

Les règles d'interprétation bijuridique favorisent-elles l'émergence d'un dialogue transsystémique entre le droit civil et la common law ?

Yan Campagnolo et Catherine Valcke

Volume 52, numéro hors-série, 2022

Hommage posthume au professeur émérite Alain-François Bisson

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1111027ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1111027ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Campagnolo, Y. & Valcke, C. (2022). Les règles d'interprétation bijuridique favorisent-elles l'émergence d'un dialogue transsystémique entre le droit civil et la common law ? *Revue générale de droit*, 52, 113–153.

<https://doi.org/10.7202/1111027ar>

Résumé de l'article

En adoptant les articles 8.1 et 8.2 de la Loi d'interprétation, le Canada s'est doté d'une politique d'harmonisation juridique unique au monde, laquelle vise à coordonner son droit fédéral avec la tradition civiliste du Québec et celle de common law des autres provinces. Le présent article entend clarifier et démontrer le bien-fondé de la politique d'harmonisation juridique canadienne. Les auteurs proposent d'abord un cadre d'analyse pour faciliter l'application des articles 8.1 et 8.2 par les tribunaux. Ils répondent ensuite à la critique selon laquelle ces dispositions auraient pour effet de cloisonner le droit civil et la common law dans leurs territoires respectifs, empêchant ainsi toute forme de dialogue entre eux. Les auteurs répondent à cette critique en soulignant que les articles 8.1 et 8.2 — bien qu'ils reposent sur une séparation des traditions juridiques pour préserver leur intégrité — disposent d'un potentiel dialogique indéniable. Ce potentiel se manifeste tout particulièrement lorsque les juges débattent, en les comparant, de la portée de notions équivalentes de droit civil et de common law dans leurs motifs de jugement et lorsque le législateur fédéral s'appuie à la fois sur les traditions de droit civil et de common law en vue d'élaborer une règle métissée d'application uniforme à l'échelle pancanadienne. Les auteurs concluent que le professeur Alain-François Bisson aurait vraisemblablement partagé cette vision du bijuridisme canadien et des dispositions en cause.

Les règles d'interprétation bijuridique favorisent-elles l'émergence d'un dialogue transsystémique entre le droit civil et la common law?

YAN CAMPAGNOLO* ET CATHERINE VALCKE**

RÉSUMÉ

En adoptant les articles 8.1 et 8.2 de la Loi d'interprétation, le Canada s'est doté d'une politique d'harmonisation juridique unique au monde, laquelle vise à coordonner son droit fédéral avec la tradition civiliste du Québec et celle de common law des autres provinces. Le présent article entend clarifier et démontrer le bien-fondé de la politique d'harmonisation juridique canadienne. Les auteurs proposent d'abord un cadre d'analyse pour faciliter l'application des articles 8.1 et 8.2 par les tribunaux. Ils répondent ensuite à la critique selon laquelle ces dispositions auraient pour effet de cloisonner le droit civil et la common law dans leurs territoires respectifs, empêchant ainsi toute forme de dialogue entre eux. Les auteurs répondent à cette critique en soulignant que les articles 8.1 et 8.2 — bien qu'ils reposent sur une séparation des traditions juridiques pour préserver leur intégrité — disposent d'un potentiel dialogique indéniable. Ce potentiel se manifeste tout particulièrement lorsque les juges débattent, en les comparant, de la portée de notions équivalentes de droit civil et de common law dans leurs motifs de jugement et lorsque le législateur fédéral s'appuie à la fois sur les traditions de droit civil et de common law en vue d'élaborer une règle mélangée d'application uniforme à l'échelle pancanadienne. Les auteurs concluent que le professeur Alain-François Bisson aurait vraisemblablement partagé cette vision du bijuridisme canadien et des dispositions en cause.

* Yan Campagnolo est vice-doyen et professeur agrégé à la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

** Catherine Valcke est professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Toronto. Les auteurs souhaitent remercier Mistrale Goudreau, Aline Grenon, Michel Morin et les évaluateurs anonymes pour leurs judicieux commentaires sur une version antérieure de cet article. Ils tiennent également à souligner l'excellent travail d'édition effectué par Valérie Leclercq.

MOTS-CLÉS :

Systèmes juridiques, droit comparé, bilinguisme, bijuridisme, droit civil, common law, interprétation des lois, harmonisation juridique, dialogue, mixité, métissage, articles 8.1 et 8.2 de la Loi d'interprétation, DIMS Construction inc (Syndic de) c Québec (PG), AYSA Amateur Youth Soccer Association c Canada (Agence du revenu).

ABSTRACT

In enacting sections 8.1 and 8.2 of the Interpretation Act, Canada instituted a legal harmonization policy that is unique in the world. The policy's goal is to coordinate the country's federal law with the civilian tradition in Quebec and the common law system of the other provinces. This article clarifies and demonstrates the soundness of Canada's legal harmonization policy. The authors first propose an analytical framework to facilitate the courts' application of sections 8.1 and 8.2. They then respond to the critique that sections 8.1 and 8.2 seal the common law and the civil law inside their respective geographic boundaries, preventing any dialogue between them. The authors respond by pointing out that, although sections 8.1 and 8.2 separate the two legal traditions in order to preserve their integrity, these provisions contain an undeniable potential for dialogue. This potential is particularly evident when judges debate the scope of equivalent common law and civil law concepts by comparing them in their reasons for judgment and when Parliament makes use of both the common law and the civil law to develop hybrid rules that apply uniformly across Canada. The authors conclude that Alain-François Bisson in all likelihood shared this vision of Canadian bijuralism and the provisions in question.

KEYWORDS:

Legal systems, comparative law, bilingualism, bijuralism, civil law, common law, statutory interpretation, legal harmonization, dialogue, mixed jurisdiction, hybrid system, sections 8.1 and 8.2 of the Interpretation Act, DIMS Construction inc (Trustee of) v Quebec (AG), AYSA Amateur Youth Soccer Association v Canada (Revenue Agency).

SOMMAIRE

Introduction.....	115
I. Règles d'interprétation bijuridique.....	118
A. Présentation générale.....	119
B. Cadre d'analyse proposé.....	125
1. Critère de la nécessité.....	125
2. Critère de l'exclusion.....	128
C. Illustrations jurisprudentielles.....	134
1. Arrêt DIMS.....	135
2. Arrêt AYSA.....	137

II. Émergence d'un dialogue transsystémique..... 140

 A. Critique des règles..... 140

 B. Réplique à la critique formulée..... 142

 C. Formes de dialogue envisageables..... 146

Conclusion..... 152

Annexe..... 153

INTRODUCTION

En raison de sa diversité juridique, le Canada est devenu un haut lieu du savoir en droit comparé. En effet, la conservation du droit civil québécois de souche française au sein de la structure juridique canadienne de souche anglaise — prévue à l'origine par l'Acte de Québec¹ de 1774 et subséquemment enchâssée dans la Loi constitutionnelle de 1867² — a scellé l'appartenance du Canada au clan des systèmes juridiques mixtes, dont les comparatistes ont fait grand cas³. À cet égard, le Canada ne fait pas figure d'exception. Il existe plusieurs systèmes juridiques mixtes dans le monde dans lesquels cohabitent, au sein d'un même État, une combinaison de traditions juridiques variées, qu'elles soient de droit civil ou de common law, orientales ou occidentales, séculières ou religieuses, coloniales ou autochtones, de droit coutumier ou de droit écrit. L'étude de cette diversité juridique était d'ailleurs l'une des passions du professeur Alain-François Bisson, l'un des membres fondateurs du projet JuriGlobe de la Faculté de droit

1. (R-U), 1774, 14 Geo III, c 83, art VIII.

2. (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 92(13), reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5.

3. Voir Esin Örücü, Elspeth Attwooll et Sean Coyle, dir, *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, La Haye, Kluwer Law International, 1996 [Örücü, *Studies in Legal Systems*]; Reinhard Zimmermann et Daniel P Visser, *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, Clarendon Press, 1996; Beaudoin Dupret, Maurits Berger et Laila Al-Zwani, *Legal Pluralism in the Arab World*, La Haye, Kluwer Law International, 1999; Vernon V Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; Kenneth GC Reid, «The Idea of Mixed Legal Systems» (2003) 78 Tul L Rev 5; Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Jacques Du Plessis, Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, *Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Vernon Valentine Palmer, «Mixed Legal Systems» dans Mauro Bussani et Ugo Mattei, dir, *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 368; Vernon Valentine Palmer, Mohamed Y Mattar et Anna Koppel, *Mixed Legal Systems, East and West*, London, Routledge, 2017; Sue Farran, Esin Örücü et Seán Patrick Donlann, *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched or Blended*, London, Routledge, 2014.

de l'Université d'Ottawa, une ressource unique en son genre, dont le propre consiste à classer et à présenter l'ensemble des systèmes juridiques et constitutionnels mondiaux de manière claire, ordonnée et plurilingue⁴.

Par rapport aux autres systèmes juridiques mixtes, le Canada se démarque par sa façon de gérer sa mixité. Alors que certains États ont activement cherché à faire converger leurs traditions juridiques en occultant ce qui les sépare afin d'uniformiser leur droit national⁵, d'autres ont préféré cloisonner ces traditions en les confinant à des territoires, des populations ou des domaines de droit distincts, afin de préserver leurs différences et leur intégrité respectives, quitte à sacrifier une certaine dose d'unité nationale⁶. D'autres encore semblent avoir emprunté la voie de la passivité, laissant à leurs législateurs et magistrats le loisir de puiser dans l'une ou l'autre des traditions, sans se soucier des conséquences susceptibles de rejaillir sur leur système juridique global⁷. Comme on peut s'y attendre, dans de tels systèmes, en l'absence d'une politique multijuridique consciemment élaborée et

4. Les autres membres fondateurs de JuriGlobe sont le regretté doyen Louis Perret, le professeur Jabeur Fathally et M^e Nicola Mariani. Voir Groupe de recherche sur les systèmes juridiques dans le monde, en ligne : <www.juriglobe.ca>. Voir aussi les ouvrages connexes publiés par l'équipe de JuriGlobe : Jabeur Fathally et Nicola Mariani, *Les systèmes juridiques dans le monde*, 2^e éd par Louis Perret et Alain-François Bisson, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008; Jabeur Fathally et al, *Les systèmes constitutionnels dans le monde*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018.

5. Parmi ceux-ci, on notera la Turquie (voir Esin Örüçü, « Turkey: Change Under Pressure » dans Örüçü, *Studies in Legal Systems*, *supra* note 3 à la p 89) et la Slovénie (voir Sean Coyle, « Introduction » dans Örüçü, *Studies in Legal Systems*, *ibid* à la p xv), l'une comme l'autre ayant, dans un premier temps, uniformisé leurs droits nationaux, de sorte à faciliter, dans un deuxième temps, l'harmonisation de ces droits avec celui de l'Union européenne et ainsi être en mesure de se joindre formellement à l'Union.

6. On pense ici, par exemple, à Israël, dont le droit civil et la common law sont rigoureusement confinés au droit privé et au droit public (voir Stephen Goldstein, « Israel: Creating a New Legal System From Different Sources by Jurists of Different Backgrounds » dans Örüçü, *Studies in Legal Systems*, *supra* note 3 à la p 147), et à l'Afrique du Sud, où les droits criminel, judiciaire et corporatif suivent le modèle anglais, alors que le droit privé puise sa source dans le droit civil romano-néerlandais (voir JH Pain, « The Reception of English and Roman-Dutch Law in Africa with Reference to Botswana, Lesotho and Swaziland » (1978) 11:2 Comp & Intl L J of Southern Africa 137). On pense également au Sri Lanka, dont le droit est compartimenté sur une base démographique, certains droits indigènes étant réservés à certains groupes ethniques ou religieux (voir Anton Coorey, « Sri Lanka: Oriental and Occidental Laws in Harmony » dans Örüçü, *Studies in Legal Systems*, *supra* note 3 à la p 71).

7. Selon un auteur, ce serait le cas du Cameroun (voir Charles Magna Fombad, « Managing Legal Diversity: Cameroonian Bijuralism at a Critical Crossroads » dans Palmer, Mattar et Koppel, *supra* note 3 à la p 108).

assidûment mise en œuvre, la tradition juridique majoritaire a naturellement tendance à dominer et à assimiler les traditions minoritaires⁸.

Rejetant la voie de la passivité, le Canada s'est quant à lui doté d'une ambitieuse politique d'harmonisation juridique, laquelle vise à coordonner son droit fédéral avec les deux grandes traditions occidentales régissant ses droits provinciaux, soit la tradition civiliste du Québec et celle de common law des autres provinces. En adoptant en 2001 les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*⁹, qui reconnaissent l'égale autorité des traditions de droit civil et de common law en tant que sources supplétives du droit fédéral¹⁰, le Parlement a consacré la diversité juridique canadienne au-delà de l'ordre provincial. Selon ces dispositions, toute notion relevant de la propriété et des droits civils figurant dans un texte législatif fédéral doit, en règle générale, s'interpréter à la lumière du droit privé de la province dans laquelle elle est appliquée, que ce droit soit de souche anglaise ou française. Comme il arrive que le droit fédéral puisse être complété par des droits provinciaux de souches différentes, un même texte législatif fédéral est susceptible de produire des effets différents à travers le pays. À cet égard, le Canada se démarque de tous les autres systèmes juridiques mixtes¹¹, aucun d'entre eux n'ayant, à notre connaissance, adopté une politique d'harmonisation juridique prévoyant un tel degré de mixité¹².

8. Au Cameroun, par exemple, la tradition majoritaire française serait en voie d'éradiquer les traditions minoritaires anglaise et coutumière (voir *ibid* aux pp 101–02, 106–08).

9. LRC 1985, c I-21 [*Loi d'interprétation*]. Les articles 8.1 et 8.2 ont été ajoutés à la *Loi d'interprétation* par la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, LC 2001, c 4, art 8 [*Loi d'harmonisation n° 1*]. Pour un survol de l'origine de ces dispositions, voir Marie-Noëlle Pourbaix, « S-4 : un premier projet de loi d'harmonisation » dans Ministère de la Justice du Canada, dir, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, 2^e publication, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, fasc 6 aux pp 1–3 [Justice, *L'harmonisation de la législation fédérale*].

10. Voir Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd, Markham (ON), LexisNexis, 2014 au para 5.89 [Sullivan, *Construction of Statutes*]; Pierre-André Côté et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 5^e éd, Montréal, Thémis, 2021 au para 1205.

11. Voir William Tetley, « Nationalism in a Mixed Jurisdiction and the Importance of Language (South Africa, Israel, and Quebec/Canada) » (2003) 78:2 Tul L Rev 175 à la p 186.

12. On notera d'emblée que très peu de systèmes juridiques mixtes présentent une structure constitutionnelle fédérale regroupant une diversité de traditions juridiques à l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement. C'est le cas notamment des États-Unis, dont l'un des États fédérés et l'un des territoires — la Louisiane et Porto Rico — ont des systèmes de droit privé de souche civiliste. Cette question sera abordée à la section II.C, Formes de dialogues envisageables.

Comme le libellé des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* soulève plusieurs questions, nous nous proposons, dans un premier temps, de présenter ces dispositions, d'élaborer un cadre d'analyse cohérent visant à faciliter leur compréhension et d'illustrer leur application par une étude de cas. Dans un second temps, nous démontrerons le bien-fondé de la politique d'harmonisation juridique instaurée par ces articles, laquelle a fait l'objet de vives critiques. Selon celles-ci, la politique d'harmonisation confinerait le droit civil et la common law à des « compartiments étanches », ce qui aurait pour conséquence de cloisonner l'application des deux grandes traditions juridiques sur leurs territoires respectifs¹³. Ce faisant, les articles 8.1 et 8.2 prôneraient une « épistémologie de la séparation » plutôt qu'une « épistémologie de la rencontre », laquelle aurait favorisé l'émergence d'un dialogue trans-systémique au sein de l'ordre fédéral¹⁴. Or, un tel dialogue aurait eu pour effets bénéfiques d'enrichir l'une et l'autre des traditions juridiques à l'interne, de contribuer à « la création de quelque chose de neuf provenant [...] de la combinaison des éléments différents »¹⁵ et d'affirmer, sur la scène internationale, un exceptionnalisme juridique bien canadien fondé sur l'idée de « métissage »¹⁶. En somme, les articles 8.1 et 8.2 constitueraient une occasion manquée. Comme nous l'expliquerons, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de parler de cloisonnement, puisque la forme d'harmonisation envisagée par ces dispositions se prête, en réalité, à un dialogue transsystémique fort constructif.

I. RÈGLES D'INTERPRÉTATION BIJURIDIQUE

Les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* sont des dispositions uniques sur la scène mondiale en ce sens qu'aucune autre fédération n'a tenté d'harmoniser son droit fédéral avec celui d'entités fédérées

13. Voir Robert Leckey, « Rhapsodie sur la forme et le fond de l'harmonisation juridique » (2010) 51:1 C de D 3 à la p 22. Voir aussi Jean-François Gaudreault-Desbiens, *Les solitudes du bijuridisme au Canada : essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Thémis, 2007 à la p 146.

14. Voir Leckey, *supra* note 13 à la p 23. Voir aussi Nicholas Kasirer, « L'outre-loi » dans Lynne Castonguay et Nicholas Kasirer, dir, *Étudier et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2006, 329 à la p 347 [Kasirer, « L'outre-loi »]; Michel Morin, « Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël » (2012) 57:4 RD McGill 645 aux pp 654–55.

15. Voir Leckey, *supra* note 13 à la p 33. L'auteur pense ici à l'insaisissable et tant attendu « droit commun fédéral », qui s'appliquerait sur l'ensemble du territoire pour toutes les matières relevant de la compétence législative du Parlement du Canada (*ibid* à la p 30).

16. Voir Nicholas Kasirer, « Legal Education as Métissage » (2008) 78 Tul L Rev 481.

issues de traditions juridiques différentes. Dans cette première section, nous présentons le contexte ayant mené à la naissance de ces dispositions, nous proposons un cadre d'analyse pour les appliquer et nous examinons le bijuridisme en action par l'entremise d'un exposé critique de deux arrêts de la Cour suprême du Canada en la matière. Nous aborderons la question de la forme de dialogue transsystémique qui en découle dans la seconde section.

A. Présentation générale

La législation fédérale a longtemps été interprétée par référence quasi exclusive à la common law. Bien qu'une version française des textes était également produite, celle-ci n'était qu'une traduction, de la plume de non-juristes, des textes originaux, rédigés par des juristes anglophones formés en common law¹⁷. De plus, à une certaine époque, les tribunaux avaient tendance à s'appuyer sur la common law pour interpréter autant les textes législatifs fédéraux que les textes provinciaux, y compris le *Code civil du Bas-Canada* de 1866, qui s'inscrivait pourtant dans la tradition civiliste¹⁸. Bien que cette approche ait certes pu favoriser une application uniforme du droit dans l'ensemble du pays, elle avait pour effet de marginaliser le droit civil, voire d'en miner l'intégrité¹⁹, ce que déploraient le professeur Bisson²⁰.

17. Voir Ruth Sullivan, « The Challenges of Interpreting Multilingual, Multijural Legislation » (2004) 29:3 Brook J Intl L 985 aux pp 998–99 [Sullivan, « Multilingual and Multijural Legislation »]; David G Duff, « Canadian Bijuralism and the Concept of an Acquisition of Property in the Federal IncomeTax Act » (2009) 54:3 RD McGill 423 à la p 449 [Duff, « Canadian Bijuralism »]; David G Duff, « La Loi de l'impôt sur le revenu et le droit privé au Canada : complémentarité, dissociation et bijuridisme » (2003) 51:1 Rev fiscale can 64 à la p 112 [Duff, « Complémentarité, dissociation et bijuridisme »].

18. Voir France Allard, « La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme » [Allard, « Bijuridisme »] dans Justice, *L'harmonisation de la législation fédérale*, supra note 9, fasc 3 à la p 7. Voir aussi Jean-Louis Baudouin, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975) 53:4 R du B can 715 à la p 723 (« la common law devenait en quelque sorte le droit supplétif du droit civil » [italiques dans l'original]).

19. Voir Allard, « Bijuridisme », supra note 18 aux pp 9–11. Voir aussi Sylvio Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1987) 32:3 RD McGill 559; Mélanie Samson, « Le droit civil québécois : exemple d'un droit à porosité variable » (2019) 50:2 RD Ottawa 255.

20. Voir Sénat du Canada, Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, *Procès-verbaux et témoignages*, 37-1, n° 1 (1^{er} mars 2001) (Alain-François Bisson) [Sénat, *Témoignages*].

Cette tendance s'est progressivement estompée à la fin du 20^e siècle, lorsque le gouvernement du Canada a adopté la technique de la *corédaction* dans l'élaboration des textes législatifs, ayant reconnu l'importance d'harmoniser le droit fédéral avec les deux traditions juridiques canadiennes, la common law et le droit civil, après l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* en 1994²¹. Comme le droit fédéral ne constitue pas un système juridique complet en soi et qu'il n'existe donc pas de droit commun fédéral s'appliquant en toute matière, il s'avère parfois nécessaire de le compléter en recourant au droit privé provincial²². Les initiatives d'harmonisation du droit fédéral avec le droit privé provincial²³ ont mené à l'adoption de la *Loi d'harmonisation n° 1*, qui a modifié en 2001 la *Loi d'interprétation* pour y ajouter les articles 8.1 et 8.2, afin de permettre à chaque tradition juridique de prendre la place qui lui revient :

21. Voir Sullivan, « Multilingual and Multijural Legislation », *supra* note 17 aux pp 1000–05; Duff, « Canadian Bijuralism », *supra* note 17 aux pp 449–50; Duff, « Complémentarité, dissociation et bijuridisme », *supra* note 17 à la p 113. Voir aussi Lionel A Levert, « La jurilinguistique : un appui indispensable à la corédaction » (2015) 28:1 RISJ 53 aux pp 58–59; Michel Morin, « Réflexions sur la qualité de la loi au Québec et au Canada — ou ce qui est bon pour les francophones du Canada ne l'est pas pour les anglophones du Québec » (2014) 48:1 RJT 247 aux pp 254–55, 268–70.

22. Voir François Villeneuve, « L'histoire d'une confusion interprétative : la douloureuse interaction entre le principe de l'interprétation bilingue et le principe de l'interprétation bijuridique en contexte de droit fédéral » (2019) 78 R du B 469 à la p 479. Voir aussi Jean-Maurice Brisson, « L'impact du *Code civil du Québec* sur le droit fédéral : une problématique » (1992) 52:2 R du B 345 à la p 348; Allard, « Bijuridisme », *supra* note 18 aux pp 22–26 (« L'idée d'une common law fédérale supplétive au droit légiféré, applicable sur tout le territoire, pour toutes les matières relevant de la compétence du [Parlement] du Canada a été rejetée [par la Cour suprême du Canada] » à la p 23); France Allard, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, l'idée de droit commun et le rôle du Code en droit fédéral » (2009) 88:2 R du B Can 275 aux pp 285–88 [Allard, « Disposition préliminaire »] (« le droit fédéral ne connaît pas de droit commun unifié s'appliquant en toute matière » à la p 288). Voici les arrêts sur lesquels s'appuie cette position : *Quebec North Shore Paper c CP Ltée*, [1977] 2 RCS 1054; *McNamara Construction et al c R*, [1977] 2 RCS 654; *R c Thomas Fuller Construction Co (1958) Ltd et al*, [1980] 1 RCS 695. Il existe toutefois, à titre d'exception, un droit commun fédéral dans certaines matières précises, comme le droit maritime : *ITO — Intl Terminal Operators c Miida Electronics*, [1986] 1 RCS 752. Pour un plaidoyer en faveur d'une reconnaissance plus large d'un droit commun fédéral, voir Leckey, *supra* note 13 aux pp 28–34.

23. Pensons notamment à l'adoption de la « Politique d'application du *Code civil du Québec* à l'administration publique fédérale » en 1993 et de la « Politique sur le bijuridisme législatif » en 1995, ainsi qu'à la création du « Programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec » en 1997. Voir Louise Maguire Wellington, « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation » dans Justice, *L'harmonisation de la législation fédérale*, *supra* note 9, fasc 4 aux pp 2–3.

Tradition bijuridique et application du droit provincial

8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

Terminologie

8.2 Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.

Duality of legal traditions and application of provincial law

8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

Terminology

8.2 Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.

L'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* reconnaît désormais, de manière explicite, l'autorité égale des traditions juridiques de common law et de droit civil en tant que sources supplétives du droit fédéral canadien²⁴. L'objet de cette disposition, comme l'a souligné le professeur

24. Voir Sullivan, *Construction of Statutes*, *supra* note 10 au para 5.89; Côté et Devinat, *supra* note 10 au para 1205.

Bisson lors de son témoignage devant le comité du Sénat chargé d'examiner le projet de loi sous-jacent, consiste non pas à uniformiser le droit civil et la common law, mais plutôt à harmoniser le droit fédéral avec l'une ou l'autre de ces deux traditions juridiques, selon le cas²⁵. L'harmonisation du droit fédéral avec la common law, d'une part, et le droit civil, d'autre part, procède selon les deux méthodes suivantes :

1. Le législateur fédéral formalise le « principe de la complémentarité » en l'intégrant à l'article 8.¹²⁶ Conformément à ce principe, « s'il est nécessaire » de s'appuyer sur le droit privé provincial pour interpréter « des règles, principes ou notions » (le terme *notion* sera utilisé de manière générale dans le présent article pour rendre cette expression) de droit privé reproduits dans la législation fédérale, l'interprète doit, « sauf règle de droit s'y opposant », recourir au droit privé en vigueur dans la province concernée au moment où se pose la question²⁷. Étant donné que les notions de droit privé peuvent varier d'une province à l'autre et que leur application implique en général le recours à des modes de raisonnements distincts en common law et en droit civil²⁸, le principe de la complémentarité fait en sorte que le droit fédéral peut produire des résultats tantôt divergents (ou asymétriques) d'une province à l'autre²⁹, tantôt convergents (ou uniformes) dans l'ensemble du pays³⁰. La possibilité de divergence découle du fait que la Constitution du Canada confère explicitement aux provinces le pouvoir de légiférer en matière de « propriété et [de]

25. Sénat, *Témoignages*, *supra* note 20. Dans le même sens, voir Allard, « Disposition préliminaire », *supra* note 22 (« les lois d'harmonisation [...] n'ont pas pour effet d'uniformiser la norme ou d'établir une médiation entre le droit civil et la common law » à la p 305).

26. Voir Brisson, *supra* note 22 aux pp 352–53. Le principe de la complémentarité a notamment fait l'objet d'une reconnaissance jurisprudentielle dans la décision *Canada (PG) c St-Hilaire*, 2001 CAF 63 aux para 1, 68 [*St-Hilaire*]. Voir aussi *R c Raposo*, 2019 CAF 208 aux para 24, 26 [*Raposo*].

27. La portée des notions pertinentes du droit privé provincial est donc susceptible de varier dans le temps : Villeneuve, *supra* note 22 à la p 490.

28. Voir *Grimard c Canada*, 2009 CAF 47 au para 28 [*Grimard*].

29. Les règles du droit civil et celles de la common law peuvent naturellement produire des résultats différents, mais de telles divergences peuvent également exister entre les divers régimes de common law provinciaux et territoriaux. Voir Villeneuve, *supra* note 22 à la p 479. L'existence d'une divergence dans l'application du droit fédéral n'est pas, en soi, problématique. Il s'agit plutôt d'une conséquence normale du fédéralisme. Voir *Raposo*, *supra* note 26 aux para 40, 63; *Grimard*, *supra* note 28 au para 24; *French c Canada*, 2016 CAF 64 au para 43; *St-Hilaire*, *supra* note 26 aux para 74–76.

30. À titre d'illustration, voir *Grimard*, *supra* note 28 aux para 27, 43 (dans cette décision, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il n'y avait pas d'antinomie entre les principes du droit civil et ceux de la common law lorsqu'il s'agit de déterminer si un individu est lié par un contrat d'entreprise ou un contrat de travail).

droits civils»³¹. Cela dit, comme nous le verrons, le législateur fédéral peut écarter le principe de la complémentarité dans ses champs de compétence (1) en donnant à une notion de droit privé un sens particulier et uniforme à l'échelle pancanadienne ou (2) en excluant tout recours au droit privé provincial pour compléter le droit fédéral³². Comme l'a souligné le professeur Bisson devant le Sénat, le Parlement fédéral peut « toujours [...] créer son propre droit »³³.

2. Le législateur fédéral emploie parfois la terminologie juridique propre à la common law et celle qui est propre au droit civil au sein d'une même disposition législative, comme en fait foi l'article 8.2. Pour ce faire, le législateur utilise des *doublets terminologiques*, en juxtaposant un terme de common law et un terme de droit civil dans un texte législatif qui fait référence à une notion de droit privé (tel est le cas lorsque le législateur utilise le terme de common law *bien réel* et le terme de droit civil *immeuble* dans la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*³⁴). Sinon, le législateur peut également avoir recours à des termes neutres comme *lease* et *bail*, ou *loan* et *prêt*, dans les versions anglaise et française d'un texte législatif³⁵. Dans les deux cas, l'article 8.2 dispose que « [s]auf règle de droit s'y opposant », l'interprète doit utiliser le terme qui correspond au

31. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 2, art 92(13). La propriété et les droits civils — c'est-à-dire le droit privé — sont régis par la common law dans toutes les provinces à l'exception du Québec, dont la tradition juridique repose sur le droit civil, tel que reconnu par l'*Acte de Québec de 1774*, *supra* note 1, art VIII. Voir aussi Raposo, *supra* note 26 au para 40; St-Hilaire, *supra* note 26 aux para 74–76.

32. Le Parlement du Canada dispose en effet de compétences législatives dans certaines matières de droit privé, comme la réglementation du trafic et du commerce, les banques, les lettres de change et les billets promissoires, l'intérêt de l'argent, la faillite, les brevets, les droits d'auteur, ainsi que le mariage et le divorce. Lorsqu'il légifère à l'intérieur de ses compétences, le Parlement peut établir des règles de droit privé qui ont, le cas échéant, préséance sur les règles de droit privé provincial. Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014 aux pp 499–500. Voir aussi Michel Doucet, « Le bilinguisme législatif » dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2013, aux pp 271–72.

33. Sénat, *Témoignages*, *supra* note 20.

34. LC 1991, c 50. Un autre exemple se trouve à l'article 2 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, LRC 1985, c C-50, qui définit le terme « responsabilité » comme faisant référence à la « responsabilité civile extracontractuelle » au Québec et à la « responsabilité délictuelle » dans les provinces de common law. Pour une interprétation de ce doublet terminologique, voir *Hinse c Canada* (PG), 2015 CSC 35 aux para 156–63 [Hinse].

35. Un autre exemple serait l'emploi des termes *fiducie* et *trust*. Pour un survol des différences entre ces deux notions en droit civil et en common law, voir Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, *Droit civil et common law : convergences et divergences*, Montréal, Thémis, 2017 aux pp 71–78.

système juridique approprié selon le lieu où il s'applique. Par conséquent, la terminologie civiliste s'applique au Québec et celle de common law s'applique aux autres provinces³⁶ et aux territoires³⁷. Somme toute, cette approche « assure [...] un arrimage conceptuel entre la terminologie employée dans les lois fédérales et le droit privé des différentes provinces »³⁸.

Par l'adoption des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, le législateur fédéral a bonifié la « boîte à outils » des interprètes, pour reprendre une expression du professeur Bisson³⁹. Ces dispositions constituent « l'inscription législative du code culturel du législateur fédéral »⁴⁰. Dans ce contexte, il importe donc que les interprètes du droit fédéral possèdent un degré suffisant de connaissance des deux traditions de droit privé canadien. Il s'agit là d'un élément essentiel pour comprendre la toile de fond applicable au Québec et ailleurs au Canada, et ainsi permettre la désignation et l'application adéquates des règles provinciales qui compléteront le droit fédéral dans un cas donné. La connaissance des deux traditions juridiques s'avère par ailleurs pertinente lorsque le législateur fédéral décide — par exemple, dans le cadre d'un projet de réforme du droit — qu'une notion de droit privé doit recevoir un sens particulier et uniforme dans l'ensemble du pays. Dans une telle hypothèse, au sein d'un État bijuridique comme le Canada, la portée de la notion devrait idéalement être établie à la suite d'une analyse comparée qui tiendrait compte des deux traditions juridiques. Ce type d'analyse serait susceptible d'amener le législateur fédéral à choisir la règle issue de la common law ou celle issue du droit civil, ou alors à élaborer une règle métissée fondée sur les deux traditions juridiques⁴¹. En conséquence, que le législateur fédéral

36. Voir Raposo, *supra* note 26 au para 43. À l'inverse, l'article 8.2 de la *Loi d'interprétation*, ne s'applique pas lorsque le Parlement du Canada utilise un terme issu d'un système juridique particulier dans les deux langues officielles ou s'il emploie un terme complètement dissocié du droit privé provincial. Dans ces cas, le droit fédéral s'applique de manière uniforme dans l'ensemble du pays. Voir Sullivan, *Construction of Statutes*, *supra* note 10 au para 5.93.

37. La *Loi d'interprétation*, art 35(1), assimile les territoires aux provinces.

38. Voir Côté et Devinat, *supra* note 10 au para 1213.

39. Alain-François Bisson, « Compte rendu – Interprétation des lois, 3^e édition, par Pierre-André Côté » (2000) 79 R du B Can 489 à la p 492 [Bisson, « Interprétation des lois »].

40. Voir Allard, « Disposition préliminaire », *supra* note 22 à la p 298.

41. Voir Aline Grenon, « Canadian Bijuralism at a Crossroad? The Impact of Section 8.1 of the Interpretation Act on Judicial Interpretation of Federal Legislation » (2014) 51:2 Osgoode Hall LJ 501 aux pp 535–36 [Grenon, « Canadian Bijuralism »]. Cet article est une traduction avec mise à jour du texte suivant: Aline Grenon, « Le bijuridisme canadien à la croisée des chemins? Réflexions

s'engage dans la voie de la divergence ou celle de la convergence, la compréhension et la comparaison du droit civil et de la common law s'avèrent essentielles. Examinons maintenant plus attentivement le fonctionnement des articles 8.1 et 8.2.

B. Cadre d'analyse proposé

Quand doit-on faire appel au droit privé provincial pour compléter le droit fédéral? L'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* précise le contexte dans lequel opère le principe de la complémentarité en fixant les conditions suivantes : premièrement, le recours au droit privé provincial doit être « nécessaire » ; deuxièmement, aucune « règle de droit » ne doit y faire obstacle. Deux questions se posent donc : est-il nécessaire de recourir au droit privé provincial pour interpréter un texte législatif fédéral ; et, une règle de droit fédéral exclut-elle le recours au droit privé provincial ? Ces questions mettent respectivement en relief ce que nous appellerons le *critère de la nécessité* et le *critère de l'exclusion*, lesquels encadrent l'application du principe de la complémentarité. Pour sa part, l'article 8.2 ne fait pas référence au critère de la nécessité ; c'est plutôt l'utilisation par le législateur fédéral, dans un texte législatif, de termes propres à la common law et au droit civil qui déclenche son application. Toutefois, à l'instar de l'article 8.1, l'article 8.2 est assujéti au critère de l'exclusion.

1. Critère de la nécessité

À quel moment faut-il recourir au droit privé provincial pour compléter le droit fédéral ? Pour répondre à cette question, l'interprète doit d'abord évaluer si le texte législatif fédéral en cause fait référence à une notion de droit privé⁴² — par exemple, celles de *contrat*, de *bien* ou de *fiducie* — par opposition à une notion de droit public⁴³. Cette étape ne soulève généralement aucune difficulté.

sur l'incidence de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* » (2011) 56:4 RD McGill 775 aux pp 814–15 [Grenon, « Bijuridisme canadien »].

42. Pour reprendre les termes de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*, il faut être en présence de « règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils ». Voir Grenon, « Canadian Bijuralism », *supra* note 41 à la p 511 ; Grenon, « Bijuridisme canadien », *supra* note 41 aux pp 785–86 ; Duff, « Canadian Bijuralism », *supra* note 17 aux pp 451–52 ; Duff, « Complémentarité, dissociation et bijuridisme », *supra* note 17 aux pp 116–17.

43. Voir Villeneuve, *supra* note 22 à la p 486. Dans la décision *St-Hilaire*, *supra* note 26 au para 93, le juge Robert Décary souligne que c'est la nature du problème devant être tranché qui compte aux fins de la qualification, non la nature de la loi en cause. En l'occurrence, bien que la

Ensuite, l'interprète doit déterminer si le législateur fédéral entendait — de manière explicite ou implicite — que le droit privé provincial vienne compléter le texte législatif⁴⁴. Il faut faire preuve de prudence à cet égard : le simple fait que le législateur fédéral fasse référence à une notion de droit privé n'implique pas nécessairement qu'il souhaite que cette notion soit interprétée conformément au droit privé provincial. La présomption de complémentarité est en effet repoussée lorsque le législateur manifeste clairement l'intention de donner un sens particulier et uniforme à la notion en cause et de la dissocier — en tout ou en partie — du droit privé provincial (par exemple, en la définissant⁴⁵, en créant un mécanisme législatif autonome⁴⁶ ou en établissant un code complet pour régir un domaine d'activité particulier⁴⁷). Par conséquent, l'interprète doit examiner le texte législatif à la lumière de son libellé, de son contexte et de son objet pour déterminer si le législateur fédéral avait l'intention de lui donner un sens particulier

loi en cause fût une loi fédérale de droit public, la nature du problème consistait à interpréter le terme *succession*, une notion de droit privé.

44. Voir Henry L Molot, « Article 8 du projet de loi S-4 : modification de la *Loi d'interprétation* » dans Justice, *L'harmonisation de la législation fédérale*, *supra* note 9, fasc 6 (« Cette "nécessité" peut [...] découler d'un renvoi explicite ou encore d'une lacune ou d'un renvoi implicite dans le texte fédéral » à la p 18).

45. Par exemple, comme le législateur fédéral a spécifiquement défini le terme « bien » à l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, LRC 1985, c B-3 [LFI], il n'est pas nécessaire de recourir au droit privé provincial pour compléter le droit fédéral. Par conséquent, dans l'arrêt *Saulnier c Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58 [Saulnier], la Cour suprême du Canada a refusé de s'appuyer sur la common law de la Nouvelle-Écosse pour établir si un permis de pêche commerciale était un « bien » au sens de l'article 2. La définition législative en cause était plus large que celle de la common law et permettait de conclure que les permis étaient effectivement des « biens » (*ibid* aux para 16–18, 44). Voir aussi *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c Canada*, 2009 CSC 29 aux para 8–17 [Drummond].

46. Voir, par exemple, le mécanisme de demande péremptoire créé au paragraphe 126(4) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, LC 1996, c 23, tel qu'interprété dans l'arrêt *Québec (PG) c Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60 au para 36 [Bruyère]. Voir aussi le mécanisme de compensation créé à l'article 224.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, LRC 1985, c 1 (5^e supp) [LIR], tel qu'interprété dans la décision *Bouchard c Canada (PG)*, 2009 CAF 321 au para 25 [Bouchard].

47. Voir Villeneuve, *supra* note 22 à la p 486; Sullivan, *Construction of Statutes*, *supra* note 10 aux para 5.102, 5.107–5.109. L'arrêt *Canada 3000 Inc, Re : Inter-Canadien (1991) Inc (Syndic de)*, 2006 CSC 24 aux para 79–80 [Canada 3000] constitue un exemple de situation dans laquelle l'établissement par le législateur fédéral d'un « régime unifié » et d'un « code exhaustif » dans un domaine d'activité (en l'occurrence, l'aéronautique) fait en sorte qu'il n'est pas nécessaire de recourir au droit privé provincial pour compléter le droit fédéral. Cela dit, l'interprète doit prendre garde de conclure trop rapidement à l'existence d'un code complet puisque cela « pourrait conduire à une utilisation consciente ou inconsciente des notions de common law dans un litige survenu au Québec » : *ABB Inc c Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2020 CF 817 au para 29 [ABB], infirmée pour un autre motif, 2022 CAF 96.

et uniforme dans l'ensemble du pays⁴⁸. Autrement dit, l'interprète doit appliquer, comme il doit le faire chaque fois que se pose une question d'interprétation législative, la méthode moderne d'interprétation des lois⁴⁹. L'utilisation de l'adjectif *moderne* pour décrire cette méthode d'interprétation paraissait incongrue aux yeux du professeur Bisson, puisque l'on retrouve déjà ces éléments (libellé, contexte et objet) « dans la pratique des juristes romains de l'époque classique »⁵⁰. L'interprétation des lois, nous aurait-il rappelé, requiert que l'on tienne compte tant de la « fin des lois » que de la « fin du droit » (la justice) de manière à « [établir] le meilleur rapport de convenance entre toutes les données, factuelles et normatives, de la situation »⁵¹. Ainsi, pour en revenir au critère de la nécessité, lorsque l'exercice interprétatif ne permet pas de conclure que le législateur fédéral entendait donner à une notion de droit privé un sens particulier et uniforme, il devient nécessaire de combler le vide législatif en s'appuyant sur le droit privé provincial⁵². Il n'est donc pas suffisant que le texte soit silencieux; l'interprète doit évaluer si ce silence est intentionnel⁵³.

48. Voir Villeneuve, *supra* note 22 à la p 485; Sullivan, *Construction of Statutes*, *supra* note 10 au para 5.104; Grenon, « Canadian Bijuralism », *supra* note 41 aux pp 510–11; Grenon, « Bijuridisme canadien », *supra* note 41 aux pp 783–85; Philippe Denault, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral : cadre juridique et fragments du discours judiciaires*, Montréal, Thémis, 2008 aux pp 77–78.

49. Voir *Stubart Investments Ltd c R*, [1984] 1 RCS 536 à la p 578, traduisant un extrait d'Elmer A Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd, Toronto, Butterworths, 1983 (« Aujourd'hui [...] il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » à la p 87). Pour des exemples de causes dans lesquelles la Cour suprême du Canada a appliqué la méthode moderne d'interprétation des lois pour déterminer si le recours au droit privé provincial était nécessaire, voir *Canada 3000*, *supra* note 47 aux para 36, 61, 78–82; *Saulnier*, *supra* note 45 aux para 16–18, 44; *Bruyère*, *supra* note 46 aux para 20–34.

50. Bisson, « Interprétation des lois », *supra* note 39 à la p 489.

51. Alain-François Bisson, « L'interprétation adéquate des lois » dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 89 aux pp 93–94, 100, 102.

52. En revanche, il n'est pas nécessaire de recourir au droit provincial lorsque la notion ne relève pas du droit privé ou lorsque le législateur fédéral a défini sa portée indépendamment du droit privé provincial. Voir Duff, « Canadian Bijuralism », *supra* note 17 à la p 452; Duff, « Complémentarité, dissociation et bijuridisme », *supra* note 17 à la p 117.

53. Voir Sullivan, *Construction of Statutes*, *supra* note 10 au para 5.103.

Enfin, l'interprète doit déterminer s'il existe une véritable controverse quant au sens à donner à une notion de droit privé. Effectivement, d'un point de vue pratique, si les parties au litige s'entendent sur le sens à donner à la notion en question, le tribunal pourrait juger qu'il n'est pas nécessaire de recourir à une quelconque ressource pour la définir, puisque la question de sa définition ne se pose pas⁵⁴.

Bref, comme l'affirme le juriste François Villeneuve, « [i]l y aura nécessité lorsque le texte fédéral ne peut se comprendre, s'appliquer ou résoudre un litige d'une manière adéquate sans le concours des règles de droit privé des provinces et des territoires »⁵⁵.

2. Critère de l'exclusion

Quand une règle de droit exclut-elle tout recours au droit privé provincial pour compléter le droit fédéral? Dans le contexte de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*, lorsque le critère de l'exclusion se superpose au critère de la nécessité, l'interprète pourrait conclure, après avoir procédé à un examen exhaustif du texte législatif, (1) qu'il serait en règle générale nécessaire de recourir au droit privé provincial pour interpréter une notion, mais (2) qu'une règle de droit s'y oppose. La professeure Ruth Sullivan avance l'hypothèse suivante pour concilier les critères de la nécessité et de l'exclusion : si, suivant un examen exhaustif d'un texte faisant référence à une notion de droit privé, l'interprète conclut à l'existence d'un vide législatif, il devrait, en principe, le compléter en renvoyant au droit privé provincial pertinent, sauf si le législateur fédéral a prévu une autre solution, comme le recours au droit international⁵⁶. Dans un tel cas, le droit fédéral serait complètement dissocié du droit privé provincial.

54. Par exemple, dans l'arrêt *Canada (PG) c British Columbia Investment Management Corp*, 2019 CSC 63 [BCI], la Cour suprême du Canada devait décider si des portefeuilles de fonds communs de placement étaient détenus en fiducie par un mandataire de la Couronne de la Colombie-Britannique. En principe, la Cour aurait dû s'appuyer sur la common law de cette province pour déterminer si les portefeuilles constituaient une « fiducie » puisque cette notion n'était pas définie dans la loi fédérale pertinente, la *Loi sur la taxe d'accise*, LRC 1985, c E-15. Or, dans l'arrêt BCI, il n'était pas nécessaire qu'elle le fasse puisque toutes les parties reconnaissaient que les portefeuilles constituaient une « fiducie » au sens de cette loi (voir le para 65).

55. Villeneuve, *supra* note 22 à la p 485.

56. Sullivan, *Construction of Statutes*, *supra* note 10 au para 5.110 (n 167). De plus, dans un autre texte, la professeure Sullivan envisage que le droit autochtone et le droit privé étranger puissent constituer d'autres sources supplétives du droit fédéral. Voir Sullivan, « Multilingual and Multijural Legislation », *supra* note 17 à la p 1039.

Bien que ce scénario soit envisageable, il n'en demeure pas moins que le critère de l'exclusion fait, dans une certaine mesure, « double emploi » avec celui de la nécessité⁵⁷. Après tout, l'existence d'une règle de droit qui s'oppose à l'application du droit privé provincial n'est-elle pas qu'un exemple parmi d'autres de situations où il n'est pas nécessaire de recourir au droit privé provincial pour compléter le droit fédéral? En effet, on peut s'attendre d'un interprète, qui examine de manière exhaustive un texte législatif, qu'il note — en prenant connaissance de l'ensemble du contexte — l'existence d'une règle de droit qui écarterait tout recours au droit privé provincial. Ainsi, selon cette perspective, le critère de l'exclusion fait, à l'article 8.1, implicitement partie de celui de la nécessité.

La situation est toutefois différente à l'article 8.2 puisque ce dernier, contrairement à l'article 8.1, n'énonce pas de critère de nécessité. Cela dit, on peut se demander dans quel contexte le législateur fédéral utiliserait des termes propres à la common law et au droit civil pour ensuite s'opposer à ce que l'interprète donne à ces termes le sens qui leur est attribué au sein du système juridique pertinent. Pour cette raison, la mention du critère de l'exclusion à l'article 8.2 laisse quelque peu perplexe⁵⁸.

Une question importante demeure quant au critère de l'exclusion : qu'entend le législateur par « règle de droit » visant à exclure le recours au droit privé provincial? Peut-il s'agir d'une *règle jurisprudentielle* ou doit-il s'agir d'une *règle législative*? De plus, la règle en question doit-elle être *explicite* ou peut-elle être *implicite*? La réponse à ces questions fait consensus chez les principaux auteurs : seule une *règle législative explicite* est susceptible d'exclure le recours au droit privé provincial pour compléter un texte législatif fédéral⁵⁹. Cette conclusion repose sur les considérations suivantes :

57. Denault, *supra* note 48 à la p 78. Selon cet auteur, l'expression « sauf règle de droit s'y opposant » fut ajoutée « pour plus de certitude et pour bien marquer la prépondérance fédérale » (*ibid*, note 109).

58. Molot, *supra* note 44 à la p 20, estime que le législateur fédéral pourrait vouloir que la terminologie de common law s'applique au Québec ou que la terminologie de droit civil s'applique ailleurs au Canada. Cette hypothèse est plausible dans la mesure où le législateur fédéral emploie des termes neutres, mais non s'il utilise des doublets terminologiques.

59. Voir Villeneuve, *supra* note 22 aux pp 489–90; Sullivan, *Construction of Statutes*, *supra* note 10 au para 5.110; Grenon, « Canadian Bijuralism », *supra* note 41 à la p 511; Grenon, « Bijuridisme canadien », *supra* note 41 aux pp 787–88, note 33 (dans cet article, l'auteure s'est ralliée au consensus, bien qu'elle eût antérieurement soulevé la possibilité qu'une règle jurisprudentielle puisse constituer une « règle de droit » s'opposant à l'application du principe de la com-

1. Le fait de permettre à une règle jurisprudentielle d'écarter l'application du principe de la complémentarité serait susceptible de miner l'objet des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*. En effet, une telle interprétation aurait pour conséquence que seuls les tribunaux hors Québec détiendraient un tel pouvoir puisque, contrairement aux jugements de common law, les jugements de droit civil ne produisent pas, en principe, de *règles* proprement dites⁶⁰. De plus, il y a tout lieu de croire — si le passé est garant de l'avenir — que les règles jurisprudentielles éventuellement invoquées pour écarter le droit privé provincial seraient tirées de la common law plutôt que du droit civil⁶¹.
2. L'exigence que la règle en question soit explicite découle d'une comparaison entre le libellé du paragraphe 3(1) de la *Loi d'interprétation* et celui des articles 8.1 et 8.2. Le paragraphe 3(1) dispose que « [s]auf indication contraire, la présente loi s'applique à tous les textes, indépendamment de leur date d'édiction ». L'expression « sauf indication contraire » vise non seulement une intention explicite d'exclure l'application de la *Loi d'interprétation*, mais aussi une intention implicite à cet effet de la part du législateur fédéral⁶². Selon le principe de l'effet utile, c'est-à-dire l'idée voulant que le législateur ne parle pas pour ne rien dire, le fait que le législateur utilise une expression différente aux articles 8.1 et 8.2 — « sauf règle de droit s'y opposant » — laisse supposer qu'il entendait communiquer un sens différent. Compte tenu de cette dissemblance des libellés, il s'ensuit que l'exclusion de tout recours au droit provincial doit être

plémentarité : voir Aline Grenon, « The Interpretation of Bijural or Harmonized Federal Legislation: *Schreiber v Canada (AG)* » (2005) 84:1 R du B can 131 aux pp 146–47; Duff, « Canadian Bijuralism », *supra* note 17 à la p 453; Duff, « Complémentarité, dissociation et bijuridisme », *supra* note 17 à la p 118; Denault, *supra* note 48 aux pp 93–94; Molot, *supra* note 44 aux pp 20–21.

60. Voir *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, 2001 CSC 51 (« Sans nier l'importance de la jurisprudence, [le système de droit civil] ne lui reconnaît pas le statut de source formelle du droit » au para 37). Voir aussi René David et Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd, Paris, Dalloz, 2002 aux pp 73–78.

61. Voir Duff, « Canadian Bijuralism », *supra* note 17 à la p 453; Duff, « Complémentarité, dissociation et bijuridisme », *supra* note 17 à la p 118. Voir aussi Raposo, *supra* note 26 (« donner priorité à des règles jurisprudentielles émanant de la common law pour l'application au Québec d'une disposition législative fédérale, sans que le Parlement l'ait clairement requis, serait incompatible [...] avec le principe de complémentarité » au para 48). Dans cette décision, la Cour d'appel fédérale a conclu que les règles jurisprudentielles de neutralité et d'équité en matière fiscale ne faisaient pas obstacle à l'application du droit civil québécois en vertu de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*.

62. Voir Sullivan, *Construction of Statutes*, *supra* note 10 au para 5.110; Molot, *supra* note 44 aux pp 20–21.

prévue de manière explicite⁶³. Cela dit, il est important de garder à l'esprit que l'absence d'une exclusion explicite dans le droit fédéral ne signifie pas *ipso facto* qu'il faille recourir au droit privé provincial pour interpréter une notion de droit privé figurant dans un texte législatif fédéral. Le critère de la nécessité est en effet plus large que celui de l'exclusion⁶⁴.

En résumé, le principe de la complémentarité prévu à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* s'applique lorsque l'interprète conclut que les trois conditions suivantes sont réunies⁶⁵:

1. un texte législatif fédéral fait référence à une règle, un principe ou une notion de droit privé;
2. un examen exhaustif du texte selon la méthode moderne d'interprétation des lois ne permet pas de conclure que le Parlement du Canada entendait donner un sens particulier et uniforme à la règle, au principe ou à la notion en cause; et
3. aucune règle législative fédérale n'exclut explicitement le recours au droit privé provincial.

63. Voir *Raposo*, *supra* note 26 aux para 43, 45–46. Par exemple, le paragraphe 227(4.1) *LIR* établit une fiducie réputée au profit de la Couronne fédérale pour les sommes qui lui sont dues en vertu des lois fiscales, et précise que cette fiducie s'applique « [m]algré les autres dispositions de la présente loi [...] tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit ». Cette disposition législative a pour effet de créer « un régime autonome d'application uniforme dans toutes les provinces »: *Canada c Canada North Group Inc*, 2021 CSC 30 au para 41; *Drummond*, *supra* note 45 aux para 8–17. Voir aussi *Canada (PG) c. Banque nationale du Canada*, 2004 CAF 92 aux para 34, 49–50 (dans cette décision, la Cour d'appel fédérale reconnaît que le paragraphe 227(4.1), *LIR* repose sur la common law plutôt que sur le droit civil).

64. En d'autres termes, l'interprète pourrait conclure, à la suite de l'exercice interprétatif, qu'il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur le droit privé provincial pour compléter le droit fédéral, bien qu'aucune disposition législative n'exclue explicitement le recours au droit privé provincial. C'est peut-être ce type de situation que le professeur Roderick Macdonald avait à l'esprit lorsqu'il a écrit que le droit fédéral pourrait écarter le droit privé provincial « par implication absolument nécessaire » [notre traduction; italiques dans l'original]: Roderick A Macdonald, « Provincial Law and Federal Commercial Law: Is "Atomic Slipper" a New Beginning? » (1991–1992) 7 BFLR 437 à la p 447.

65. Par ailleurs, selon la Cour d'appel fédérale, dans le cadre d'un litige, il incombe à la partie qui invoque l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* de démontrer que le recours au droit privé provincial est nécessaire et qu'aucune règle de droit ne s'y oppose. Voir *Bouchard*, *supra* note 46 au para 17. Toutefois, comme le souligne Villeneuve, *supra* note 22 aux pp 482–83, la question de savoir si l'article 8.1 s'applique est une question de droit qu'il revient au juge de trancher, et ce, même si elle n'a pas été soulevée par les parties au litige. Sur ce point, voir aussi la *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art 18; Grenon, « Canadian Bijuralism », *supra* note 41 à la p 532. Le juge Sébastien Grammond de la Cour fédérale a même affirmé que « l'article 8.1 crée une forte présomption que le législateur n'a pas l'intention [...] d'exclure l'application d'une loi provinciale concernant la propriété et les droits civils »: *ABB*, *supra* note 47 au para 26.

Pour sa part, l'article 8.2 s'applique si les deux conditions suivantes sont remplies :

1. un texte législatif fédéral fait référence à des termes juridiques propres à la common law et au droit civil ou à des termes qui ont un sens différent dans ces deux systèmes; et
2. aucune règle législative fédérale n'exclut explicitement le recours au droit privé provincial⁶⁶.

Un dernier point doit être abordé avant de conclure notre propos sur le cadre d'analyse. Il s'agit de l'interaction entre les règles d'interprétation *bilingue*, qui favorisent l'uniformité, et les règles d'interprétation *bijuridique*, qui vont dans le sens contraire⁶⁷. L'arrimage entre ces deux formes d'interprétation n'a guère fait l'objet de commentaires de la part des tribunaux⁶⁸. En 2009, les professeurs Pierre-André Côté, Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat étaient d'avis que les règles d'interprétation *bijuridique* avaient priorité sur règles d'interprétation *bilingue* :

[L]es principes d'interprétation applicables aux lois fédérales bijuridiques diffèrent de ceux qui guident l'interprétation des autres lois bilingues *unijuridiques*. Avant d'envisager le sens commun des versions française et anglaise de la loi, l'interprète devrait appliquer les principes énoncés aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation fédérale* et faire appel, le cas échéant, aux notions, principes ou règles en vigueur en droit privé provincial [italiques dans l'original; note omise]⁶⁹.

L'approche décrite dans cette citation est parfaitement logique dans le contexte de l'article 8.2 de la *Loi d'interprétation* : lorsqu'un texte législatif fédéral contient à la fois un terme de common law et un terme de droit civil, l'interprète doit, non pas rechercher le « sens commun »⁷⁰

66. Dans le même sens, voir Villeneuve, *supra* note 22 à la p 503.

67. Villeneuve, *supra* note 22 aux pp 500–01 (« en contexte bijuridique, la règle est l'asymétrie du contenu contrairement à la législation bilingue usuelle pour qui l'uniformité de la règle constitue la norme » à la p 501 [note omise]).

68. Villeneuve, *supra* note 22 à la p 493; Grenon, « Canadian Bijuralism », *supra* note 41 à la p 511; Grenon, « Bijuridisme canadien », *supra* note 41 aux pp 789–90.

69. Pierre-André Côté, Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2009 au para 1290. Ce commentaire ne semble toutefois pas se retrouver dans la 5^e édition de l'ouvrage : voir Côté et Devinat, *supra* note 10.

70. Voir Michel Bastarache et al, *Le droit de l'interprétation bilingue*, Montréal, LexisNexis, 2009 (« [La règle du sens commun] prévoit pour l'essentiel que les deux versions de la loi expriment la même intention législative, et que les tribunaux qui interprètent les lois devraient, dans la

aux deux termes, mais plutôt choisir le terme pertinent selon la province dans laquelle le texte est appelé à s'appliquer⁷¹. Il en est ainsi puisque les termes correspondants ont généralement des sens distincts selon le système juridique auquel ils appartiennent (comme les termes *mortgage* de common law et *hypothèque* de droit civil)⁷². Comme le rappelle le professeur Bisson, le sens commun « ne sera [...] retenu que [s'il] ne heurte pas le contexte général »⁷³. Or, en application de l'article 8.2, le contexte exigera, dans la plupart des cas, que les termes soient interprétés différemment. Ce n'est qu'après avoir déterminé le système juridique pertinent que l'interprète peut, au besoin, à l'intérieur de ce système, avoir recours aux règles d'interprétation *bilingue* dans la mesure où le droit privé applicable est lui-même bilingue (comme c'est le cas au Québec, au Manitoba et au Nouveau-Brunswick)⁷⁴. À titre d'illustration, si un texte législatif fédéral fait référence au terme *hypothèque* et que ce terme doit être interprété à la lumière du droit civil québécois, l'interprète pourrait être appelé

mesure du possible, tenter d'établir précisément cette intention, en déterminant quel est le sens commun aux deux versions, le sens qu'elles partagent » à la p 15). Voir aussi *R c Daoust*, 2004 CSC 6; Doucet, *supra* note 32 aux pp 282–86.

71. Voir Villeneuve, *supra* note 22 à la p 497. Pour cette raison, l'approche retenue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Schreiber c Canada (PG)*, 2002 CSC 62 [*Schreiber*] est problématique. Dans ce pourvoi, la Cour était appelée à interpréter le terme de common law « *personal injury* » et celui de droit civil « *dommages corporels* » utilisés à l'alinéa 6a) de la *Loi sur l'immunité des États*, LRC 1985, c S-18 (tel que rédigé au moment des faits allégués), qui permettait de poursuivre un État étranger pour ce type de dommages. Toutefois, plutôt que de donner au terme *personal injury* le sens qu'il aurait normalement selon la common law ontarienne (l'Ontario étant le lieu où les faits s'étaient produits), la Cour a recherché le sens commun des termes « *personal injury* » et « *dommages corporels* » pour finalement donner au premier le sens plus restrictif du second — strictement limité au préjudice physique. Le demandeur fut donc privé de recours contre l'État allemand pour la souffrance morale subie dans le cadre d'un processus d'extradition. L'application des règles d'interprétation *bilingue* à une situation qui exigeait plutôt l'application des règles d'interprétation *bijuridique* nous semble inconciliable avec l'objet des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*. En dépit de son caractère problématique, l'approche de la Cour dans l'arrêt *Schreiber* a subséquentement été suivie par la juge Marie Deschamps, au nom des juges dissidents, dans l'arrêt *Drummond*, *supra* note 45 aux para 82–83, 112.

72. Voir Villeneuve, *supra* note 22 à la p 500. Autrement dit, l'interprète peut présumer qu'en faisant explicitement référence à des termes issus de deux traditions juridiques différentes, le législateur fédéral n'entend pas, dans ce contexte précis, uniformiser le droit à l'échelle pancanadienne, surtout considérant que le législateur aurait pu utiliser un terme neutre ou encore créer un nouveau terme dissocié du droit privé provincial.

73. Alain-François Bisson, « Notules — Interprétation de la législation bilingue par Remi Michael Beaupré » (1989) 20:2 RGD 369 à la p 370.

74. Pour le Québec, voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 2, art 133. Pour le Manitoba, voir la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict, c 3, art 23. Pour le Nouveau-Brunswick, voir la *Charte canadienne des droits et libertés*, arts 16–20, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

à examiner les règles relatives aux hypothèques tant dans la version française qu'anglaise du Code civil afin de résoudre le problème auquel il est confronté.

Toutefois, on peut se demander s'il y a lieu de systématiquement donner priorité aux règles d'interprétation *bijuridique* par rapport aux règles d'interprétation *bilingue* dans le contexte de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*. En effet, lorsque l'interprète est appelé à établir (1) s'il est nécessaire de recourir au droit privé provincial ou (2) si une règle de droit s'y oppose, il est tenu de faire un examen exhaustif du texte législatif selon la méthode moderne d'interprétation. Ce faisant, l'interprète ne pourrait-il pas être amené à analyser les versions française et anglaise de ce texte pour déterminer si le législateur fédéral a voulu (1) donner un sens particulier et uniforme à la notion en cause ou (2) exclure explicitement tout recours au droit privé provincial? Dans ce contexte, le recours aux règles d'interprétation *bilingue* seraient utiles pour établir, dans un premier temps, s'il y a lieu d'appliquer le principe de la complémentarité. De plus, lorsqu'il conclut que le droit privé provincial s'applique à titre supplétif en vertu de l'article 8.1, l'interprète pourrait, dans un deuxième temps, comme c'est le cas dans le contexte de l'article 8.2, prendre connaissance des versions française et anglaise du droit privé provincial pertinent afin de déterminer la portée des règles qui complètent le droit fédéral.

C. Illustrations jurisprudentielles

La Cour suprême du Canada et les autres tribunaux canadiens se sont prononcés à maintes reprises sur l'interprétation et l'application des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* depuis leur adoption⁷⁵. Toutefois, il ressort, d'une lecture attentive de la jurisprudence, que le plus haut tribunal n'a pas mené une étude très poussée de ces

75. Les principaux arrêts de la Cour suprême du Canada sont les suivants : *Schreiber*, *supra* note 71; *Magasins à rayons Peoples inc (Syndic de) c Wise*, 2004 CSC 68; *DIMS Construction inc (Syndic de) c Québec (PG)*, 2005 CSC 52 [DIMS]; *Canada 3000*, *supra* note 47; *AYSA Amateur Youth Soccer Association c Canada (Agence du revenu)*, 2007 CSC 42 [AYSA]; *Banque de Montréal c Innovation Credit Union*, 2010 CSC 47 [ICU]; *Banque Royale du Canada c Radius Credit Union Ltd*, 2010 CSC 48; *Bruyère*, *supra* note 46; *Hinse*, *supra* note 34; *BCI*, *supra* note 54. Il y a aussi deux arrêts dans lesquels la Cour applique un raisonnement conforme à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*, sans toutefois le citer : *Saulnier*, *supra* note 45; *Drummond*, *supra* note 45 (voir les motifs du juge Rothstein). Pour une liste des décisions pertinentes de tous les tribunaux canadiens, voir « Répertoire de jurisprudence sur le bijuridisme et l'harmonisation » (dernière modification le 15 juin 2021), en ligne : *Ministère de la Justice du Canada* <www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/harmonization/bijurilex/biju/repe1-case.html>.

dispositions ni formulé, de manière systématique, de cadre d'analyse applicable⁷⁶. Cette section ne vise pas à présenter l'ensemble des tendances qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour⁷⁷. Son objectif consiste plutôt à présenter deux de ses décisions — les arrêts *DIMS* et *AYSA*⁷⁸ — afin d'illustrer la dynamique du bijuridisme en contexte canadien.

1. Arrêt *DIMS*

Dans l'arrêt *DIMS*, la Cour suprême du Canada devait interpréter le paragraphe 97(3) *LFI*, une loi fédérale, qui permet l'application en matière de faillite de la « compensation »⁷⁹, une notion de droit privé, sans toutefois préciser les règles qui sont alors applicables. Or, les règles pertinentes ne sont pas les mêmes dans les systèmes de common law et de droit civil canadiens. En common law, la notion de « *compensation en equity* » permet d'opérer compensation même si cela peut porter atteinte au droit des tiers, c'est-à-dire les créanciers du failli qui ne jouissent pas d'une garantie (comme une hypothèque, une priorité ou un droit de rétention)⁸⁰. En 1998, dans une décision controversée, *Structal (1982) inc c Fernand Gilbert Itée*⁸¹, la Cour d'appel

76. Voir Allard, « Disposition préliminaire », *supra* note 22 (« À ce jour, les tribunaux n'ont pas développé une approche raisonnée à l'application de règles d'interprétation prévues aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* » à la p 308).

77. Pour un résumé des tendances qui se dégagent de la jurisprudence, voir Grenon, « Canadian Bijuralism », *supra* note 41 aux pp 512–31; Grenon, « Bijuridisme canadien », *supra* note 41 aux pp 790–810.

78. *DIMS*, *supra* note 75; *AYSA*, *supra* note 75.

79. La compensation s'applique lorsque deux personnes sont réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre. Dans un tel cas, la compensation a pour effet d'éteindre les dettes jusqu'à concurrence de la plus petite. Par exemple, si A doit 1 000 \$ à X et que X doit 800 \$ à A, par compensation, la dette de X s'éteint et celle de A est réduite à 200 \$. Dans un contexte de faillite, l'application de la compensation peut parfois avoir pour conséquence de privilégier un créancier non garanti au détriment des autres créanciers.

80. Voir John AM Judge et Margaret E Grottenthaler, « Legal and Equitable Set-Offs » (1991) 70:1 R du B can 91 à la p 117 :

[L]a compensation en *equity* permet en fait à un créancier non garanti d'avoir priorité sur tous les créanciers, garantis comme non garantis. Un tel résultat va à l'encontre du système complexe et sophistiqué qui a été élaboré pour établir des rangs entre différentes catégories de créanciers, en particulier dans les cas où l'enregistrement d'un droit garanti est requis. Le principe de la compensation en *equity* a évolué au cas par cas, sans que de telles conséquences soient prises en compte [notre traduction].

81. [1998] RJQ 2686 (CA) [*Structal*]. Sur la notion de « *compensation en equity* », voir les motifs dissidents du juge Frank Iacobucci dans l'arrêt *Husky Oil Operations Ltd c Canada (MRN)*, [1995] 3 RCS 453 au para 179.

du Québec avait appliqué la notion de « *compensation en equity* » dans le contexte de la faillite d'une entreprise québécoise. Toutefois, dans l'arrêt *DIMS*, rendu après l'adoption de la *Loi d'harmonisation n° 1* en 2001, la Cour suprême du Canada a conclu que le recours à cette notion étrangère au droit civil québécois n'était pas permis dans de telles circonstances :

La LFI intègre donc, mais sans le définir, un mécanisme de compensation. Pour le circonscrire, il faut faire appel non seulement au texte de la LFI mais aussi au droit provincial. Depuis la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil* [...], il est clair que le droit civil québécois agit, dans la province de Québec, comme droit supplétif en matière de faillite. Ceci signifie qu'à l'égard des aspects qui ne sont pas régis par la LFI, les règles de la compensation du droit civil s'appliquent⁸².

Au Québec, les règles relatives à la compensation sont énoncées aux articles 1672, 1673 et 1681 CcQ. L'article 1681 précise que « [l]a compensation n'a pas lieu [...] au préjudice des droits acquis à un tiers ». L'effet de cette disposition est qu'en droit civil, contrairement à ce que prévoit la common law, la compensation ne peut s'appliquer si cela porte atteinte aux droits des autres créanciers du failli⁸³. Autrement dit, alors que la common law confère au tribunal, dans un contexte de faillite, le pouvoir discrétionnaire de privilégier un créancier non garanti par le truchement des règles d'*equity*, le droit civil le prive de cette discrétion et insiste plutôt sur le respect du principe de l'égalité entre les créanciers non garantis (article 2644 CcQ). La notion de « *compensation en equity* » est donc incompatible avec la logique civiliste.

En raison de l'arrêt *DIMS*, les règles applicables en matière de faillite pour établir si la compensation peut ou non avoir lieu ne sont pas uniformes dans l'ensemble du pays⁸⁴. Cet arrêt illustre concrètement les divergences qui découlent parfois de l'application du principe de la complémentarité dans l'interprétation et l'application du droit fédéral d'une province à l'autre. Ces divergences se manifestent surtout

82. *DIMS*, *supra* note 75 au para 34.

83. Voir Sébastien Grammond, Anne-Françoise Debruche et Yan Campagnolo, *Quebec Contract Law*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020 au para 625.

84. Voir Grenon, « Canadian Bijuralism », *supra* note 41 à la p 517; Grenon, « Bijuridisme canadien », *supra* note 41 à la p 796.

lorsque le droit civil est utilisé à titre supplétif en vertu de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*⁸⁵. Lorsqu'une divergence comme celle-ci se manifeste, le législateur fédéral a deux options : premièrement, il peut accepter l'absence d'uniformité dans le but de maintenir l'intégrité de chaque système juridique; deuxièmement, il peut modifier le texte législatif en cause s'il estime qu'il est souhaitable d'obtenir un résultat uniforme dans l'ensemble du pays⁸⁶. Si le législateur privilégiait cette dernière option dans le contexte du paragraphe 97(3) *LFI*, quelle règle adopterait-il : celle de la common law, celle du droit civil ou encore une nouvelle règle métissée? Quel qu'il soit, ce choix serait sans doute arrêté au terme d'une étude approfondie des règles de la common law et du droit civil. Peu importe la règle choisie, le législateur devrait au préalable s'assurer qu'elle puisse s'intégrer sans heurt au sein de l'autre système. En revanche, si une nouvelle règle métissée était créée pour l'occasion, celle-ci combinerait vraisemblablement des éléments de la common law et du droit civil qui sont jugés compatibles⁸⁷.

2. Arrêt AYSA

Dans l'arrêt *AYSA*, la Cour suprême du Canada devait décider si la *promotion du sport* constitue une « activité de bienfaisance » aux termes du paragraphe 149.1(1) *LIR* — une loi fédérale — pour établir si une association sportive provinciale pouvait être qualifiée d'« organisme de bienfaisance enregistré », au sens du paragraphe 248(1), et ainsi bénéficier de certains avantages fiscaux. Comme l'expression « activité de bienfaisance » est une notion de droit privé qui n'est pas, à proprement parler, définie dans la loi fédérale, l'association s'était appuyée sur l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* pour plaider que cette expression devait être interprétée conformément au droit privé ontarien puisque l'association menait ses affaires dans cette province.

85. En comparaison, le recours à la common law à titre supplétif pour compléter le droit fédéral est moins controversé puisque les règles pertinentes sont généralement uniformes dans les provinces régies par cette tradition juridique. Pour un exemple de situation dans laquelle la common law fut appliquée à titre supplétif, voir *ICU*, *supra* note 75.

86. Voir Grenon, « Canadian Bijuralism », *supra* note 41 à la p 535; Grenon, « Bijuridisme canadien », *supra* note 41 à la p 814.

87. Pour l'instant, le législateur fédéral semble s'accommoder de l'asymétrie dans l'application du paragraphe 97(3) *LFI*. En effet, en 2004, le législateur a inséré un doublet terminologique dans la version anglaise de cette disposition : « *The law of set-off or compensation applies to all claims made against the estate of the bankrupt* ». Voir la *Loi d'harmonisation* n° 2 du droit fédéral avec le droit civil, LC 2004, c 25, art 58.

Traditionnellement, en common law (ou, plus précisément, en *equity*) canadienne, la promotion du sport, en soi, n'était pas considérée comme une activité (ou une fin) de bienfaisance. Cependant, dans la décision *Re Laidlaw Foundation*⁸⁸, la Cour divisionnaire de l'Ontario avait fait évoluer le droit privé ontarien sur cette question en concluant que la promotion du sport constituait une « fin de bienfaisance » en application de l'alinéa 6a(a) de la *Charities Accounting Act*⁸⁹.

Cet argument a toutefois été rejeté de manière laconique par le juge Marshall Rothstein, au nom des juges majoritaires du plus haut tribunal :

[L'AYSA] soutient aussi que, aux termes de l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation* [...] il faut se reporter au droit provincial pour établir ce qui a un caractère de bienfaisance au sens de la *LIR* et que le droit provincial applicable en l'espèce est énoncé dans la décision *Laidlaw*. Toutefois, les définitions en matière de bienfaisance énoncées dans des lois provinciales et les décisions s'y rapportant ne sauraient dicter le sens à donner à bienfaisance pour l'application de la *LIR*⁹⁰.

La Cour a plutôt appliqué la définition traditionnelle de la common law pour conclure que la promotion du sport ne constituait pas une activité de bienfaisance, ce qui, *a priori*, est étonnant puisqu'il n'existerait pas de « common law fédérale » en la matière⁹¹. Ce raisonnement paraît d'autant plus précaire qu'il ne tient pas compte du cadre d'analyse de l'article 8.1⁹². En effet, la Cour n'explique pas pourquoi, dans les circonstances, elle n'a pas jugé nécessaire de recourir au droit privé ontarien pour interpréter l'expression « activité de bienfaisance » selon la méthode moderne d'interprétation des lois. De plus, la Cour ne relève aucune disposition législative qui écarte explicitement le recours

88. (1984), 48 OR (2^e) 549 [*Laidlaw*].

89. RSO 1980, c 65, art 6a(a). Il s'agit maintenant de l'alinéa 7d) de la *Loi sur la comptabilité des œuvres de bienfaisance*, LRO 1990, c C.10, qui reprend les quatre catégories traditionnelles de fins de bienfaisance établies par la jurisprudence anglaise, c'est-à-dire le « soulagement de la misère », l'« éducation », l'« avancement de la religion » et « toute fin favorisant les intérêts de la collectivité » qui n'entre pas dans les catégories précédentes. C'est en vertu de cette dernière catégorie que la promotion du sport a été reconnue comme une fin de bienfaisance par la Cour divisionnaire de l'Ontario dans la décision *Laidlaw*, *ibid*.

90. AYSA, *supra* note 75 au para 39. Voir aussi Sullivan, *Construction of Statutes*, *supra* note 10 au para 5.106.

91. Voir Allard, « Bijuridisme », *supra* note 18 aux pp 22–26.

92. Voir Grenon, « Canadian Bijuralism », *supra* note 41 aux pp 519–22; Grenon, « Bijuridisme canadien », *supra* note 41 aux pp 799–802.

au droit privé provincial. Rien dans le libellé, le contexte ou l'objet de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne laissait entendre que le législateur voulait dissocier la notion en cause du droit privé provincial. À l'instar du terme « compensation » dans l'arrêt *DIMS*, l'expression « activité de bienfaisance » est une notion de droit privé non définie qui devrait, en principe, être interprétée conformément au droit privé provincial. Logiquement, compte tenu de l'état du droit ontarien sur cette question, la Cour aurait dû, à notre avis, conclure que la promotion du sport constitue une activité de bienfaisance.

Certes, une telle conclusion aurait mené à une application divergente du droit fédéral d'une province à l'autre, dans la mesure où certaines provinces, contrairement à l'Ontario, s'appuient toujours sur les règles traditionnelles de la common law pour déterminer ce qui constitue une activité ou une fin de bienfaisance. Toutefois, comme le rappelle le professeur Bisson, l'objet de l'article 8.1 n'est pas l'uniformisation du droit fédéral, mais plutôt son harmonisation avec le droit provincial applicable⁹³. Il faut par ailleurs souligner que la province de l'Ontario n'aurait pas été seule dans cette position. Au Québec, le champ d'application des *fiducies d'utilité sociale* est plus large que celui des *fiducies caritatives* qui, elles, sont régies par les règles traditionnelles de la common law. L'article 1270, alinéa 1 CcQ dispose que la « fiducie d'utilité sociale est celle qui est constituée dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique ». *A priori*, cette définition semble suffisamment large pour inclure la promotion du sport. Par conséquent, une association sportive qui aurait pour objet exclusif la promotion d'un sport au Québec pourrait vraisemblablement être qualifiée d'« organisme de bienfaisance enregistré » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹⁴. Si cette interprétation recevait l'aval des tribunaux, le législateur fédéral serait de nouveau appelé à décider s'il accepte ces divergences dans l'interprétation et l'application de sa loi ou s'il estime préférable d'établir une règle uniforme pour l'ensemble du pays.

93. Sénat, *Témoignages*, *supra* note 20.

94. Voir Jacques Beaulne, « The Law of Trusts » dans Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison With the Common Law of Canada*, Toronto, Thomson, 2008, 169 à la p 202. Dans le même sens, voir Grenon, « Canadian Bijuralism », *supra* note 41 aux pp 521–22; Grenon, « Bijuridisme canadien », *supra* note 41 aux pp 801–02; Duff, « Complémentarité, dissociation et bijuridisme », *supra* note 17 aux pp 124–25.

II. ÉMERGENCE D'UN DIALOGUE TRANSSYSTÉMIQUE

Selon le principe de la complémentarité établi à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* et la mécanique des doublets terminologiques et des termes neutres décrite à son article 8.2, les droits provinciaux canadiens constituent autant d'entités juridiques distinctes. Cependant, cette réalité n'empêche pas, selon nous, que ces dispositions puissent servir de moyeu dans l'articulation d'un dialogue transsystémique au sein de l'ordre fédéral, entre les droits provinciaux ou entre ceux-ci et le droit fédéral. Dans cette section, nous présenterons d'abord les principaux éléments d'une critique formulée à l'égard des règles d'interprétation *bijuridique* formalisées aux articles 8.1 et 8.2, pour ensuite y répondre. Nous préciserons enfin les formes de dialogue susceptibles de découler de ces dispositions.

A. Critique des règles

Dans un texte remarquable intitulé « Rhapsodie sur la forme et le fond de l'harmonisation juridique », Robert Leckey, doyen de la Faculté de droit de l'Université McGill, soutient que la *Loi d'interprétation* s'opposerait à l'idée même de tout dialogue, principalement en raison (1) de la vision du droit qu'elle présuppose, (2) du processus institutionnel qui la caractérise et (3) de la conception du fédéralisme canadien qu'elle véhicule⁹⁵.

Selon la première objection, en posant la notion de « terme juridique » comme unité de base de l'analyse législative, c'est-à-dire les « termes propres au droit civil » et les « termes propres à la common law » (article 8.2), le législateur fédéral en appellerait d'une vision du droit liée au « positivisme juridique »⁹⁶, qui « présume [de] l'existence d'une signification unique et constante pour chaque terme dans le droit commun provincial » et fait donc « abstraction de la polyvalence des termes juridiques »⁹⁷. La formulation de la *Loi d'interprétation* laisserait ainsi entrevoir une conception formelle et statique du droit, dans laquelle la règle de droit est clairement circonscrite et appliquée sans controverse par les juges⁹⁸, selon un processus mécanique,

95. Leckey, *supra* note 13.

96. *Ibid* à la p 12.

97. *Ibid* aux pp 26–27.

98. *Ibid* à la p 38.

linéaire et prévisible. Or, une telle conception serait foncièrement incompatible avec la notion même de « dialogue », qui emporte au contraire un processus à « caractère contingent et évolutif »⁹⁹ et un mouvement circulaire d'allées et venues entre deux entités suffisamment malléables pour s'en voir graduellement transformées.

La seconde objection déplore le fait que la politique fédérale ait emprunté la voie législative plutôt que judiciaire, réduisant ainsi l'exercice d'harmonisation à une simple « opération technique pouvant être déléguée à des fonctionnaires »¹⁰⁰ et axée sur un illusoire « état de complétude »¹⁰¹. Selon cette perspective, les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* se résumeraient, en fait, à des « décrets harmonisateurs »¹⁰², le fruit d'un processus « centraliste, technocratique et dirigiste »¹⁰³ mettant en cause « un savoir technique et bureaucratique »¹⁰⁴ imposé « par le haut »¹⁰⁵, selon une logique verticale à sens unique, alors que l'établissement d'un véritable dialogue se ferait plutôt « par le bas »¹⁰⁶, selon une logique horizontale, constamment renouvelée, d'« intelligence du contexte »¹⁰⁷ et d'interaction dialectique avec les faits, davantage propre au processus judiciaire.

Enfin, la troisième objection s'oppose à la vision constitutionnelle qui émane de la *Loi d'interprétation*, selon laquelle il reviendrait au Québec de « régir de manière autonome le droit civil [canadien] tout entier »¹⁰⁸ — reléguant à cet égard le Parlement du Canada à « un rôle purement passif »¹⁰⁹. En effet, la *Loi d'interprétation* dicte de se tourner d'abord vers le droit québécois lorsque le recours à des notions de propriété et de droits civils s'impose pour assurer l'application d'une

99. *Ibid.*

100. *Ibid* à la p 41.

101. *Ibid* à la p 43.

102. *Ibid* à la p 47.

103. *Ibid* à la p 44.

104. *Ibid* à la p 36.

105. *Ibid* à la p 46.

106. *Ibid* à la p 47. C'est là le principal point de comparaison et d'opposition, selon le doyen Leckey, de l'harmonisation juridique telle qu'envisagée dans la *Loi d'interprétation*, avec l'harmonisation musicale, métaphore centrale de son argumentaire.

107. *Ibid* à la p 40.

108. Robert Leckey et André Braën, « Le bilinguisme dans le domaine législatif » dans Michel Bastarache, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2004, 41 à la p 128.

109. Leckey, *supra* note 13 à la p 47.

loi fédérale dans cette province (article 8.1). Cette même loi circonscrit ensuite les « termes propres au droit civil » aux seuls termes du droit civil « de la province de Québec » (article 8.2). Pourtant, la Constitution canadienne prévoit expressément que certains domaines touchant à la propriété et aux droits civils reviennent en exclusivité au législateur fédéral. Une meilleure lecture du fédéralisme emporterait donc, selon cette objection, d'assigner aux deux ordres de gouvernement la responsabilité conjointe de construire et d'harmoniser le droit canadien régissant ces matières. Le doyen Leckey soutient en effet qu'« il existerait un devoir d'adaptation réciproque de la part des deux gouvernements »¹¹⁰, de sorte que « le législateur québécois aurait peut-être même l'obligation de s'assurer que son droit, en deçà de ses domaines de compétence exclusive, [tienne] compte des innovations du gouvernement fédéral à l'intérieur des siens »¹¹¹.

B. Réplique à la critique formulée

Nous ne partageons pas ces préoccupations. En réponse à la première objection, il suffit de souligner qu'il n'y a aucune raison d'assimiler la conception positiviste du droit dans laquelle s'inscrit la *Loi d'interprétation* à une forme de littéralisme étroit¹¹². S'il est permis de croire qu'une telle conception littéraliste puisse sous-tendre l'interprétation des textes de loi dans les systèmes de common law, où la souplesse interprétative est communément associée à une usurpation du rôle législatif par les juges, la situation est tout autre dans les systèmes de droit civil, où les juges sont censés procéder de façon téléologique quand il s'agit d'interpréter les lois particulières en marge d'un code civil¹¹³.

110. *Ibid* aux pp 30–31.

111. *Ibid* à la p 31.

112. On notera à cet égard que, dans la conception positiviste défendue par bon nombre d'auteurs, le droit n'est aucunement statique ou fixé de façon définitive, mais bien en constante évolution, précisément parce qu'il demeure toujours fondamentalement sujet à interprétation. Voir notamment Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (MASS), Harvard University Press, 1986; Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

113. Voir Jacques Herbots, « L'interprétation des lois à formulation multilingue en Belgique » (1984) 25 C de D 959 à la p 963. Voir aussi Alain-François Bisson, « Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions » (1992) 23:1 RDUS 1 aux pp 7–8; Côté et Devinat, *supra* note 10 aux para 100–11.

En outre, il n'y a pas lieu de croire que le législateur fédéral ait ici souhaité privilégier l'une ou l'autre de ces approches littéraliste et téléologique. Alors que l'article 8.2 réfère effectivement aux « termes propres au droit civil » et aux « termes propres à la common law », l'article 8.1, quant à lui, fait appel, de façon plus large, aux « règles, principes et notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils ». Enfin, l'on sait fort bien que, dans tout système de droit, les règles, principes et notions constituent autant d'artefacts juridiques dont la définition et l'interprétation sont constamment remises en cause. Dans cette perspective, on pourrait donc envisager que l'emploi d'un terme comme *hypothèque* ou *mortgage* dans une loi fédérale doive s'interpréter comme renvoyant, non pas à une quelconque notion fixe et définitive, mais bien à l'ensemble des discours législatifs, judiciaires et doctrinaux entourant ces notions en droit civil et en common law, avec toute la complexité, l'ambiguïté et la controverse que cela implique. C'est dire que rien n'est ici nécessairement simple, statique, complet, définitif et parfaitement circonscrit; tout peut, au contraire, être complexe, mouvant, perfectible, en constante redéfinition et sujet à critiques. Pour preuve, l'article 8.1 précise que les « règles, principes et notions » à consulter en la matière sont ceux « en vigueur dans [la] province au moment de l'application du texte », reconnaissant ainsi qu'ils puissent varier dans le temps.

Un commentaire similaire s'impose en réponse à la seconde objection, concernant la forme législative de l'initiative fédérale. Dans la mesure où cette objection s'attaque à la source technocratique de la *Loi d'interprétation*, elle ratisse trop large, puisqu'elle pourrait, en principe, être soulevée à l'encontre de n'importe quelle disposition législative. La rédaction de la première ébauche d'un texte de loi est en effet souvent confiée à des fonctionnaires, sans que cela ne soulève le moindre problème de déficit démocratique : s'agissant d'une simple ébauche, celle-ci sera lue, relue, débattue, modifiée ou même entièrement réécrite, par les élus, sous l'éclairage de témoignages d'experts, avant l'adoption du texte final, suivant le processus législatif normal. C'est dire que l'intervention des fonctionnaires ne constitue qu'un maillon dans ce long processus de consultation et de discussion collectives. De plus, ce processus est loin de prendre fin avec l'adoption et la mise en vigueur formelles du texte, puisque celui-ci doit ensuite être interprété et mis en application par les juges, dont le travail sera, à son tour, débattu et critiqué par les auteurs, eux-mêmes s'adressant aux juges, qui seront par la suite en mesure de répliquer, et ainsi de

suite¹¹⁴. Par conséquent, loin de viser un soi-disant « état de complétude » juridique, définitif, statique et imposé par le haut, le processus législatif enclenché par les fonctionnaires fédéraux à la source de la *Loi d'interprétation* est plutôt de nature argumentative, dialectique et continue.

En ce qui a trait à la troisième objection, il faut se demander en quoi consisterait, de manière concrète, « un devoir d'adaptation réciproque de la part des deux gouvernements »¹¹⁵ en matière d'harmonisation juridique. Envisage-t-on ici une action concertée de la part des législateurs fédéral et provinciaux, des juges fédéraux et provinciaux ou de ces deux groupes d'acteurs en même temps? Étant donné la méfiance à l'égard de l'appareil bureaucratique dont témoigne la deuxième objection, on peut penser que les juges sont ici les premiers visés. En effet, en ce qui concerne les droits provinciaux de common law, on pourrait envisager que les juges ontariens, par exemple, entreprennent de faire graduellement converger la common law ontarienne vers le droit fédéral en matière de propriété et de droits civils, en même temps que, à l'inverse, les juges fédéraux s'appliqueraient à aligner leurs jugements en la matière avec ceux rendus par leurs homologues ontariens. De même, en principe, rien ne s'oppose à ce que les juges québécois puissent entreprendre, de leur propre chef, d'aligner leurs jugements de droit privé sur ceux de leurs confrères fédéraux. En effet, par le passé, les tribunaux québécois ont, de temps à autre, privilégié des solutions conformes à celles qui avaient été adoptées ailleurs au pays, comme en témoigne la décision *Structal* de la Cour d'appel du Québec¹¹⁶. Cependant, au-delà d'une simple faculté des juges québécois d'aligner leur droit privé avec le droit fédéral de manière ponctuelle, il s'agit ici d'un *devoir* en bonne et due forme que le doyen Leckey semble vouloir mettre de l'avant. Est-ce à dire qu'il faudrait alors obliger les juges québécois à faire converger leur droit privé vers le droit fédéral? Il est permis d'en douter.

114. Voir Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, traduit par Elizabeth King et Martin Albrow, London, Routledge, 1985 aux pp 174–83 (pour une version française de cet ouvrage, voir Niklas Luhmann, *Le droit de la société*, traduit par Lukas K Sosoe, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019); Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, 1988 aux pp 24–25; Catherine Valcke, *Comparing Law: Comparative Law as Reconstruction of Collective Commitments*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018 aux pp 34–38.

115. Leckey, *supra* note 13 aux pp 30–31.

116. *Supra* note 81.

En ce qui concerne le Québec, on peut penser que c'est par la voie législative, plutôt que judiciaire, que serait mis en œuvre le processus conjoint d'harmonisation des lois fédérales et provinciales. Dans cette optique, il reviendrait vraisemblablement au législateur québécois d'encadrer les juges par l'entremise de l'adoption ponctuelle de lois *particulières* visant à contrecarrer tel ou tel courant jurisprudentiel qui s'écarterait du droit fédéral en matière de propriété ou de droits civils. Cependant, cette option est aussi problématique dans la mesure où elle projette la législation adoptée en marge du Code civil comme formant le point d'ancrage de l'ordre juridique civiliste, inversant ainsi les rôles respectifs de *droit de principe* et de *droit d'exception*, historiquement attribués au Code et aux lois particulières. Dans un article classique¹¹⁷, régulièrement cité par les tribunaux¹¹⁸, le professeur Bisson retrace la genèse de la disposition préliminaire du Code civil, qui énonce que le Code établit le « droit commun » et « constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger »¹¹⁹. Dans ses cours, le professeur Bisson se plaisait à expliquer que le Code établit le droit commun (le droit de principe) au Québec, tout comme la common law (ainsi que l'*equity*) établit le droit

117. Alain-François Bisson, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999) 44:3 RD McGill 539.

118. Cour suprême du Canada : *Terre-Neuve-et-Labrador (PG) c Uashannuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4 au para 119; *Prud'homme c Prud'homme*, 2002 CSC 85 au para 29 [*Prud'homme*]; Cour d'appel du Québec : *Langford Sharp c Autorité des marchés financiers*, 2021 QCCA 1364 au para 70; *Agence du revenu du Québec c Larocque*, 2016 QCCA 556 au para 51; Cour supérieure du Québec : *Gignac c Gauvin*, 2009 QCCS 524 au para 47; Tribunaux administratifs : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Cloutier) c Poulin*, 2004 CanLII 29094 au para 45; *Placements Mirok inc c Québec (Office de la protection du consommateur)*, 2002 CanLII 55253 au para 9; *Loiselle c Parentèle de Laval inc*, 2010 QCCRT 148 au para 39; *Hébert c Sodema inc*, 2010 QCCRT 92 au para 58.

119. La Cour suprême du Canada a cité l'article du professeur Bisson pour la première fois dans l'arrêt *Prud'homme*, *supra* note 118. Dans ce pourvoi, la Cour a affirmé que le Code civil régit le recours en diffamation à l'encontre de conseillers municipaux, bien que cette question puisse être considérée comme en étant une de droit public. Pour appuyer sa position, la Cour a cité, outre l'article du professeur Bisson, la disposition préliminaire du Code, qui précise que celui-ci établit le *droit commun* du Québec et non seulement son *droit privé*. Il faut toutefois souligner que l'idée voulant que ce soit le Code plutôt que la common law de droit public qui régit le recours en diffamation contre un élu québécois est loin de faire l'unanimité. Le professeur Jean-Denis Archambault, un collègue du professeur Bisson à la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, a en effet formulé une critique tout aussi virulente que convaincante de l'arrêt *Prud'homme*. Voir Jean-Denis Archambault, *Le droit (et sa répression judiciaire) de diffamer au Québec*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2008.

commun dans les autres ressorts canadiens¹²⁰. Il s'ensuit que les lois particulières (le droit d'exception) adoptées par le législateur doivent être lues à la lumière du Code ou de la common law, selon le ressort, puisqu'elles ont pour objet d'ajouter ou de déroger au droit commun¹²¹. Des lois particulières québécoises ne sauraient donc, selon cette logique, servir de point d'ancrage au droit commun en matière de propriété et de droits civils.

C. Formes de dialogue envisageables

S'il est possible, dès lors, de surmonter les objections formulées à l'encontre des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, y aurait-il toujours lieu de craindre que ces dispositions ferment la porte à toute forme de dialogue entre le droit fédéral et les droits provinciaux en matière de propriété et de droits civils? Quoique cette loi ait, certes, pour effet d'exclure certaines formes de dialogue, d'autres demeurent ouvertes¹²² qui pourraient, selon nous, se révéler particulièrement utiles pour préserver la diversité juridique canadienne. C'est dire que la *Loi d'interprétation* mettrait de l'avant, en définitive, un cadre législatif fort adéquat en regard de la saine harmonisation des droits privés fédéral et provinciaux, puisqu'elle aurait pour effet d'opérer une sorte de tri des diverses formes de dialogue envisageables dans le contexte constitutionnel canadien, retenant celles qui peuvent être utiles et évacuant les autres.

Mais encore faut-il préciser ce que nous entendons par un dialogue *utile* ou *inutile*. Est inutile, voire délétère à long terme, le dialogue par lequel les deux entités participantes s'approprieraient mutuellement, et sur une base continue, un nombre croissant d'éléments de l'autre

120. Yan Campagnon, « Notes du cours : élaboration des lois et interprétation » dans le cadre du cours d'Alain-François Bisson, Section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa, hiver 2002 [non publiées].

121. *Ibid.* Le professeur Bisson dessinait en classe un tableau tout aussi simple qu'efficace (reproduit en annexe) pour illustrer l'interaction entre le droit de principe et le droit d'exception au Québec et dans les provinces de common law. Bien que le Code civil, contrairement à la common law, constitue un droit légiféré, il établit les principes généraux du droit québécois tout comme la common law établit les principes généraux du droit dans les autres provinces canadiennes.

122. Voir Kasirer, « L'outre-loi », *supra* note 14 (« le bijuridisme consacré par les lois d'harmonisation ne s'oppose pas à un "dialogue" vif entre la common law et le droit civil » à la p 348).

entité¹²³. En effet, comme il est de l'essence même d'un système juridique de se réajuster en permanence afin de maximiser sa cohérence interne¹²⁴, chaque nouvel élément qu'il absorbe provoque nécessairement un réarrangement de tous les autres éléments du système¹²⁵. Il s'ensuit qu'une répétition à l'infini d'un tel processus se traduirait par un inéluctable mouvement de rapprochement des deux systèmes, au point que l'un et l'autre en viendraient graduellement à perdre leur identité propre et à fusionner en un seul et même nouveau système, tout autant axé que les deux précédents sur le maintien et l'amélioration de sa propre cohérence interne¹²⁶. On voit immédiatement qu'un tel dialogue se solderait en définitive par une absence de dialogue : des deux entités initiales, il n'en resterait plus qu'une. Or, pour qu'un dialogue soit possible, il faut qu'il opère entre au moins deux entités¹²⁷. C'est dans ce sens que nous nous permettons de qualifier une telle forme de dialogue, à vocation unificatrice, de *délétère à long terme*.

123. À noter qu'il s'agit bien ici d'un processus au cours duquel les éléments de chaque système sont *appropriés* par l'autre : dans la mesure où les juges ne font que *s'inspirer* de solutions étrangères lors de la reconstruction de leur propre système, cette reconstruction demeurant en définitive ancrée dans la logique interne du système en cause, il n'y a pas lieu de craindre pour l'intégrité des divers systèmes. Loin d'être délétère, un tel dialogue peut en fait se révéler fort constructif. Voir Rosalie Jukier, « Canada's Legal Traditions: Sources of Unification, Diversification or Inspiration? » (2018) 11:1 J Civ L Studies 75. On peut cependant douter qu'un dialogue d'*inspiration* puisse être conceptualisé comme constituant une voie tierce, mitoyenne entre les dialogues d'*uniformisation* et de *séparation* : dans la mesure où la solution étrangère inspire, *mais ne détermine pas* le jugement local, on demeure fermement campé du côté du dialogue de séparation ; en revanche, dès lors que la solution étrangère *détermine* le jugement local, on passe directement de l'autre côté, c'est-à-dire du côté de l'uniformisation. La structure binaire du jugement de droit — notamment incarnée, dans les systèmes de common law, dans la distinction traditionnelle entre la *ratio decidendi* et l'*obiter dictum* des décisions judiciaires — ne permet pas de position intermédiaire.

124. Voir Luhmann, *supra* note 114 aux pp 174–83 ; Valcke, *supra* 114 aux pp 144–58.

125. Voir, par exemple, l'arrêt *CM Callow Inc c Zollinger*, 2020 CSC 45, dans lequel les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada s'appuyèrent sur la notion civiliste d'« abus de droit », en l'espèce tirée directement du droit civil québécois, pour infirmer une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, au motif que l'intimée n'avait aucune obligation de corriger les attentes mal fondées induites par elle chez l'appelant, concernant le renouvellement du contrat d'entretien de ce dernier. Un tel jugement ne peut que raviver les débats, en droit québécois, quant à la nature de la responsabilité engagée dans le cadre d'un abus de droit (voir *Houle c Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 RCS 122), en même temps que semer la confusion, dans la common law britanno-colombienne, quant à l'évaluation des dommages en tels contextes.

126. Voir Allard, « Bijuridisme », *supra* note 18 aux pp 21–22.

127. Voir Sullivan, « Multilingual and Multijural Legislation », *supra* note 17 à la p 1043.

La raison d'être du principe de la complémentarité énoncé à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* est précisément de parer à l'éventualité qu'un processus ou dialogue *unificateur* ne s'enclenche entre les droits privés fédéral et provinciaux. En l'absence d'un tel principe, le droit privé fédéral devrait se construire sans égard aux droits provinciaux, de sorte qu'il en viendrait à former un système autonome (le droit commun fédéral d'application générale, impatiemment attendu par certains), en concurrence directe avec les systèmes de droit privé provinciaux. Le cas échéant, on assisterait inévitablement à une vague d'échanges de solutions applicables à tel ou tel type de situations et à un glissement vers l'uniformisation. C'est pourquoi le principe de complémentarité promeut au contraire une application différenciée de la législation fédérale en matière de droit privé : les provinces se trouvant désormais à l'abri d'un dialogue fédéral-provincial unificateur, chacune est mieux à même de préserver la cohérence interne de son propre système, ce qui ne peut qu'enrichir la diversité juridique canadienne.

D'autres formes de dialogue fédéral-provincial demeurent néanmoins possibles, qui paraissent en fait probables et même souhaitables. On se souviendra d'abord que, comme le principe de la complémentarité est seulement présumé, le législateur fédéral peut l'écarter par l'entremise du critère de la nécessité et de celui de l'exclusion. En effet, le législateur peut, par exemple, exclure le recours au droit provincial en assignant à une notion juridique un sens particulier et uniforme à l'échelle du pays. Dans ce contexte, le dialogue intervient à l'étape du processus d'élaboration de la loi, lorsque le législateur tient compte du droit civil et de la common law pour déterminer ce sens particulier et uniforme¹²⁸. On pourrait alors parler de dialogue *législatif*. C'est dans ce contexte que le Parlement pourrait décider d'élaborer une nouvelle règle métissée, « avec des composantes mixtes »¹²⁹, inspirée du droit civil et de la common law¹³⁰, une démarche qu'appuierait vraisemblablement le doyen Leckey. L'une des principales faiblesses de son argumentaire est donc qu'il sous-estime le potentiel dialogique des

128. Voir Allard, « Disposition préliminaire », *supra* note 22 (le processus de rédaction des textes législatifs fédéraux « emporte nécessairement un dialogue entre les différentes institutions juridiques propres à l'une ou l'autre des traditions » aux pp 304–05; « les particularités propres [aux] traditions juridiques nourrissent la pensée du rédacteur dans l'élaboration des règles » à la p 306).

129. *Ibid* à la p 305.

130. *Ibid* à la p 306.

articles 8.1 et 8.2, c'est-à-dire la possibilité qu'ils offrent au législateur fédéral de créer une règle métissée d'application pancanadienne par l'intermédiaire des critères de la nécessité et de l'exclusion¹³¹.

De plus, même lorsque le principe de la complémentarité est mis en œuvre, une bonne dose de dialogue *judiciaire* est à prévoir pour ce qui est de déterminer l'interprétation à donner aux termes jumeaux composant les doublets terminologiques, ou alors, s'agissant plutôt de termes neutres, quant à la bonne façon de les décliner en droit civil et en common law : les juges provinciaux et fédéraux ayant sûrement autant à dire concernant l'état du droit québécois en matière d'*hypothèque* que concernant l'état de la common law en matière de *mortgage*, il n'y aurait rien de surprenant à ce qu'ils entreprennent de débattre entre eux de ces questions.

À cet égard, il paraît utile de comparer la *Loi d'interprétation* canadienne à sa contrepartie fonctionnelle américaine, la célèbre doctrine de l'arrêt *Erie Railroad Company v Tompkins*¹³² établie par la Cour suprême des États-Unis en 1938. On sait que, comme le Québec, la Louisiane et Porto Rico sont régis par des droits privés de souche civiliste. Or, la doctrine de l'arrêt *Erie* prévoit que les juges fédéraux américains appelés à se prononcer sur une question de droit étatique doivent s'en remettre au droit de l'État en question. Cela dit, la doctrine de l'arrêt *Erie* ne se contente pas de désigner le droit étatique applicable; elle précise, en outre, qu'il doit s'agir de l'interprétation que les tribunaux de l'État en question ont donnée de ce droit. C'est dire que, alors que le débat canadien vise à déterminer quel droit doit s'appliquer, le débat américain est quant à lui axé sur la différente question de savoir qui, des juges fédéraux ou étatiques, ont le dernier mot sur l'interprétation du droit en question. Toutefois, dans le cas particulier de la Louisiane, on a jugé qu'il valait mieux faire exception à la doctrine de l'arrêt *Erie* et laisser aux juges fédéraux le soin d'interpréter le droit louisianais, au motif que ces derniers seraient mieux à même que leur confères

131. À la toute fin de son texte, le doyen Leckey fait allusion au critère de la nécessité en reconnaissant qu'il peut faire « contrepoids à la théorie de la complémentarité du droit provincial », sans toutefois explorer cet argument de manière approfondie. Voir Leckey, *supra* note 13 à la p 48.

132. 304 US 64 (1938) [*Erie*]. La Cour suprême des États-Unis renversait ainsi l'arrêt *Swift v Tyson*, 41 US (16 Pet) 1 (1842), dans lequel elle avait décidé qu'il revenait aux juges fédéraux de se prononcer sur l'interprétation du droit des États.

louisianais de préserver l'essence civiliste de ce droit¹³³. Contrairement au droit américain, la politique d'harmonisation juridique canadienne, qui se contente de désigner les droits provinciaux, sans privilégier un interprète en particulier, ouvre bien plus grand la porte à un dialogue *interjuridictionnel*: ni la Cour suprême du Canada, ni les cours d'appel des provinces, ni aucun autre acteur juridique canadien n'a le pouvoir de fixer de manière définitive le sens à donner aux termes *hypothèque* ou *mortgage* figurant dans une loi fédérale¹³⁴. Ces divers acteurs peuvent donc engager, relancer et perpétuer un dialogue sur la question chaque fois qu'un nouveau litige leur en donne l'occasion.

Cela dit, la principale forme de dialogue utile envisagée par la *Loi d'interprétation* demeure vraisemblablement celle qui peut être associée à l'analyse comparative dite *différentielle*¹³⁵, la mouvance culturaliste selon laquelle le droit comparé devrait avant tout être consacré à l'étude de l'altérité juridique. Ce courant, qui regroupe des juristes fortement attachés à la dimension culturelle du droit, se caractérise d'abord et avant tout par ce à quoi il s'oppose, soit les deux sortes de travaux de droit comparé les plus en vogue au cours du siècle dernier: d'une part, ceux qui ont été produits dans le cadre de projets d'harmonisation des droits nationaux tel le projet de codification européenne¹³⁶; et, d'autre part, ceux qui ont trait aux diverses initiatives de *greffe juridique* visant à transposer, d'un système juridique à un

133. Voir *Shelp v National Surety Company*, 333 F.2d 431 (5th Cir 1964). Voir aussi John Burritt McArthur, « Good Intentions Gone Bad: The Special No-Deference *Erie* Rule for Louisiana State Court Decisions » (2006) 66:2 La L. Rev 313. La décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *McKesson v Doe*, 141 S Ct 48 (2020) semble toutefois avoir limité la portée de l'exception énoncée dans l'arrêt *Shelp*. Cette exception, si elle était transposée en contexte canadien, reviendrait à prétendre que l'interprétation du Code civil par les juges des cours fédérales devrait avoir préséance sur celle des cours québécoises, dont la Cour d'appel du Québec.

134. En effet, pas même la Cour suprême du Canada ne saurait fixer définitivement l'interprétation de tel ou tel terme de droit provincial, dans la mesure où il lui est toujours possible — sinon *de jure*, à tout le moins *de facto* — de revenir sur ses interprétations passées, souvent à la lumière de ce qu'en auraient dit les cours d'appel provinciales entre-temps, un tel dialogue interjuridictionnel étant *a priori* exclu dans tout système qui, comme le système américain, assigne spécifiquement à certains juges le pouvoir exclusif de se prononcer sur la question.

135. Voir Pierre Legrand, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures » (1999) 51:4 RIDC 1053.

136. À titre d'illustration, voir Rudolf B Schlesinger, dir, *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, Dobbs Ferry (NY), Oceana Publications, 1968; Christian von Bar, « Le groupe d'études sur un Code civil européen » (2001) 53:1 RIDC 127; Denis Mazeaud et Christophe Jamin, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001; Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law*, par Ole Lando et al, La Haye, Kluwer Law International, 2003, reproduit dans Alain Bénabent, *Droits des obligations*, 19^e éd, Paris, LGDJ, 2021, Annexe III. Voir aussi « The Common Core of European Private Law », en ligne: <www.common-core.org/>; pour les « Principles of European Contract Law », voir en ligne:

autre, des règles, institutions ou structures dont on estime qu'elles pourraient se révéler utiles au sein de ce dernier système¹³⁷. Alors que ces deux groupes de travaux ont en commun de procéder selon une méthode comparative dite *fonctionnaliste*, parce que fondée sur les fonctions sociales communes que les règles de droit sont appelées à jouer dans les différents systèmes¹³⁸, les partisans d'un droit comparé axé sur la culture juridique préfèrent mettre l'accent sur ce qui sépare les règles et les systèmes de droit, notamment, leurs sources et histoires respectives, leurs structures de pensée et logiques argumentatives, leurs présupposés épistémologiques et philosophiques et leurs non-dits culturels. Ces derniers prétendent en effet que la bonne compréhension de toute règle de droit passe nécessairement par la compréhension de ce qu'elle n'est pas, donc de ce qu'elle pourrait être. Ainsi saisisrait-on mieux l'*hypothèque* du droit civil en regard de sa très différente et pourtant exacte contrepartie fonctionnelle de *mortgage* en common law.

Il faut souligner que le rapport dialogique est ici à l'opposé de ce qu'il était sous sa forme unificatrice, décrite ci-dessus : alors que le dialogue *unificateur* projette les équivalents fonctionnels des différents systèmes comme se faisant écho¹³⁹, le dialogue *différentiel* présente plutôt ces équivalents comme des *alter ego*. De même, contrairement au premier, qui entraîne la fusion éventuelle des deux systèmes et, partant, sa propre disparition, le second peut se perpétuer à l'infini, puisqu'il représente ces systèmes comme se renvoyant constamment la balle, dans un mouvement de rebond perpétuel, contribuant en fait à souligner et à préciser leurs différences et, ce faisant, à préserver leur intégrité respective en tant que systèmes distincts. En effet, au fur et à mesure que les différentes paires d'*alter ego* sont ainsi définies et mieux comprises, leurs systèmes d'origine en viennent à leur tour à

Max-EuP 2012 <[https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Principles_of_European_Contract_Law_\(PECL\)](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Principles_of_European_Contract_Law_(PECL))>.

137. Le plus célèbre partisan de la greffe juridique en tant que premier facteur de transformation du droit est sans conteste Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2^e éd, Athens (GA), University of Georgia Press, 1993.

138. Les pionniers de cette approche sont les juristes allemands Konrad Zweigert et Hein Kötz. Pour un aperçu général de la méthode fonctionnaliste, voir généralement Ralf Michaels, « The Functional Method of Comparative Law » dans Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, dir, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2019.

139. En recherchant une règle applicable au Québec, le lecteur québécois lira « avec le bonheur d'entendre l'écho de l'outre-tradition », c'est-à-dire celle de common law. Voir Kasirer, « L'outre-loi », *supra* note 14 à la p 351.

être dévoilés et mieux compris. C'est dire que, si tant est que l'application du principe de la complémentarité prévu à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* permette ainsi de dévoiler et de mettre en parallèle les contreparties civiliste et de common law des notions évoquées dans la législation fédérale, ce principe contribuerait effectivement à l'instauration d'un dialogue *différentiel* constructif et durable entre les deux traditions juridiques canadiennes, auquel tant le législateur que le magistrat peuvent participer. C'est donc bien de *rencontre* qu'il est ici question, mais de rencontre entre deux systèmes de droit séparés¹⁴⁰, susceptible d'entraîner une certaine *mixité* ou un certain *métissage* des règles¹⁴¹ de manière à préserver — plutôt qu'à miner — l'intégrité de chaque système.

CONCLUSION

Qu'aurait pensé le professeur Bisson de ce débat sur la politique d'harmonisation juridique cristallisée dans les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*? Sans être en mesure de formuler une réponse définitive à cette question, nous pouvons hasarder quelques hypothèses sur la base de ses écrits et de ses enseignements. De prime abord, il n'y a nul doute que le professeur Bisson appuyait la démarche visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil québécois de façon à donner à la tradition civiliste la place qui lui revient au sein de l'État canadien et à en préserver l'intégrité. En tant que contributeur à l'édification du nouveau Code civil, le professeur Bisson n'a pu que se réjouir de voir les principes généraux énoncés dans le Code établir le droit commun non seulement dans les champs de compétence québécois, mais aussi dans les champs de compétence fédéraux lorsque le droit fédéral privé est appelé à s'appliquer dans un contexte québécois. Bref, le professeur Bisson aurait, peut-on penser, jugé utiles les nouvelles règles interprétatives que les articles 8.1 et 8.2 ont ajoutées à la boîte à outils des juristes appelés à interpréter le droit fédéral.

140. Nous sommes donc d'accord avec les propos de Nicholas Kasirer, alors qu'il était doyen de la Faculté de droit de l'Université McGill, lorsqu'il affirme que «les traditions vivent, comme les langues du droit, autant dans la rencontre que dans la séparation». Voir Kasirer, «L'outre-loi», *supra* note 14 à la p 350.

141. On pourrait donc parler d'une «épistémologie de la mixité» ou d'une «épistémologie métisse» dans ce contexte. Voir Allard, «Disposition préliminaire», *supra* note 22 à la p 302 («[I] a mixité inhérente du droit fédéral devrait pouvoir permettre le dialogue entre les différentes identités juridiques canadiennes pour établir le sens de ses règles» à la p 310). Voir aussi Kasirer, «L'outre-loi», *supra* note 14 à la p 331, n 6.

De plus, comme nous l’avons vu, le professeur Bisson reconnaissait pleinement l’autorité du Parlement du Canada d’uniformiser, lorsque ce dernier le juge à propos, le droit fédéral privé, de sorte qu’une seule et même règle s’applique à l’échelle pancanadienne. Sur la foi de son implication dans JuriGlobe et de son intérêt pour le bijuridisme canadien et les grands systèmes de droit contemporains, nous pouvons présumer que le professeur Bisson aurait appuyé une démarche fondée sur une analyse comparative, qui tienne compte tant de la common law que du droit civil, lorsque le législateur fédéral décide d’adopter une nouvelle règle métissée d’application pancanadienne. Ainsi, on peut penser que le professeur Bisson aurait trouvé intéressante l’idée d’un dialogue *différentiel*, soit un dialogue qui repose sur la séparation fondamentale des traditions juridiques, de manière à préserver leur intégrité, sans toutefois empêcher qu’elles puissent se rencontrer et se mélanger l’une à l’autre. Une chose est certaine, quoi que l’on puisse penser des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d’interprétation*, ces dispositions témoignent de la beauté, de la complexité et de l’originalité de notre droit, qualités auxquelles le professeur Bisson était fort sensible.

ANNEXE

Tableau du professeur Alain-François Bisson

	Systèmes civilistes	Systèmes de common law
Droit de principe (droit commun)	Code civil	Common law et <i>equity</i>
Droit d’exception (ajouts ou dérogations au droit commun)	Lois particulières	<i>Statutes</i>