois pilotes, les problèmes d'harmonisation qu'ils engendrent peuvent toujours se résumer aux catégories qui ont été développées par le ministère de la Justice : désuétude terminologique, semi-bijuridisme, unijuridisme et bijuridisme apparent⁵³. La variété des problèmes et des solutions qui ont été amenées pour ces lois crée une solide toile de fond pour les futurs travaux d'harmonisation qui pourront s'en inspirer.

Conclusion

Ce survol démontre que l'harmonisation des lois fédérales avec le droit civil du Québec est un exercice complexe. L'expertise se développe peu à peu mais de nouveaux problèmes surgissent continuellement et représentent un véritable défi pour l'harmonisateur qui doit composer avec deux langues, deux systèmes juridiques et un mouvement qui tend vers la lisibilité des lois. Le premier projet de loi d'harmonisation ne représente qu'une infime partie de la tâche d'harmonisation qui nous attend. Son contenu est innovateur, ingénieux, soit, mais la démarche qui le sous-tend est aussi perfectible. Quoi qu'il en soit, ce projet sera sans contredit un modèle et une source d'inspiration pour les travaux futurs d'harmonisation.

Le ministère de la Justice continue ses efforts d'harmonisation et travaille au contenu du projet de loi d'harmonisation n^o 2. Il envisage d'y inclure, notamment, les nouvelles propositions de

⁵² Voir L. Maguire Wellington, *supra* note 5.

⁵³ *Ibid.*

modifications législatives aux lois partiellement harmonisées dans le projet de loi S-4⁵⁴. Non seulement la masse législative actuelle est énorme mais elle ne cesse d'évoluer et d'augmenter. Dans la mesure du possible, les efforts d'harmonisation de la Section du Code civil porteront également sur un vaste échantillonnage de lois en voie d'élaboration, prévenant ainsi des problèmes d'harmonisation à corriger *a posteriori*.

La preuve de la richesse du bijuridisme n'est plus à faire. Cette particularité de notre pays nous permet de bien nous positionner sur la scène internationale. Ce premier projet de loi, une fois adopté, fera sans contredit l'envie de plusieurs pays et communautés aux prises avec des problèmes d'arrimage de systèmes juridiques. Nous lui souhaitons donc une adoption rapide.

⁵⁴ Leurs règlements harmonisés y seraient annexés.