

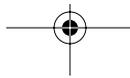
L'INTERFACE ENTRE LE DROIT COMMUN PRIVÉ PROVINCIAL ET LES COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

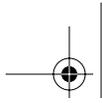
Jean LECLAIR*

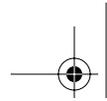
INTRODUCTION.....	3
I. L'INTERFACE ENTRE LE DROIT COMMUN PRIVÉ PROVINCIAL ET LE DROIT PRIVÉ FÉDÉRAL : CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	3
2. L'IMPACT DES COMPÉTENCES « ATTRACTIVES » FÉDÉRALES SUR LE CARACTÈRE SUPPLÉTIF DU DROIT COMMUN PRIVÉ PROVINCIAL.....	17
A. Les compétences « attractives » et la théorie des éléments intrinsèques : l'exemple du droit maritime.....	17
B. Les compétences « attractives » et la théorie du champ occupé : l'exemple du droit bancaire et du droit de la faillite	24
CONCLUSION	27



* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal. Je désire dédier ce texte à la mémoire de M. le professeur André Morel, tête pensante du droit civil et public québécois pendant près de quarante ans ; et tête pensante, tout particulièrement, du bijuridisme canadien. Son indépassable contribution mérite qu'on y retourne encore et encore.







INTRODUCTION

La complémentarité du droit commun provincial dans l'application de la législation fédérale – d'où l'expression « interface » – résulte du partage des compétences aménagé par la *Constitution de 1867*. Comme nous le verrons au cours de la première partie de cet article, alors que le pouvoir d'élaborer les règles générales et fondamentales en matière de droit privé a été confié aux provinces, le Parlement fédéral, quant à lui, a hérité d'une compétence exceptionnelle en matière de droit privé. Un souci d'uniformisation du droit à l'échelle du pays a présidé à cette décision du constituant de confier au Parlement central une compétence exclusive à l'égard de certains domaines de droit privé. Jusqu'à tout récemment, malgré le caractère mutuellement exclusif des compétences fédérales et provinciales, l'interprétation donnée par les tribunaux à la notion d'exclusivité n'a pas fait obstacle à l'osmose naturelle entre droit privé provincial et droit privé fédéral.

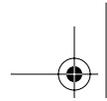
Les choses se sont néanmoins compliquées en raison du caractère « attractif » de certaines compétences fédérales de droit privé, plus spécifiquement les compétences fédérales en matière de droit bancaire, de droit maritime et de droit de la faillite. Comme le veut le dicton, la beauté est dans l'œil de la personne qui regarde. Une question se pose alors : puisqu'il n'y a rien dans le droit bancaire, le droit maritime ou le droit de la faillite pour exciter la concupiscence de quiconque, en quoi ces compétences fédérales sont-elles attractives aux yeux des tribunaux en général, et de la Cour suprême en particulier ? Ce sera l'objet de la deuxième partie de cet article. Nous examinerons alors les motifs qui ont poussé la Cour suprême, ces dernières années, à donner à ces compétences une interprétation particulièrement généreuse qui a eu pour conséquence de limiter radicalement la compénétration naturelle entre le droit privé fédéral et le droit privé provincial.

Ce texte, on l'aura compris, ne portera pas sur la question spécifique du droit d'auteur, mais plutôt sur le cadre constitutionnel au sein duquel se déploient les rapports entre droit privé provincial et droit privé fédéral.

I. L'INTERFACE ENTRE LE DROIT COMMUN PRIVÉ PROVINCIAL ET LE DROIT PRIVÉ FÉDÉRAL : CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Une compréhension éclairée de l'interface entre le droit commun privé provincial et le droit privé fédéral requiert, avant toute chose, que le sens





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

donné au concept d'« exclusivité » en droit constitutionnel canadien soit brièvement exposé.

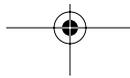
Les articles 91 et 92 de la *Constitution de 1867* attribuent expressément aux deux ordres de gouvernement un pouvoir *exclusif* de légiférer relativement à certaines matières. Les tribunaux n'ont pas tardé à reconnaître que, en raison de cette exclusivité des compétences, le défaut ou l'omission par un ordre de gouvernement d'exercer un pouvoir qui lui est attribué par la *Constitution de 1867* n'autorise pas l'autre palier de gouvernement à le faire à sa place. Les articles 91 et 92 confèrent un pouvoir de légiférer *relativement* à certaines matières tombant dans les catégories de sujets énumérés et non un droit de propriété à l'égard de celles-ci. Autrement dit, la compétence fédérale en matière de navigation, par exemple, ne fait pas du Parlement central le propriétaire des navires. En somme, l'exclusivité est une notion qui se rapporte aux types de *finalités législatives* que l'on peut poursuivre en vertu d'une compétence donnée. Les articles 91 et 92, dirait un romaniste, s'intéressent au partage de *l'imperium* et non du *dominium*.

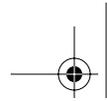
Sans entrer dans les détails, on peut dire que deux grandes conceptions de l'exclusivité se sont affrontées, et continuent encore de s'affronter¹, en droit constitutionnel canadien, à savoir la théorie des « compartiments étanches » et la « théorie de l'aspect ».

La théorie des « compartiments étanches », longtemps dominante, est une approche juridique caractérisée par une volonté de limiter, autant que faire se peut, les chevauchements entre sphères de compétence fédérales et provinciales. Cette approche met l'accent sur le cloisonnement des compétences. Puisqu'elle enferme les deux ordres de gouvernement dans un carcan trop rigide, les tribunaux ont élaboré la théorie dite « du pouvoir accessoire » qui permet d'avaliser les empiétements nécessaires à l'exercice efficace d'une compétence donnée². Cette approche traditionnelle

¹ En effet, si, comme on le verra, la théorie de l'aspect est aujourd'hui l'approche dominante, il n'en reste pas moins que les tribunaux continuent encore de recourir à la notion d'empiétement qui est intimement liée au paradigme traditionnel des « compartiments étanches » : *General Motors c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

² On constatera que cette notion de pouvoir accessoire sera invoquée, la plupart du temps, pour justifier un empiétement fédéral. Cela résulte du fait qu'elle a vu le jour en réaction à l'interprétation extrêmement généreuse donnée par le Conseil privé au paragraphe 92(13) de la Constitution : F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel ; Notes et jurisprudence*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal,





DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

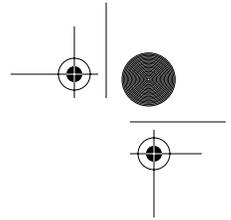
exige, dans un premier temps, que soit identifié le contenu exclusif d'une compétence. C'est à l'aune de ce dernier qu'il sera possible, par la suite, de vérifier si un empiètement est nécessairement accessoire à l'exercice d'une compétence donnée.

Sans avoir été complètement écartée, la théorie des « compartiments étanches » cède aujourd'hui le pas à la théorie dite « de l'aspect », également appelée théorie du « caractère véritable » ou du « trait dominant » de la loi³. En vertu de cette dernière théorie, « une loi qui, de par son caractère véritable, est fédérale sera maintenue même si elle touche à des matières qui paraissent constituer des sujets de législation provinciale [...] »⁴. À

1982, à la p. 307. Cependant, voir *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 RCS 494, ¶45 ; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, ¶20 et 37 et *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146, ¶53-54. Je regroupe sous le vocable de « pouvoir accessoire » toutes les théories permettant d'avaliser un empiètement. On les désigne généralement par les appellations : pouvoir incident, pouvoir ancillaire, théorie du rapport fonctionnel et, bien entendu, pouvoir accessoire.

- ³ *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, [1989] 2 R.C.S. 225, 275. Dans l'arrêt *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, 18, le juge en chef Dickson affirmait : « Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l'exclusivité des compétences et celui de l'immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celle des « compartiments étanches » restreignent l'étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n'ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle ; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l'effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d'aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative. » Ce passage devait être cité avec approbation par le juge en chef Dickson qui rendait le jugement de la Cour dans *General Motors c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, 669. Assez ironiquement, cette décision a également redoré le blason des théories de l'empiètement et du pouvoir accessoire.
- ⁴ *General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, 670. Dans *Siemens c. Manitoba (Procureur Général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, ¶31, la Cour affirme : « La loi qui, de par son caractère véritable, touche un domaine de compétence législative provinciale ne sera pas invalidée pour le seul motif qu'elle a des effets accessoires sur un chef de compétence fédérale. » Voir également *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, ¶32 et *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, ¶23. Pour un exemple récent du recours à cette approche, voir *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général) (Avis consultatif relatif à la Loi sur l'assurance-emploi)*, [2005] 2 R.C.S. 669.





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

l'inverse, une loi provinciale qui aurait pour principal objet – ou pour trait dominant – la poursuite d'une finalité législative qui relève d'une des compétences énumérées à l'article 92 de la *Constitution de 1867* ne serait pas jugée invalide, et ce, même si elle influait légèrement sur un secteur de droit fédéral. La question de savoir si cette loi aurait aussi un aspect fédéral deviendrait impertinente⁵. Cette approche encourage, non pas le cloisonnement étanche, mais bien cette fois le « chevauchement de mesures législatives »⁶.

Qu'arrive-t-il toutefois lorsqu'une loi s'intéresse à un sujet dont on peut dire que, examiné sous un certain angle, il porte sur une matière de compétence fédérale, alors qu'analysé sous un autre angle, il porte sur une matière de compétence provinciale ? Les tribunaux diront alors de ce sujet particulier qu'il comporte un « double aspect ». Une mesure législative portant sur un tel sujet pourra donc être adoptée indifféremment par le Parlement ou par une province, dans la mesure où chacun de ces ordres de gouvernement poursuit une finalité qui lui est propre⁷.

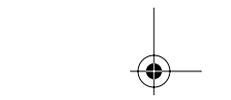
La théorie de l'aspect et son corollaire, la théorie du double aspect, sont toutes deux la manifestation d'une certaine forme de retenue judiciaire. En effet, les tribunaux vont généralement préférer une approche qui permet de reconnaître la constitutionnalité d'une loi⁸. Or la théorie du double aspect a pour conséquence de laisser subsister les normes provinciale

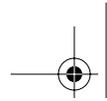
⁵ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, 62 ; *Whitbread c. Walley*, [1989] 3 R.C.S. 1273, 1286 ; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, 145 ; *Renvoi relatif à la T.P.S.*, [1992] 2 R.C.S. 445, 490-492 (juge dissident La Forest).

⁶ *General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, 669.

⁷ Pour des illustrations de l'application de la théorie du double aspect, voir *Smith c. La Reine*, [1960] R.C.S. 776 ; *Hodge c. La Reine*, (1883-84) 9 App. Cas. 117 ; *Rio Hotel c. New-Brunswick (Commission des licences d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 5 ; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 16 ; *Siemens c. Manitoba (Procureur Général)*, [2003] 1 R.C.S. 6 et *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113.

⁸ En droit constitutionnel canadien, une loi est présumée relever de l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée, et ce, jusqu'à preuve du contraire : *Severn c. La Reine*, (1878) 2 R.C.S. 70, 103 ; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, 687 et 700 ; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel*, [1982] 1 R.C.S. 1004 ; *La Reine c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713, 742 ; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, 1285 ; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, 258-259 ; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2001] 1 R.C.S. 783, ¶ 25.





DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

et fédérale qui portent sur un même sujet. Pour résoudre les conflits susceptibles de résulter d'une application simultanée de ces lois, les tribunaux auront recours à la règle de la prépondérance fédérale⁹.

Dans *Bell Canada c. CSST*¹⁰, le juge Beetz rappelait la nécessité de manipuler de manière circonspecte la théorie du double aspect :

La raison de cette prudence, c'est la désignation extrêmement large des compétences législatives exclusives énumérées aux art. 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 et le risque d'unifier ces deux champs de compétences exclusives en un seul champ de compétences plus ou moins conjointes régies seulement par la règle de la suprématie des lois fédérales.

Une théorie a été élaborée par les tribunaux pour limiter, dans les contextes où elle trouve à s'appliquer, la portée de la théorie de l'aspect. En effet, le devoir de mesurer l'étendue du pouvoir exclusif conféré par une compétence n'est pas complètement évacué par cette théorie puisqu'elle cohabite avec ce qu'on appelle en anglais l'« interjurisdictional immunity doctrine », concept erronément traduit dans les Rapports de la Cour suprême par « principe de l'exclusivité des compétences. » Je lui préfère de beaucoup l'expression employée par Andrée Lajoie : théorie des « éléments intrinsèques »¹¹. En effet, aux termes de cette théorie, le pouvoir exclusif du Parlement à l'égard d'une compétence donnée est réputé s'étendre à tous les « éléments essentiels ou vitaux »¹² de celle-ci. Une loi provinciale valide d'application générale qui porterait atteinte à ces éléments serait réputée atteindre la compétence dans sa « spécificité fédérale »¹³. Elle s'ingérerait alors dans le « contenu minimum élémentaire et irréductible »¹⁴



⁹ *Tennant c. The Union Bank of Canada*, [1894 A.C. 31, 45 et *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel*, [1982] 1 R.C.S. 1004, 1031 ; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961 et *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113.

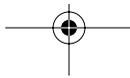
¹⁰ *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, 766.

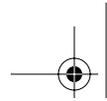
¹¹ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1997, à la p. 49.

¹² *Bell Canada*, précité note 10, 839.

¹³ *Ibid.*, 833.

¹⁴ *Ibid.*, 839.





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

de cette compétence. La règle de l'exclusivité des compétences en prohiberait l'application¹⁵, puisque la loi provinciale autoriserait un empiètement interdit¹⁶. Comme l'affirme la Cour suprême dans *Succession Ordon c. Grail* :

Lorsque la loi provinciale empiète sur une compétence fédérale exclusive dans des contextes factuels particuliers, elle doit faire l'objet d'une interprétation atténuée afin que ces situations lui échappent¹⁷.

Bien qu'élaborée dans le contexte des compétences fédérales en matière d'entreprises et d'incorporation, rien ne s'opposait à l'application de la théorie des éléments intrinsèques dans d'autres secteurs fédéraux, notamment, comme nous le verrons bientôt, dans le contexte du droit privé fédéral.

Je m'attacherai maintenant à souligner le caractère particulier des liens entretenus par la compétence en matière de « property and civil rights », reconnue aux provinces aux termes du paragraphe 92(13) de la *Constitution de 1867*, et les compétences spécifiques attribuées au Parlement fédéral en ce même domaine. On trouvera là les fondements constitutionnels de l'application, à titre supplétif, du droit commun provincial en droit privé fédéral.

*
* *

Dans une étude effectuée en 1992¹⁸, j'ai fait l'historique de la compétence fédérale en matière d'effets de commerce et, ce faisant, j'ai également étudié la portée de l'article 92(13) de la *Constitution de 1867* qui reconnaît aux provinces un pouvoir en matière de « property and civil rights ». Cette analyse a permis de révéler clairement le caractère général

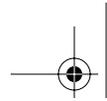
¹⁵ *Ibid.*, 840 : « Et c'est parce que ce pouvoir est exclusif qu'il écarte celui des législatures tant pour leurs lois d'application générale que pour leurs lois d'application particulière en autant qu'elles touchent à une partie essentielle d'une entreprise fédérale. La règle de l'exclusivité est absolue et ne permet pas de distinguer entre ces deux types de lois ».

¹⁶ *Ibid.*, 841.

¹⁷ [1998] 3 R.C.S. 437, ¶ 81.

¹⁸ « La Constitution par l'histoire : portée et étendue de la compétence fédérale exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre », (1992) 33 *C. de D.* 535 ; voir également « The Elusive Quest for the Quintessential "National Interest" », (2005) 38 *U.B.C. Law Rev.* 353, 354-359.





DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

de la compétence provinciale en matière de droit privé et la nature toute exceptionnelle de la compétence fédérale en ce même domaine.

Voici un très bref rappel de mes constatations d'alors. Dans un premier temps, un examen de la genèse de la *Constitution de 1867* et du raisonnement développé dans l'arrêt *Citizens Insurance Company of Canada c. Parsons*¹⁹ permet d'affirmer que l'interprétation très libérale donnée au paragraphe 92(13) par le Conseil privé dans cette dernière affaire n'avait rien d'une aberration, comme certains l'ont prétendu. Conformément à l'approche dictée par le Conseil privé, cette disposition a été par la suite – et à juste titre – interprétée comme ayant pour objet d'accorder aux provinces une compétence de principe en matière de droit privé.

Le professeur Peter W. Hogg, par exemple, rappelle que, n'eût été de leur attribution spécifique au Parlement central en conformité des paragraphes 91(2), (15), (16), (18-19) et (21-23), la réglementation des échanges et du commerce, les banques, la constitution des banques, les caisses d'épargne, les lettres de change et les billets à ordre, l'intérêt de l'argent, la faillite et l'insolvabilité, les brevets d'invention et de découverte, les droits d'auteur relèveraient tous des provinces en vertu du paragraphe 92(13) de la Constitution²⁰. Cette constatation l'amène à définir comme suit l'expression « property and civil rights » : « a compendious description of the entire body of private law which governs the relationships between subject and subject, as opposed to the law which governs the relationships between the subject and the institutions of government »²¹. Cette expression, affirmation, désignerait ainsi la totalité des règles de droit existantes, exception faite des règles de droit criminel et de celles qui régissent l'exercice de la souveraineté de la Couronne²².

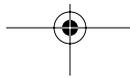
Le professeur Hogg insiste sur le caractère exceptionnel des compétences fédérales de droit privé lorsqu'il ajoute : « [E]ven after proper accommodation has been made for the catalogue of exclusive federal powers,

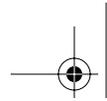
¹⁹ (1881) 7 App. Cas. 96.

²⁰ P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2003 Student Edition, Toronto, Carswell, 2003, aux p. 510-511.

²¹ *Ibid.*, à la p. 511

²² André TREMBLAY, *Les Compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967, p. 30.





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

property and civil rights in the province still covers most of the legal relationships between persons in Canada²³ ».

Cette interprétation généreuse du paragraphe 92(13) s'accorde avec l'un des objectifs de la Confédération de 1867 dont la fonction était de mettre la tradition juridique de droit civil du Québec à l'abri d'éventuelles pressions exercées par la tradition juridique anglaise régissant le droit privé des autres provinces de la nouvelle nation. La filiation entre le libellé du paragraphe 92(13) et celui de l'article 8 de l'*Acte de Québec* de 1774 qui réintroduisit le droit de tradition française en matière de « property and civil rights » témoigne de la volonté du Constituant de reconnaître au Québec les moyens d'assurer la pérennité de la tradition de droit civil. L'article 94 appuie d'ailleurs cette conclusion. Cet article prévoit la possibilité pour le Parlement fédéral, « [...] de pourvoir à l'uniformité de toutes les lois [...] relatives à la propriété et aux droits civils dans l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick [...] »²⁴, dans la mesure où ces provinces y consentiraient (je souligne). Cette omission délibérée de la province de Québec reflète la volonté du constituant de prévenir toute uniformisation du droit privé qui s'exercerait aux dépens de la tradition de droit civil québécoise. Tel que l'affirme Sir Montaguë Smith, dans l'arrêt *Parsons*, le Québec n'est pas mentionné à l'article 94 « for the obvious reason that the law which governs property and civil rights in Quebec is in the main the French law as it existed at the time of the cession of Canada, and not the English law which prevails in the other provinces »²⁵.

Bref, on peut affirmer sans crainte de se tromper que le paragraphe 92(13) autorise les provinces à légiférer dans tout domaine de droit privé. Elles sont donc investies du pouvoir d'élaborer le « droit commun privé »²⁶,

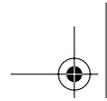
²³ P.W. HOGG, précité note 20, à la p. 511.

²⁴ Rappelons qu'en 1867, le Canada ne comptait que quatre provinces.

²⁵ *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*, (1881) 7 App. Cas. 96, à la p. 111.

²⁶ J.-M. BRISSON, « L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral : une problématique », (1992) 52 *R. du B.* 345, à la p. 349 : « La compétence de principe sur le droit privé ayant été dévolue aux Législatures provinciales, en effet, c'est dans le droit des provinces que sont exprimées et définies, ou à tout le moins réglementées, les notions fondamentales propres à cette matière. [...] Le législateur fédéral n'a en effet pas le pouvoir de réglementer de façon exhaustive et systématique les généralités du droit privé, sauf de façon restreinte dans la poursuite de ses propres fins. »





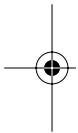
DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

soit « un corps donné de normes [qui] s’applique sauf dérogation expresse »²⁷ en matière privée.

Cette compétence de principe des provinces en droit privé connaît toutefois une limite d’importance. En effet, les provinces ne sont pas autorisées à poursuivre des fins législatives exceptionnellement et spécifiquement attribuées au Parlement fédéral. Il s’ensuit que la véritable portée du paragraphe 92(13) variera selon l’interprétation donnée par les tribunaux et la doctrine aux compétences de droit privé énumérées à l’article 91 de la Constitution.

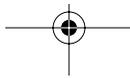
Mesurer l’étendue du contenu minimal exclusif des compétences fédérales de droit privé n’est pas chose facile, car le droit privé ne constitue pas une matière qui se prête, comme le transport ferroviaire ou routier, par exemple, à un découpage fondé sur des critères physiques ou géographiques. Il appelle le recoupement bien plus que l’exclusion. Ce qui caractérise le droit privé, c’est précisément l’unité et l’interpénétration des parties qui le composent.

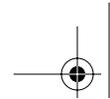
C’est l’identification des aspects qui font la particularité, par exemple, du droit d’auteur, d’un effet de commerce, ou du droit bancaire, qui permettra de circonscrire l’étendue du pouvoir législatif exclusif fédéral en ces matières. Tout le problème consistera donc à identifier les aspects du droit d’auteur, du droit des effets de commerce ou du droit bancaire que seul peut régir le Parlement central aux termes des compétences que lui reconnaît l’article 91 de la Constitution. En matière de lettre de change, par exemple, on a confiné la sphère exclusive de compétence fédérale au « droit des effets de commerce au sens strict »²⁸. Entrent dans cette caté-



²⁷ J. E.C. BRIERLEY, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, Les Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1989, p. 103, à la p. 104.

²⁸ La distinction « law of bills and notes in a strict sense » et « law of bills and notes in a wide sense » a été initialement énoncée par J.D. FALCONBRIDGE, *Banking and Bills of Exchange*, 5^e éd., Toronto, Canada Law Book Co. Ltd., 1935, à la p. 511. Un auteur la décrit comme suit (B. GEVA, « Negotiable Instruments and Banking : Review of Some Recent Canadian Case Law », (1993-1994) 9 *B.F.L.R.* 197, 198) : « This division is premised on the double nature of the bill or note as a “negotiable instrument” governed by special law (whose historical roots are in the old law merchant), and as a chattel and obligation governed by the general law of property and contract. The former is “the law of bills and notes in the strict sense”. The latter is its





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

gorie toutes les règles relatives aux « conditions de formation et de négociabilité des effets, [aux] droits et obligations des parties, [aux] sortes de détenteurs et [aux] privilèges reconnus à chacun d'eux »²⁹. En matière de droits d'auteur, l'exclusivité serait probablement confinée à tout ce qui se rapporte à la promotion de l'expression culturelle d'un créateur. Les notions périphériques telles que les « droit voisins », les « droits moraux », les questions de « copie privée » et tout ce qui se rapporte aux intérêts économiques des distributeurs – ce mot étant entendu dans son sens le plus large – n'en relèveraient probablement pas³⁰. La théorie des éléments intrinsèques fera bouclier à toute application du droit privé provincial qui aurait pour effet de régir les matières exclusivement fédérales.

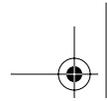
J'insiste. Tirer la ligne entre ce qui relève de la compétence exclusive du Parlement central et ce qui tombe plutôt sous la coupe de l'autorité

counterpart in “the wide sense”. The former includes topics such as the form, issue, negotiation, and discharge of bills and notes. The latter deals with the general proprietary and obligatory elements applicable to such instruments ». Cette distinction a été élaborée dans le but de délimiter la portée du renvoi opéré par l'article 9 de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4, qui prévoit que « Les règles de la common law d'Angleterre, y compris en droit commercial, s'appliquent aux lettres, billets et chèques dans la mesure de leur compatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi ». Puisqu'il faut présumer que le législateur fédéral n'avait pas l'intention d'empiéter illégalement sur les pouvoirs de la province en matière de « propriété et droits civils » lorsqu'il a édicté l'article 9 [anciennement l'article 10], on a limité sa portée à ce qui peut être rattaché à la compétence *exclusive* du Parlement fédéral en matière de lettres de change et billets. L'expression « law of bills and notes in a strict sense » *exclurait* : 1^o toute matière qui ne se rapporte pas à l'essence même du droit des effets de commerce et 2^o tout sujet à propos duquel le fédéral ne pourrait légiférer que de façon accessoire : J.D. FALCONBRIDGE, « The Bills of Exchange Act in Quebec », (1942) 20 *Rev. du B. can.* 723, 731. En ce qui a trait à l'interprétation de l'article 9, lire J. LECLAIR, « L'interaction entre le droit privé fédéral et le droit civil québécois en matière d'effets de commerce : perspective constitutionnelle », (1995) 40 *R.D. McGill* 691.

²⁹ M. CARON et A. BOHÉMIER, *Précis de droit des effets de commerce*, 7^e éd., Montréal, Librairie Beauchemin Ltée, 1982, à la p. 14.

³⁰ Jeremy F. DE BEER, « Constitutional Jurisdiction Over Paracopyright Laws », in Michael GEIST, *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, Irwin Law, 2005, p. 89, à la p. 113 ; voir également les pages 97, 100, 123 : texte disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=814074> ; et, du même auteur, « Copyrights, Federalism, and the Constitutionality of Canada's Private Copying Levy », (2006) 51 *R.D. McGill* 3.





DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

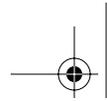
exclusive provinciale en matière de « propriété et droits civils » n'est pas une mince tâche. Le domaine des droits d'auteur en est un bon exemple. En effet, quel pouvoir accorde le paragraphe 91(23) de la *Constitution de 1867* sinon celui de prohiber, de limiter les droits de propriété, les droits contractuels, et parfois même constitutionnels de certaines personnes au profit de certains privilégiés ? Sous l'empire du pouvoir que lui reconnaît la *Constitution de 1867*, le Parlement central a donc pour tâche d'équilibrer les intérêts respectifs d'un ensemble d'acteurs. Comme le dit le professeur Jeremy F. de Beer :

Copyrights are, by definition, constraints on individuals' rights. So Parliament's authority includes balancing encouragement for authors against the social interest in dissemination, and against other individuals' basic property, contractual, and constitutional rights. Note that there are three spheres of interests, not two, that require balancing: creators, the general public, and individual consumers. ... We are [therefore] measuring copyright against other identifiable rights – human rights, contractual rights, and classic property rights. ... This aspect of “balance” implicates not just Copyrights but also Property and Civil Rights³¹.

Mais dans l'éventualité où la loi fédérale de droit privé est silencieuse à l'égard d'une matière qui, présumons-le, ne fait pas partie du contenu *exclusif* fédéral, quelles normes trouveront alors à s'appliquer ? Compte tenu du fait qu'il n'existe pas de droit commun fédéral³², que la compétence détenue par le Parlement en cette matière est exceptionnelle, et que

³¹ Jeremy F. DE BEER, « Constitutional Jurisdiction Over Paracopyright Laws » in Michael Geist, *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law*, Irwin Law, 2005, p. 114. Voir également, du même auteur, « Copyrights, Federalism, and the Constitutionality of Canada's Private Copying », (2006) 51 *R.D. McGill* 3, 9 et 15.

³² On a traditionnellement considéré que le Parlement fédéral n'était qu'une création statutaire, et qu'il n'a donc pas « reçu », comme les colonies qui constituent aujourd'hui les provinces et les territoires canadiens, un ou plusieurs systèmes juridiques. Il n'existerait donc pas de *jus commune* fédéral, sauf en ce qui a trait à certaines matières de droit public intéressant la Couronne. À ce sujet, lire J.-M. BRISSON et A. MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation », (1996) 75 *R. du B. can.* 297, 310. Bref, « la *législation fédérale* entendue dans son acception la plus large exprime-t-elle à elle seule ce qu'est le *droit fédéral*, à moins que dans un texte donné, législatif ou réglementaire, l'autorité compétente n'ait désigné expressément un droit destiné à servir à titre supplétif » : J.-M. BRISSON, « L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral : une problématique », (1992) 52 *R. du B.* 345, 347-348.



UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

les provinces jouissent au contraire d'une compétence de principe en vertu du paragraphe 92(13), les règles générales du droit privé provincial viendront colmater les brèches de la loi fédérale. Les théories de l'aspect et du double aspect viennent conforter cette approche. Ainsi, par exemple, comme le professeur Albert Bohémier le rappelait au sujet de la *Loi sur les lettres de change* : « [...] [celle-ci] a le caractère d'une législation subsidiaire au droit civil. Le droit des effets de commerce n'a pas pour but de modifier ou de contourner les règles générales du droit commun. Il vise tout simplement à favoriser la diffusion des effets de commerce, en assurant ainsi leur négociabilité. C'est pourquoi la loi sur les lettres de change doit respecter les règles de fond du droit civil »³³.

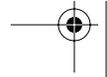
Sauf exception, les tribunaux ont implicitement admis les fondements constitutionnels du rapport entre droit privé fédéral et droit privé provincial énoncés plus haut. Le législateur fédéral a lui-même expressément reconnu ce rapport de liens à l'occasion de l'adoption des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*³⁴. Que ce soit au Québec ou ailleurs, l'idée dominante en est donc une de complémentarité de ces droits³⁵. Bien sûr, la compénétration de ces droits pose moins de problèmes au Canada anglais qu'au Québec dans la mesure où elle ne met pas en contact deux traditions juridiques différentes. Les systèmes juridiques provinciaux à l'extérieur du Québec s'accordent sans difficulté au droit fédéral puisqu'ils sont tous issus de la tradition juridique de common law. Ils parlent tous, pour ainsi dire, la même langue ; c'est uniquement l'accent qui change d'une pro-

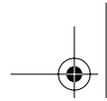


Cette opinion ne fait pas l'unanimité. Sur cette question du droit commun fédéral, lire Jean LECLAIR, « Réflexions sur les problèmes constitutionnels soulevés par l'abrogation du *Code civil du Bas Canada* », (1997) 99 R. du N. 155.

³³ M. CARON et A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 29, p. 7-8.

³⁴ L.R., 1985, ch. I-21. L'article 8.1 prévoit ce qui suit : « 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. » Quant à 8.2, il énonce que « [s]auf 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. »





DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

vince à l'autre. Au Québec, cependant, la complémentarité du droit provincial pose de délicats problèmes d'arrimage.

La complémentarité du droit privé provincial et du droit privé fédéral n'est cependant possible que si l'on ne remet pas en question le caractère exceptionnel du pouvoir fédéral en droit privé. Or c'est précisément le caractère attractif de certaines compétences de droit privé fédéral qui entraînera la remise en question de ce fragile équilibre. C'est la question que j'aborderai dans la seconde partie de mon texte.

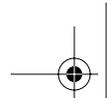
Avant de ce faire, j'aimerais cependant préciser une chose. Certains auteurs se sont rebellés à l'encontre de cette notion de complémentarité du droit commun privé provincial dans l'application de la législation fédérale. En tant que concept-pivot de l'interprétation du droit privé fédéral, cette notion, disent-ils, laisse à penser que la législation fédérale est dépourvue d'autonomie conceptuelle ; elle serait, pour ainsi dire, ontologiquement liée au droit privé provincial³⁶. Cette critique n'est pas sans fondement. Le Parlement fédéral, dans les limites imposées par l'étendue de ses pouvoirs



³⁵ Il est un peu trompeur de parler de complémentarité *du* droit commun provincial dans l'interprétation de la législation fédérale de droit privé. Il faudrait plutôt parler *des* droits communs privés provinciaux. Comme le dit Philippe Denault dans son étude *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral : cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de droit, 2007, à la page 39 (voir également p. 36 et 40) : « Au plan des sources formelles, nous sommes en présence d'une pluralité de droits communs privés relevant des provinces. Ces droits communs s'appliquent à la législation fédérale à titre de droit provincial, non de droit fédéral, et ne sauraient par ailleurs être assimilés à un éventuel droit commun fédéral. À la limite dirons-nous que les droits privés provinciaux constituent, par extension ou analogie, *les* droits communs du droit privé fédéral, mais en prenant la peine de souligner leur fonction supplétive et le fait que, en tant qu'ensembles cohérents et distincts, ils s'appliquent de façon concomitante aux normes fédérales. » Je tiens à souligner que l'ouvrage de M. Denault est l'analyse la plus fine et la plus élégamment rédigée qu'il m'a été donné de lire sur la question du rôle supplétif du droit privé provincial dans l'interprétation de la législation fédérale depuis la publication des textes fondateurs des professeurs Morel et Brisson.

³⁶ Ruth SULLIVAN, « The Challenges of Interpreting Multilingual, Multijural Legislation », (2004) 29 *Brooklyn Journal of International Law* 985, 1041 : « The unstated assumption here is that in interpreting a federal enactment, judges have no jurisdiction to develop and apply distinctly federal concepts or principles based on their reading of the federal text in the context of Canadian law generally (both federal and





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

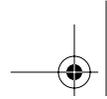
exclusifs et accessoires, peut très certainement choisir d'imposer les concepts de droit privé de son choix³⁷. Comme le souligne avec pertinence Philippe Denault, dont l'argumentation se fonde à la fois sur la *Constitution de 1867* et sur les articles précités de la *Loi d'interprétation*, « l'on ne saurait valablement avancer qu'il y a complémentarité *de principe* dans le cadre de l'interprétation de la législation fédérale, puisqu'il n'y a complémentarité qu'en cas d'incomplétude de la loi. ³⁸ » En somme, ce n'est que dans l'éventualité du silence de la loi fédérale sur un point de droit privé

provincial) as well as in the context of other sources. In other words, the only legitimate legal context for interpreting federal legislation that deals with property or civil rights is provincial law and more particularly the *jus commune* embodied in the Civil Code in Québec or scattered through case law and legislation in the common law provinces. »

³⁷ Il devra se garder toutefois de franchir ces limites. Ainsi, par exemple, il y a fort à penser que les dispositions du défunt projet de loi fédéral C-60 relatives au « paracopyright » (à « l'information sur le régime des droits » et aux « mesures techniques ») ne relevaient pas du pouvoir fédéral de légiférer à l'égard des droits d'auteur, et ce, au motif qu'elles cherchaient plus à protéger les intérêts économiques des distributeurs que l'expression culturelle de l'artiste : Jeremy F. DE BEER, « Constitutional Jurisdiction Over Paracopyright Laws », in Michael GEIST, *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, Irwin Law, 2005, p. 89-124. L'auteur soutient toutefois que, en arguant de son pouvoir accessoire dans le domaine du droit d'auteur, le Parlement fédéral réussirait peut-être à faire reconnaître la validité des dispositions controversées (p. 115-116, 123-124). Dans « Copyrights, Federalism, and the Constitutionality of Canada's Private Copying Levy », (2006) 51 *R.D. McGill* 3, l'auteur exprime des doutes quant à la constitutionnalité de l'imposition, par le fédéral, d'une redevance sur les supports audio vierges, redevance visant à rémunérer les auteurs, artistes-interprètes et producteurs titulaires d'un droit d'auteur sur les enregistrements sonores utilisés pour faire de la copie privée.

³⁸ Philippe DENAULT, *op. cit.*, note 35, p. 61-62. Un peu plus loin, l'auteur résume parfaitement, selon moi, la démarche qui doit présider à toute application du droit provincial à titre complémentaire (p. 75) : « La qualification de la disposition est donc primordiale pour déterminer l'étendue de la juridiction des tribunaux : l'interprète doit (1) identifier l'existence d'un vide ou silence législatif – une absence de sens – rendant *nécessaire* le recours à des sources supplétives externes [le libellé de l'article 8.1 n'autorise le recours au droit provincial que « s'il est nécessaire » de s'en inspirer] ; et (2), le cas échéant, identifier une question de droit privé rendant alors *obligatoire* le recours aux sources provinciales. En vertu de la Constitution, et conformément à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* qui consacre le principe de complémentarité, les tribunaux n'ont pas de juridiction pour suppléer aux carences formelles et substantielles de la loi autrement qu'en ayant recours aux sources provinciales. »





DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

que la mécanique constitutionnelle *exigera* le recours au droit commun privé provincial.

II. L'IMPACT DES COMPÉTENCES « ATTRACTIVES » FÉDÉRALES SUR LE CARACTÈRE SUPPLÉTIF DU DROIT COMMUN PRIVÉ PROVINCIAL

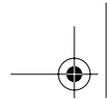
À partir du moment où, pour des raisons d'efficience économique, les tribunaux remettent en question la portée d'une compétence fédérale donnée, soit par un élargissement de son contenu exclusif, soit par le recours à un test de conflit de lois généreux comme la théorie du champ occupé, ils entravent l'application à titre supplétif du droit privé provincial. C'est en ce sens qu'une compétence fédérale peut être qualifiée d'« attractive ». C'est ce que la Cour suprême a fait ses récentes années en matière de droit maritime et, dans une moindre mesure, de droit bancaire et de droit de la faillite.

A. Les compétences « attractives » et la théorie des éléments intrinsèques : l'exemple du droit maritime

La jurisprudence récente en droit maritime a fait l'objet d'un très grand nombre de critiques de la part de juristes québécois³⁹. Pourquoi ? Parce qu'au moyen d'une interprétation très généreuse – démesurée et inconstitutionnelle diraient certains – du paragraphe 91(10) qui reconnaît une

³⁹ Voir Jean LECLAIR, « L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1994) 28 *R.J.T.* 661 ; André BRAËN, « La responsabilité en matière maritime », (2002) 62 *R. du B.* 387 ; André BRAËN, « De l'effet relatif du contrat maritime ou de la relative uniformité du droit maritime canadien », (2001) 31 *R.G.D.* 473 ; Guy TREMBLAY, « L'application du droit provincial en matière maritime après l'affaire *Succession Ordon* », *R. du B.* 679 ; Guy LEFEBVRE, « L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec », (1997) 31 *R.J.T.* 577 ; Guy LEFEBVRE, « Droit maritime – Compétence de la Cour fédérale – Contenu de l'expression "Droit maritime canadien" : *The Monk Corporation v. Island Fertilizers Limited* », (1992) 71 *R. du B. can.* 166 ; Guy LEFEBVRE et Normand TAMARO, « La Cour suprême et le droit maritime : la mise à l'écart du droit civil québécois est-elle justifiable ? », (1991) 70 *R. du B. can.* 121 ; André BRAËN, « Le droit civil coule à pic », (1990) Vol. 2, n° 2, *Maîtres* 55 ; André BRAËN, « L'arrêt *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, ou comment écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec », (1987) 32 *R.D. McGill* 386.





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

compétence exclusive au Parlement central en matière de « navigation et [d']expéditions par eau », la Cour suprême a complètement éliminé le recours au droit provincial à titre supplétif en cette matière. Elle a même, sans le savoir, mis en doute la constitutionnalité des articles 2505 à 2628 du nouveau Code civil qui portent sur l'assurance maritime. De plus, ce qui est vrai pour l'assurance maritime pourrait fort bien l'être pour les dispositions relatives au transport maritime⁴⁰.

Dans le but de conférer une juridiction pleine et entière à la Cour fédérale en matière d'amirauté, la Cour suprême a donné une interprétation extrêmement libérale à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui affirme que le « droit maritime canadien » comprend 1) l'ensemble des règles de droit appliquées en 1934 par la Haute Cour d'Angleterre dans l'exercice de sa compétence d'amirauté, sous réserve, bien sûr, d'éventuelles modifications apportées à celles-ci par les tribunaux ou le Parlement fédéral et 2) le droit qui aurait relevé de la Cour de l'Échiquier si cette dernière avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence *illimitée* en matière maritime et d'amirauté. Cette deuxième composante, soutient le juge McIntyre dans l'arrêt-clé *ITO*, embrasse un « ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté »⁴¹. Il s'ensuit que le simple établissement d'un lien maritime permet de faire basculer une question dans le domaine du droit maritime canadien, domaine de compétence fédérale *exclusive*⁴². Qu'un litige implique un navire de plaisance, une planche à voile ou une voie d'eaux navigables non soumise à la marée ne change rien à l'affaire. Tout est maritime.

Or, qu'en est-il du *contenu* cette fois de ce droit maritime canadien applicable à « tout litige de droit privé possédant une connexité maritime⁴³ ». Il s'agit, d'affirmer le juge McIntyre dans *ITO*, d'un ensemble composé à la fois des règles de droit anglais proprement maritimes et des multiples

⁴⁰ William TETLEY, « The Buenos Aires Maru – Has The Whole of Canadian Maritime Law Been Changed ? », (1988) 10 *Supreme Court L. R.* 399, 403. Voir également *Traversier Le Passeur Inc. c. Royale du Canada (La), compagnie d'assurances*, [2004] J.E. 2004-558, au ¶ 8.

⁴¹ *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, 774 (je souligne).

⁴² *Ibid.* : « Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. »

⁴³ André BRAËN, « Le droit civil coule à pic », (1990) Vol. 2, n° 2, *Maîtres*, 55, 55.





DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

règles de droit glanées dans la common law qu'ont appliquées les tribunaux d'Angleterre aux affaires d'amirauté⁴⁴.

Deux conséquences découlent de cette décision : l'uniformité du droit maritime canadien⁴⁵ et l'impossibilité de recourir, à titre accessoire, au droit provincial⁴⁶. Les règles de *common law* applicables à une affaire qualifiée de maritime sont réputées incorporées dans le droit maritime canadien. L'incorporation par référence réalisée par l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à ces règles un caractère fédéral exclusif. Il en découle que le droit provincial ne pourra jamais trouver application et ce, même de façon incidente, dans tout litige à connexité maritime.

Dans l'arrêt *Q.N.S. Paper c. Chartwell Shipping*⁴⁷, la Cour devait conclure que les tribunaux fédéraux et provinciaux sont assujettis aux mêmes règles de droit de l'amirauté. Permettre l'application de règles de droit différentes selon que la Cour fédérale ou une cour supérieure provinciale est saisie du litige équivaudrait à ignorer le « caractère essentiellement fédéral du droit maritime, lequel est soumis au pouvoir fédéral en matière de navigation et d'expéditions par eau »⁴⁸. Ce droit est donc uniforme, peu importe le tribunal appelé à le mettre en application ou le *situs* provincial du litige⁴⁹.

⁴⁴ Dans une dissidence troublante par son laconisme, compte tenu des répercussions énormes de la décision *ITO*, le juge Chouinard, s'exprimant au nom de ses collègues Beetz et Lamer, aurait accueilli le pourvoi pour les raisons avancées par le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale ([1982] 2 C.F. 406). Selon ce dernier, l'action étant purement délictuelle, puisque fondée sur la négligence de *ITO*, elle relevait des tribunaux du Québec et non de la Cour fédérale.

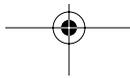
⁴⁵ *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, 779 : « Je suis d'avis comme je viens de l'expliquer, que le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt. Je suis aussi d'avis que le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada ».

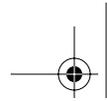
⁴⁶ *Id.*, 782.

⁴⁷ [1989] 2 R.C.S. 683.

⁴⁸ *Id.*, 697-698.

⁴⁹ Sans nier l'importance du rôle joué par la tradition civiliste dans l'évolution du droit maritime anglais, le juge La Forest était d'avis qu'on devrait limiter l'application du droit civil aux questions qui relevaient « proprement de la compétence en matière d'amirauté » (p. 697), soit les domaines où la Cour d'amirauté anglaise était seule compétente en 1934. Il appuie son opinion sur le fait que, depuis la fin du règne d'Édouard III, de nombreuses limites avaient été imposées à la juridiction de la Cour





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

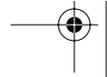
Cette interprétation, on l'aura compris, a pour conséquence d'éliminer la nécessité de recourir à la notion de pouvoir accessoire. Une affaire est maritime ou elle ne l'est pas. Elle a aussi pour effet d'annihiler toute possibilité d'invoquer la théorie du double aspect. Encore une fois, une affaire est maritime ou elle ne l'est pas. On peut difficilement être à moitié vierge.

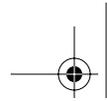
Pourquoi cette approche ? Ce sont des critères d'ordre pratique qui ont été invoqués par les juges pour justifier ce résultat. Par exemple, dans *Whitbread c. Walley*, le juge La Forest rappelle qu'il est essentiel de rendre les règles du droit maritime canadien applicables à la navigation emprun-

d'amirauté. En conséquence, les litiges civils qui avaient pris naissance dans les limites du royaume avaient depuis lors été soumis aux cours de *common law*, même s'ils exigeaient la prise en considération de questions à caractère maritime (p. 695-696). En l'espèce, le litige en était un de semblable nature. Il ne s'agissait pas d'une question qui relevait à proprement parler de la compétence en amirauté. La Cour devait se prononcer sur la responsabilité d'un mandataire. En Angleterre, une telle question entraînait la mise en application de principes de *common law* et non de droit maritime, d'où l'inutilité de recourir aux principes du droit civil. Ainsi, conclut le juge, puisque la juridiction d'amirauté de la Cour fédérale s'étendait à toute forme de réclamations qualifiées de maritimes, ce qui était le cas en l'espèce, les règles de la *common law* d'Angleterre applicables à de telles réclamations étaient automatiquement incorporées au droit maritime canadien « en tant qu'ensemble uniforme de règles de droit fédérales » (p. 696).

M^{me} la juge McLachlin était plutôt d'opinion qu'on ne pouvait limiter la prise en considération de principes de droit civil aux seules situations qui ressortissaient à la Cour d'amirauté anglaise avant 1934. Le libellé de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* autorisait certainement le recours à des principes autres que ceux de la *common law*. La juge soulignait la longue tradition internationale du droit maritime anglais, laquelle provient, entre autres sources, du droit civil. Finalement, le « contexte moderne » évoqué par le juge McIntyre dans l'affaire *ITO* était, selon elle, un « contexte international dans lequel les deux traditions [pouvaient] jouer un rôle » (*id.*, 692).

Après avoir longuement démontré que le droit maritime anglais avait depuis toujours puisé aux sources du droit civil continental, M^{me} la juge L'Heureux-Dubé a proposé l'adoption d'une méthode comparative qui nous inciterait « à tenir compte de sources aussi bien de droit civil que de *common law* afin de dégager la règle de droit maritime qui s'applique [...] » (*id.*, 722). La meilleure solution devrait prévaloir. Dans une telle optique, le *Code civil* ne serait pas utilisé en tant que loi régissant le droit privé du Québec, mais en tant que « source utile des principes civilistes qui forment l'ensemble hétérogène du droit maritime canadien » (*id.*, 727). À l'instar de M^{me} la juge McLachlin, elle déclarait que le « contexte moderne » mentionné par M. le juge McIntyre faisait aussi référence à la tradition civiliste contemporaine.

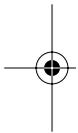




DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

tant les voies intérieures du Canada, compte tenu de l'étroite relation qui existe entre celles-ci et les mers traditionnellement reconnues comme relevant du droit maritime⁵⁰. Cette solution, ajoute-t-il, offre l'avantage de garantir l'applicabilité d'un droit uniforme à l'échelle des voies navigables du Canada, à savoir le droit maritime canadien. De plus, le juge La Forest rappelle que, tout comme pour ce qui est de la compétence fédérale en matière d'aéronautique, la compétence du Parlement central en matière de navigation doit s'étendre aux activités intraprovinciales. Il invoque, à l'appui de cet argument, le caractère étroitement intégré des activités des transporteurs locaux et extraprovinciaux. Enfin, dans *ITO*, le juge McIntyre déclare que « [d]ans les affaires maritimes ou d'amirauté, nous traitons de commerce international. Il existe de bonnes raisons de promouvoir l'uniformité dans ce domaine, ainsi que le plus haut degré de certitude possible⁵¹ ».

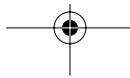
J'attendais avec une certaine fébrilité le jour où la Cour serait confrontée aux limites de son propre raisonnement, c'est-à-dire le jour où le droit maritime canadien, tel que par elle défini, ne reconnaîtrait pas certains droits ou moyens de défense autrement reconnus en droit provincial. Lorsque, par exemple, l'enjeu porterait sur le partage des responsabilités en cas de faute contributive de la victime ou encore sur des demandes de réparation au titre de perte de conseils, de soins et de compagnie. Ces matières reconnues par le droit statutaire provincial n'ont aucun équivalent en common law. Comment remédier à ce problème puisque la théorie des éléments intrinsèques élimine tout recours au droit provincial à titre supplétif dès lors qu'une affaire est « maritime » ? Le problème s'est présenté dans *Succession Ordon c. Graif*⁵².

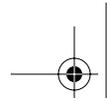


⁵⁰ [1990] 3 R.C.S. 1273, 1294 (nous avons souligné) : « Mise à part la jurisprudence, la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, du moins telles qu'elles sont exercées ici, fait que des règles de droit maritime uniformes s'appliquant aux voies navigables intérieures sont nécessaires en pratique. La plupart des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau ayant lieu sur les voies navigables intérieures du Canada sont étroitement liées avec celles qui sont exercées dans la sphère géographique traditionnelle du droit maritime. Cela est particulièrement évident lorsque l'on considère les Grands Lacs et la Voie maritime du Saint-Laurent, qui sont dans une très large mesure une extension, sinon le commencement, des voies de transport maritime grâce auxquelles le pays fait du commerce avec le monde. »

⁵¹ *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, 788.

⁵² [1998] 3 S.C.R. 437.





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

La Cour, dans cette affaire, reconnaît qu'avant 1976, le droit provincial était employé à titre supplétif pour résoudre des « questions accessoires importantes soulevées dans le cadre des actions pour négligence en matière maritime⁵³ ». Elle rappelle toutefois les changements majeurs opérés en ce domaine depuis *ITO*. Une fois accomplie cette mise en garde, la Cour énonce qu'avant de recourir au droit provincial en matière maritime, l'examen préalable des trois critères suivants s'impose.

Dans un premier temps, il faut vérifier si, oui ou non, la question précise en litige possède la connexité maritime requise pour l'assujettir au pouvoir fédéral⁵⁴. Si tel n'est pas le cas, le droit provincial s'applique. Il faut ensuite vérifier si le droit maritime canadien tel qu'il existe présentement ne comporte pas de solution au problème soulevé⁵⁵. La dernière étape consiste à se demander si la common law de droit maritime canadien peut être réformée⁵⁶. En effet, la Cour reconnaît que le droit maritime canadien « n'est ni statique ni figé » et que « [l]es principes généraux formulés par [la] Cour relativement à la réforme du droit par les tribunaux s'appliquent à la réforme du droit maritime canadien, permettant ainsi l'évolution du droit lorsque les critères applicables sont respectés⁵⁷ ». Ce n'est que si cette étape ne peut être franchie que l'applicabilité des lois provinciales pourra être envisagée⁵⁸.

Dans *Ordon*, la Cour n'a pas eu à se poser la question de l'applicabilité du droit provincial. Elle a plutôt conclu que les règles relatives au partage des responsabilités en cas de faute contributive de la victime et les normes applicables aux demandes de réparation au titre de perte de conseils, de soins et de compagnie pouvaient être intégrées au droit maritime canadien non écrit, c'est-à-dire à la common law de droit maritime canadien. En réalité, la Cour n'abordera jamais cette question de l'applicabilité du droit provincial car, une fois qualifiée de maritime, la théorie des éléments intrinsèques rend impossible une telle application. D'ailleurs, la Cour le reconnaît elle-même lorsqu'elle affirme piteusement :

⁵³ *Id.*, ¶ 70.

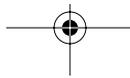
⁵⁴ *Id.*, ¶ 73.

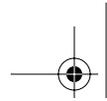
⁵⁵ *Id.*, ¶ 74.

⁵⁶ *Id.*, ¶ 76.

⁵⁷ *Id.*, ¶ 71.

⁵⁸ *Id.*, ¶ 80.





DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

[N]ous ne voulons pas donner à entendre qu'aucune loi provinciale ne pourra jamais s'appliquer dans un contexte maritime, faisant intervenir ou non les règles relatives à la négligence du droit maritime. Les lois provinciales réglant la procédure suivie par les tribunaux, par exemple, s'appliqueraient en règle générale dans une action pour négligence en matière maritime portée devant la cour supérieure provinciale. Nous ne faisons pas de commentaires non plus, par exemple, sur l'applicabilité des lois fiscales provinciales dans des contextes maritimes⁵⁹.

Dans les autres provinces, l'approche adoptée par la Cour suprême n'est pas particulièrement alarmante puisque cette dernière puise ses solutions au même creuset que le droit provincial canadien anglais. Au Québec, par contre, cette approche a pour effet, comme le dit André Braën, de briser l'unité du droit :

La clarification d'une règle de common law vaudra alors pour la province de droit civil mais uniquement dans le domaine maritime. C'est ainsi que le champ d'application du droit civil québécois devient de plus en plus fragmenté et que l'application de ce dernier en droit privé dépend d'un processus de qualification préliminaire...⁶⁰

Le test proposé dans *Ordon* est d'autant plus cocasse qu'il écarte d'une main le droit provincial, pour ensuite le réintroduire de l'autre sous forme de common law fédérale !

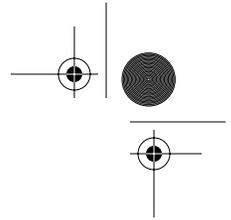
Comment la Cour d'appel du Québec a-t-elle réagi à cette liquidation du droit civil québécois en matière maritime ? Il faut bien le dire, avec une bonne dose d'indifférence. Elle a tout simplement obtempéré, sans protester, aux injonctions de la Cour suprême⁶¹.

⁵⁹ *Id.*, ¶ 86.

⁶⁰ « De l'effet normatif du contrat maritime ou de la relative uniformité du droit maritime canadien », (2001) 31 *R.G.D.* 473, 491.

⁶¹ *Administration de la voie maritime du Saint-Laurent c. Canron Incorporated*, [1996] A.Q. n° 3965 (Quicklaw); demande d'en appeler refusée : [1997] S.C.C.A. n° 52 (Quicklaw) et *Traversier Le Passeur Inc. c. Royale du Canada (La), compagnie d'assurances*, [2004] J.E. 2004-558. *Barber Dubai Shipping Agencies Co. c. Angel Maritime Inc.*, [2002] J.Q. n° 29. *CSL Group c. St. Lawrence Seaway Authority*, [1996] A.Q. n° 3966.





B. Les compétences « attractives » et la théorie du champ occupé : l'exemple du droit bancaire et du droit de la faillite

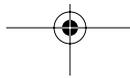
L'inéluctable porosité entre les frontières du droit privé fédéral et du droit privé provincial empêche parfois la Cour d'adopter une attitude aussi tranchée qu'elle ne l'a fait en droit maritime. Autrement dit, elle doit reconnaître et permettre l'osmose décrite plus haut. Elle se refuse donc à invoquer formellement la théorie des éléments intrinsèques. Toutefois, parce que la tentation est grande, encore une fois au nom de l'uniformité et de l'efficience économique, de poser un frein à l'application du droit privé provincial, elle parvient au même résultat en invoquant une notion *élargie* du conflit déclenchant l'application de la prépondérance fédérale.

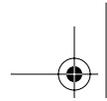
Aux termes de l'approche usuelle, il y a « incompatibilité opérationnelle » lorsqu'il y a « impossibilité de respecter simultanément les textes législatifs provincial et fédéral », mais également « lorsque la loi provinciale [...] entrave la réalisation de [l']objet [de la loi fédérale]⁶² ». Dans cette perspective, le conflit est examiné comme produit de *l'application de lois* irréconciliables.

Toutefois, en matière de droit de la faillite et de droit bancaire, la Cour suprême a recouru à une notion plus envahissante du conflit, une approche dite du « code complet » dont la parenté avec la théorie américaine du « champ occupé » ou « *occupied field* » est frappante. Celle-ci est ainsi appelée parce que le conflit y est examiné comme produit d'une incompatibilité de *champs d'application* législatifs. Une loi provinciale entre en conflit avec une loi fédérale lorsqu'un tribunal est d'avis qu'en légiférant comme il l'a fait, le Parlement fédéral avait l'intention d'occuper tout le champ relatif à un sujet donné. Nul besoin ici d'une incompatibilité opérationnelle. Bref, comme le souligne le juge dissident Iacobucci dans *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, alors que la théorie de l'incompatibilité opérationnelle encourage les tribunaux à « chercher avec soin la coexistence », la théorie du « code complet » les porte plutôt à « s'efforcer de déceler des conflits⁶³ ».

⁶² *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, (2005) C.S.C. 13, ¶ 11 et 12. Dans *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453, ¶ 119, le juge dissident Iacobucci affirmait qu'il y a incompatibilité lorsque « quelqu'un ne peut se conformer à la loi d'un palier de gouvernement sans désobéir à la loi de l'autre palier de gouvernement. »

⁶³ *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453, ¶ 122.





DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

Ainsi, après avoir reconnu qu'il est difficile de prétendre à l'existence d'une cloison étanche entre le droit bancaire et le droit privé provincial, la Cour suprême a néanmoins conclu, dans *Banque de Montréal c. Hall*⁶⁴, que les articles 178 et 179 de la *Loi sur les banques* établissant une sûreté bancaire *sui generis* constituaient un code complet prohibant toute application du droit provincial :

[L]e Parlement, en vertu de son pouvoir de régler les opérations bancaires, a adopté un code complet qui définit et prescrit à la fois la procédure de réalisation d'une sûreté. Il n'y a plus de place pour l'application d'une loi provinciale et cette loi devrait donc être interprétée comme étant inapplicable dans la mesure où elle empiète sur une loi fédérale valide en matière d'opérations bancaires.

On remarquera que le vocabulaire employé renvoie à la théorie des éléments intrinsèques (inapplicabilité et empiètement). De plus, pour éviter de « balkaniser l'ordre de priorité en matière de faillite », la majorité de la Cour suprême dans *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.* a jugé que l'ordre de collocation établi par les alinéas du paragraphe 136(1) de la *Loi sur la faillite* constituait un code complet :

Le législateur fédéral a, dans la *Loi sur la faillite*, adopté un code complet qui fait nécessairement appel à la loi provinciale pour son application. Cependant, l'invitation du législateur fédéral comporte une importante restriction préliminaire : la loi provinciale ne peut tout simplement pas s'appliquer dans les cas où cela aurait pour effet de contrevenir à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* fédérale⁶⁵.

Le juge Gonthier en arrive à la conclusion que la loi provinciale en litige devait donc être « déclarée inapplicable plutôt qu'inopérante en matière de faillite⁶⁶ ». Il ne fait aucun doute que le juge fait ici référence indirectement à la théorie des éléments intrinsèques. Comme le souligne avec justesse le juge dissident Iacobucci, (je le cite dans la version anglaise, la traduction française étant imprécise), cette approche « confuse[s] the doctrines of *vires* and *paramountcy*, as these have been traditionally understood⁶⁷ ».

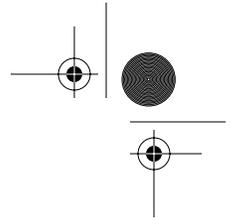
⁶⁴ [1990] 1 R.C.S. 121, 155.

⁶⁵ *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453, ¶ 85.

⁶⁶ *Id.*, ¶ 81.

⁶⁷ *Id.*, ¶ 213.





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

La théorie du « code complet » comporte un degré d'incertitude plus élevé que la théorie de l'incompatibilité opérationnelle. Comme le disaient François Chevette et Herbert Marx :

[...] un tel raisonnement est générateur d'incertitude et d'arbitraire, car en vertu de quels critères décidera-t-on que la loi fédérale constitue un « code complet » sur la question dont il s'agit et que toute loi provinciale complémentaire devient inapplicable ? Compte tenu du pouvoir que le Parlement fédéral a de toute façon pour exclure expressément l'application de toute loi provinciale complémentaire, il vaut mieux opter pour la règle de la contradiction expresse ou encore de l'incompatibilité opérationnelle, et rejeter la notion de conflit implicite⁶⁸.

L'incertitude évoquée par Chevette et Marx sévit déjà. Dans les récentes affaires de faillite *Lefebvre (Syndic de)*; *Tremblay (Syndic de)*⁶⁹ et *Ouellet (Syndic de)*⁷⁰, loin de se référer au concept de « code complet », la Cour s'est plutôt faite le chantre de la complémentarité⁷¹.

En conclusion de cette seconde partie, soulignons simplement que le recours en matière économique à une théorie du champ occupé réduit d'autant les possibilités d'application du droit privé provincial en matière fédérale.

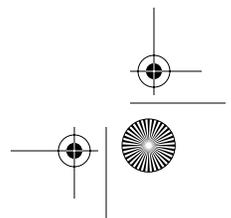
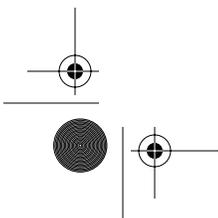
Qu'en est-il de la compétence fédérale sur les droits d'auteur ? Je ne suis pas expert en la matière, mais l'étroite compénétration du domaine du droit d'auteur avec celui du droit privé provincial me porte à croire que les considérations d'efficience qui ont présidé au recours aux théories des éléments intrinsèques et du champ occupé en matière de droit maritime, de faillite et de droit bancaire pourront difficilement trouver à s'appliquer en ce domaine.

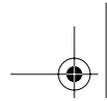
⁶⁸ F. CHEVRETTE et H. MARX, *op. cit.*, note 2, p. 339.

⁶⁹ [2004] 3 R.C.S. 326.

⁷⁰ [2004] 3 R.C.S. 348.

⁷¹ Pour d'autres exemples de l'incertitude engendrée par la notion de « code complet », voir *Waldron c. Royal Bank of Canada Inc.* (1991) 78 D.L.R. (4th.) 1 (C.A. C.-B.); *R. c. Lewis* (1997) 155 D.L.R. (4th.) 442 (C.A. Ont.) et *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113; *Re Bankruptcies of Down et al.* (2000) 189 D.L.R. (4th.) 709 (B.C.S.C.); *Saskatoon Boiler Manufacturing Co. c. Industries F.P. Inc. (syndic)*, [1991] A.Q. no 89 (Quicklaw) (C. sup. en matière de faillite).





CONCLUSION

En conclusion, j'aimerais examiner la question suivante : pourquoi s'inquiéter de cette volonté d'écarter l'application du droit provincial en matière économique fédérale ? Après tout, les motifs d'efficacité économique et d'uniformité⁷² invoqués par la Cour sont assez convaincants⁷³.

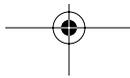
Premièrement, sans égard à la question de la spécificité culturelle québécoise, cette approche peut inquiéter tous les tenants de l'autonomie provinciale. Deuxièmement, les limites de domaines comme le droit maritime⁷⁴,

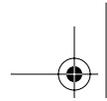
⁷² Encore que la Cour suprême se leurre en pensant que le droit maritime international est uniforme : voir Guy LEFEBVRE, « L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec », (1997) 31 *R.J.T.* 577, 587-588 et André BRAËN, « De l'effet relatif du contrat maritime ou de la relative uniformité du droit maritime canadien », (2001) 31 *R.G.D.* 473, 502-503.

⁷³ *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453, ¶ 37 : « [N]otre Cour s'est, avec raison, constamment intéressée à l'objectif du maintien d'un ordre de priorité homogène à l'échelle nationale en matière de faillite. Si ce n'était pas le cas, [TRANSLATION] « le Canada [aurait] un régime de faillite balkanisé qui diminue[rait] l'importance de la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité [...] Il pourrait exister un régime différent dans chaque province ; l'existence de dix régimes différents en matière de faillite rendrait les activités commerciales courantes extrêmement complexes, lourdes et coûteuses, non seulement pour les Canadiens mais aussi pour nos partenaires commerciaux internationaux » ([ROMAN, Andrew J. and M. Jasmine SWEATMAN. « The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act : The War is Over » (1992), 71 *R. du B. can.* 77] p. 80 et 104). C'est une possibilité dont notre Cour a été fort consciente dans le passé, et c'est grâce à sa vigilance que la législation canadienne en matière de faillite conserve toute sa vitalité. »

Banque de Montréal c. Hall, [1990] 1 R.C.S. 121, 146 : « [L]'adoption de cette sûreté découlait du besoin urgent d'offrir à l'échelle nationale un mécanisme de sûreté uniforme pour faciliter l'accès des producteurs de produits de base et des fabricants aux capitaux. Justement parce que cette sûreté libérait les emprunteurs et les prêteurs de l'obligation de se soumettre à divers régimes de crédit provinciaux, elle permettait aux banques de réaliser plus facilement leur sûreté accessoire. Cela comportait également des avantages importants pour l'emprunteur : l'obtention de crédit moins compliquée et plus accessible. » Pour ce qui est du droit maritime, voir les arguments du juge La Forest résumés plus haut.

⁷⁴ A. BRAËN, *loc. cit.*, note 72, 496.





UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

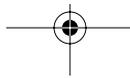
le droit bancaire ou le commerce international ont tendance à être constamment repoussées, particulièrement dans un environnement où le mot « mondialisation » entraîne une gémflexion immédiate. On peut se demander, par exemple, si les relations de travail des employés d'entreprises de navigation intraprovinciale relèvent encore de la compétence des provinces⁷⁵. Ou encore, qu'est-ce qui empêcherait le Parlement fédéral d'adopter un code complet de règles régissant les contrats de prêts auxquels les banques sont parties ? De plus, qu'en est-il des ententes contractées dans le cyberspace par des personnes résidant dans des provinces différentes⁷⁶ ? Enfin, l'interprétation libérale des compétences fédérales de droit privé n'est qu'une facette d'un phénomène plus large, soit l'interprétation libérale par la Cour suprême des compétences économiques fédérales en général. En effet, la volonté de reconnaître au Parlement central un pouvoir d'intervention plus efficace en matière économique s'exprime non pas simplement dans l'interprétation généreuse donnée aux compétences fédérales de droit privé, mais également dans la résurrection de compétences oubliées comme la « réglementation générale du commerce » dont on a conclu qu'elle autorisait la réglementation de matières intraprovinciales⁷⁷.

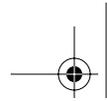
Toutefois, si la question est préoccupante pour toutes les provinces, elle l'est encore plus pour le Québec, seule province où sévit la tradition juridique civile. Et ce n'est pas un civiliste frileux qui vous parle. Bien sûr, je reconnais que la tradition civile québécoise n'est pas une entité figée dans le temps dont l'essence serait à jamais fixée et dont le devenir serait strictement endogène. Bien sûr, les deux grandes traditions juridiques occidentales ont tendance à converger l'une vers l'autre plutôt qu'à s'éloigner. Bien sûr, les solutions fondées sur la common law ne sont pas « moins bonnes » que celles qu'on tire du droit civil. Cependant, dans la mesure où le droit est pensé comme un mode d'appréhension de la réalité sociale, comme

⁷⁵ Voir *Agence maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 851 et *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607. Toutefois, voir *R. c. Investment Navimex Inc.*, [1998] R.J.Q. 1673 (C.A.).

⁷⁶ Sur cette question, lire l'excellente étude de Sébastien BEAUREGARD, *La réglementation d'Internet dans le fédéralisme canadien : l'étendue des pouvoirs du Parlement fédéral*, Université de Montréal, Faculté de droit, mémoire de maîtrise, 2007.

⁷⁷ *General Motors c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641. Sur toutes les questions évoquées dans ce paragraphe, lire Jean LECLAIR, « The Supreme Court's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity, (2003) 28 *Queen's L. J.* 411.





DROIT PRIVÉ PROVINCIAL ET COMPÉTENCES FÉDÉRALES « ATTRACTIVES »

une *mentalité*, c'est-à-dire « [l'e]nsemble des manières habituelles de penser et de croire [...] d'une collectivité et communes à chacun de ses membres⁷⁸ », on peut s'inquiéter de la volonté des tribunaux de limiter la sphère d'application de la tradition de droit civil en matière fédérale. En excluant de la discussion le droit civil québécois, ce n'est pas simplement des solutions différentes qu'on écarte, mais une façon de penser le droit. Le droit ne se résume pas à un système de règles dont la fonction est d'être efficace. La chose est d'autant plus vraie dans un système fédéral comme le nôtre. Faut-il rappeler que, dans un tel système, la diversité est une valeur toute aussi importante que l'efficacité économique ? Un constitutionnaliste américain répliquait ceci à ceux qui voyaient dans le fédéralisme une entrave au développement économique : « [i]t seems odd to test a system designed to some extent to defeat efficiency solely against efficiency's metric⁷⁹. » Si la diversité mérite protection aux États-Unis, la chose est encore plus vraie au Canada.

Si le bijuridisme signifie quelque chose, c'est à tout le moins le devoir pour les tribunaux d'y réfléchir à deux fois avant d'adopter des décisions qui musellent la tradition civile, comme c'est le cas présentement en droit maritime, ou qui risque de limiter l'application, à titre supplétif, de lois provinciales valides en matière fédérale⁸⁰.

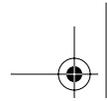
Comme il est souvent difficile de défendre ce qui ne peut être comptabilisé, permettez-moi donc de terminer cette conférence par une allégorie. Au quatrième acte de la pièce d'Edmond Rostand intitulée *Cyrano de Bergerac*, Roxane, personnage féminin principal, traverse les lignes ennemies espagnoles qui assiègent les Français pour rejoindre son amant. Sa calèche est truffée de vivres qu'y a dissimulés Ragueneau, son cocher-pâtissier, et qui feront le délice des soldats affamés.

Lorsqu'un théâtre de Minneapolis a demandé à Anthony Burgess de traduire la pièce, le metteur en scène a exigé que l'apparition de Roxane

⁷⁸ Le trésor de la langue française informatisé : <http://atilf.atilf.fr/>

⁷⁹ Barry FREIDMAN, « Valuing Federalism », (1997) 82 *Min. L.R.* 317, 388.

⁸⁰ Dans l'espace canadien, le Québec n'est pas le seul lieu d'expression de la langue française, ni le seul lieu d'épanouissement d'une culture francophone. Toutefois, la tradition de droit civil est bel et bien l'apanage exclusif du Québec dans le Canada d'aujourd'hui. À ce titre, elle est au cœur de cette spécificité québécoise qu'une adresse conjointe de la Chambre des communes et du Sénat a explicitement reconnue en 1995.



UN COCKTAIL DE DROIT D'AUTEUR / A COPYRIGHT COCKTAIL

soit converti en simple lettre envoyée à l'amant au motif que la scène originale était « *absurd, farcical, unacceptable in terms of even the most far-fetched dramatic convention* »⁸¹. D'un point de vue fonctionnel, la modification était mineure. En effet, le résultat était le même puisque le fil de l'intrigue n'était pas rompu. Toutefois, tout le génie de cette scène magnifique autant que truculente était anéanti parce que le « panache », ce « *subtly gallic [...] concept* » comme le dit Burgess, concept que Rostand lui-même définit comme « quelque chose de voltigeant, d'excessif et d'un peu frisé » qui « n'est pas la grandeur, mais quelque chose qui s'ajoute à la grandeur et qui bouge au-dessus d'elle⁸² », ce panache donc était complètement absent de la scène remaniée. D'autres metteurs en scène l'ont compris et la traduction de 1983 réintroduira la scène.

Le bijuridisme devrait tendre à ce que l'indicible des deux traditions juridiques ne soit pas évacué. En ignorant le droit civil, on perd bien plus que des solutions potentielles. Comme juriste québécois, anglophone ou francophone, on perd un peu de soi-même.



⁸¹ Edmond ROSTAND, *Cyrano de Bergerac*, translated and adapted to the modern stage by Anthony Burgess, London, Hutchinson and Co., 1985, à la p. vii.

⁸² *Id.*, à la p. xiv.

