

RDUS**Revue de DROIT**
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**Volume 46 – Numéro 1****Année :** 2016**ISSN :** 0317-9656**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11328>**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11328>

Page vide laissée intentionnellement.

Articles

LE RÉGIME QUÉBÉCOIS D'ASSURANCE PARENTALE : UN SYSTÈME DISCRIMINATOIRE À L'ENDROIT DES ENFANTS ADOPTÉS..... 1

Par Carmen LAVALLÉE, Daniel PROULX, et Éric POIRIER

LES BIENS IMMATÉRIELS EN QUÊTE D'IDENTITÉ..... 67

Par Gaële GIDROL-MISTRAL

LE CONTENTIEUX DE L'IMMATRICULATION DU COMMERÇANT AU REGISTRE DU COMMERCE ET DU CRÉDIT MOBILIER EN DROIT OHADA 139

Par Irène Flore KAMNANG KOMGUEP

Notes de recherche

LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE DOIT RESPECTER LES PRESCRIPTIONS DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, QU'ELLE REVÊTE OU NON UN CARACTÈRE RELIGIEUX 183

Par Alain ROY et Michel MORIN

(RE) PENSER LE DROIT ADMINISTRATIF AVEC JACQUES CAILLOSSE 205

Par Lionel ZEVOUNOU

Note bibliographique

DROIT CONSTITUTIONNEL 247

Par René PEPIN

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE RÉGIME QUÉBÉCOIS D'ASSURANCE PARENTALE : UN SYSTÈME DISCRIMINATOIRE À L'ENDROIT DES ENFANTS ADOPTÉS

Auteur(s) : Carmen LAVALLÉE, Daniel PROULX, et Éric POIRIER

Revue : *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 1

Pages : 1-66

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11316>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11316>

Page vide laissée intentionnellement.

LE RÉGIME QUÉBÉCOIS D'ASSURANCE PARENTALE : UN SYSTÈME DISCRIMINATOIRE À L'ENDROIT DES ENFANTS ADOPTÉS

par Carmen LAVALLÉE*
Daniel PROULX**
Éric POIRIER***

Le Régime québécois d'assurance parentale (RQAP) crée une distinction dans l'attribution du nombre de semaines assurées selon que le congé est demandé par des parents biologiques ou des parents adoptants. Ces derniers bénéficient d'un congé parental nettement plus court au moment de l'arrivée de leur enfant, l'objectif du législateur étant vraisemblablement de tenir compte de la réalité de la grossesse et de l'accouchement. Se peut-il toutefois que le régime occulte la situation des familles adoptantes et les difficultés qui leur sont propres, au point d'être discriminatoire ?

Afin de répondre à cette question, les auteurs proposent de déplacer le foyer d'analyse traditionnellement placé sur les droits des parents pour le tourner vers les droits et l'intérêt supérieur des enfants. Considérant le vécu et les besoins particuliers des enfants adoptés, ils démontrent que le RQAP, comme les conventions collectives qui reproduisent une distinction similaire, ne résisterait pas à un examen judiciaire fondé sur le droit à l'égalité garanti par les chartes. En conséquence, les auteurs proposent une nouvelle façon de concevoir le régime plus respectueuse des droits de tous.

The Québec Parental Insurance Plan (QPIP) provides for a benefit period that varies according to whether the applicants are the biological parents or the adoptive parents of the child. Adoptive parents are entitled to a significantly shorter parental leave upon their child's arrival. It would appear that the legislative intent is to take into account distinguishing factors based on pregnancy and delivery. Couldn't one argue that the QPIP overlooks the situation of adoptive families and their specific challenges to the extent where it might be deemed discriminatory?

To address this question, the writers suggest shifting the analytic focal point away from the traditional focus on the rights of the parents, to the rights and best interests of the children. Considering the personal history and specific needs of adopted children, the writers argue that the QPIP, like all collective agreements that set out similar distinctions, would not withstand a legal challenge based on the right to equality guaranteed under the Canadian and Quebec Charters. Consequently, the writers come up with a proposal that takes into account the rights of all stakeholders.

*. Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** . Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

*** . Avocat, doctorant en droit à l'Université de Sherbrooke et à l'Université de Bordeaux et boursier FRQSC. Les auteurs tiennent à remercier Anne-Marie Piché, professeure à l'École de travail social de l'UQAM, Jean-François Chicoine, professeur adjoint au département de pédiatrie de l'Université de Montréal, et Johanne Lemieux, travailleuse sociale et psychothérapeute au Bureau de Consultation en Adoption de Québec.

SOMMAIRE

Introduction	3
I. Les lacunes de l'approche actuelle en matière de congés parentaux	4
A. Une approche fondée sur les droits des parents	4
1. Les congés parentaux prévus par la Loi sur l'assurance-emploi	5
2. Les congés prévus par le Régime québécois d'assurance parentale	13
B. Une approche insensible aux droits et à l'intérêt de l'enfant adopté	21
1. L'état de la situation concernant l'adoption et les enfants adoptés	21
2. L'importance de prendre en considération l'intérêt et les droits de l'enfant dans l'élaboration des politiques sociales et familiales	31
II. La nécessité d'un changement de paradigme dans l'attribution des congés parentaux	36
A. Le Régime québécois d'assurance parentale et l'article 15 de la Charte canadienne	37
1. Un régime discriminatoire	38
a) Une distinction fondée sur un motif analogue	40
b) Un préjudice arbitraire	44
2. Un régime non justifié en vertu de l'article premier	49
a) Les objectifs de la Loi sur l'assurance parentale	49
b) Les moyens choisis par la Loi sur l'assurance parentale	50
B. Les conventions collectives et l'article 10 de la Charte québécoise	55
1. Une distinction discriminatoire	57
2. Une distinction injustifiée	59
C. Un modèle mieux adapté aux nouvelles réalités familiales québécoises	61
Conclusion	65

Introduction

Le Régime québécois d'assurance parentale (ci-après RQAP) constitue une avancée sociale d'une valeur inestimable. Entrée en vigueur en 2006¹, ce programme permet aux parents d'accueillir leur enfant sans être soumis au stress lié à un retour trop rapide sur le marché du travail tout en favorisant le développement des enfants. Nul ne remet aujourd'hui en question ce formidable avantage consenti aux familles québécoises. Alors que le droit reconnaît désormais plusieurs types de familles (recomposées, homoparentales, adoptives², monoparentales), la *Loi sur l'assurance parentale*³ (ci-après LAP) ne tient pas suffisamment compte de ces nouvelles réalités. Dans ce contexte, nous croyons urgent de nous interroger sur le caractère véritablement équitable du régime à l'égard des enfants qui, en raison des conditions particulières de leur naissance ou de leur prise en charge, sont vraisemblablement victimes de discrimination dans l'attribution des congés parentaux. Nous pensons plus particulièrement aux enfants adoptés au Québec ou à l'étranger.

La question du droit à l'égalité dans l'attribution des congés parentaux a déjà fait l'objet de débats judiciaires. Cependant, la jurisprudence s'est généralement contentée d'opposer les droits des pères biologiques et des pères adoptants sur le seul fondement de l'état civil. De plus, les tribunaux omettent de prendre en considération un fait important : pour avoir droit au congé, le père adoptant doit être celui qui assume au quotidien la charge de l'enfant, contrairement au père biologique⁴.

-
1. *Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2005, c. 13.
 2. Pour les fins de cet article, nous utilisons en tant que synonymes les mots « adoptant » et « adoptif ». Nous distinguons également les enfants adoptés des enfants qui vivent avec leurs parents d'origine, qualifiés de « parents biologiques » ou « naturels » ou « d'enfants biologiques » ou « naturels », en sachant par ailleurs que ces qualificatifs ne sont pas parfaitement satisfaisants.
 3. RLRQ, c. A-29.011 (ci-après « LAP »).
 4. Selon le Conseil du statut de la femme, la mère est présente à la maison dans 89% des cas lorsque le père biologique prend son congé de paternité.

Le but de cet article est donc de proposer une nouvelle approche en matière de congés parentaux en déplaçant le foyer d'analyse traditionnellement placé sur les droits des parents pour le tourner vers les droits des enfants. Après avoir constaté les lacunes de l'approche actuelle en matière d'attribution des congés parentaux (partie 1), nous démontrerons la nécessité pour la société québécoise de se doter d'un nouveau paradigme en la matière (partie 2). Ce faisant, nous verrons que la constitutionnalité de la LAP paraît plus que douteuse et que le caractère discriminatoire des conventions collectives dont la mise en œuvre se traduit par une différence de traitement entre les enfants adoptés et les enfants biologiques est intenable. Enfin, nous poserons les bases d'une réflexion qui devrait conduire à un système plus équitable pour tous les enfants québécois.

I. Les lacunes de l'approche actuelle en matière de congés parentaux

Les régimes de prestations fédéral et québécois sont des régimes distincts. Pourtant, dans l'un et l'autre des cas, les choix législatifs ont d'abord été dictés par les besoins des parents (A), c'est-à-dire sans que ne soient réellement pris en considération les besoins, les droits et l'intérêt des enfants, particulièrement ceux des enfants adoptés (B).

A. Une approche fondée sur les droits des parents

Le régime fédéral de prestations parentales a été intégré dans la *Loi sur l'assurance-emploi*⁵ (1) alors que le RQAP s'inscrit dans le cadre d'une politique familiale globale (2).

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Avis. Pour un partage équitable du congé parental*, Québec, Gouvernement du Québec, 2015, p. 36.

5. L.C. 1996, c. 23 (ci-après « LAE »). Le régime actuel prévoit à son article 12(3) : « Le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations peuvent être versées au cours d'une période de prestations est :

- a) dans le cas d'une grossesse, quinze semaines;

1. Les congés parentaux prévus par la *Loi sur l'assurance-emploi*

Depuis la première loi fédérale sur l'assurance-emploi, soit la *Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*⁶, l'objectif du régime semble être demeuré inchangé : « indemniser les chômeurs pour la perte de revenus provenant de leur emploi et [...] assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail »⁷. Au départ, les prestations étaient réservées aux chômeurs aptes au travail et disponibles pour travailler, mais incapables de trouver un emploi. Par la suite, plusieurs modifications ont été apportées à la loi, dont celles relatives aux prestations parentales ou de maternité. En 1971, la loi autorise le versement de prestations aux femmes qui donnent naissance à un enfant pour une période de 15 semaines entourant leur accouchement⁸. En 1984, la loi est de nouveau modifiée, notamment pour autoriser un prestataire à bénéficier d'un congé d'adoption s'il « fait la preuve qu'il est raisonnable pour lui de demeurer à la maison à cause du placement auprès de lui, en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside, d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption »⁹. À cette

b) dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés du prestataire ou à un ou plusieurs enfants placés chez le prestataire en vue de leur adoption, 35 semaines; [...]. »

6. S.C. 1940, c. 44, adoptée à la suite d'une modification constitutionnelle transférant au pouvoir central la compétence en la matière, voir : *Loi de 1940 sur l'Amérique du Nord britannique*, 3-4 Geo. VI, c. 36 (R.-U.).
7. *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, par. 18, citant *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, 41.
8. *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, c. 48. Puis, en 1975, on leur accordera plus de flexibilité pour choisir les semaines pendant lesquelles elles pourront recevoir des prestations (*Loi de 1974 modifiant la législation (Statut de la femme)*, S.C. 1974-75-76, c. 66, art. 22). En 1987, la grossesse est ajoutée aux motifs qui permettent de prolonger la période de prestations (*Loi modifiant la loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1978-79, c. 7).
9. *Loi no 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1980-81-82-83, c. 150, art. 32. Le congé de maternité est prévu à l'article 30 et le congé d'adoption à l'article 32.

époque, une femme qui accouchait ou une personne qui adoptait pouvait, l'une comme l'autre, recevoir un maximum de 15 semaines de prestations. Dans le cas de la première, surtout pour se remettre de la grossesse et de l'accouchement; dans celui de la seconde, pour se consacrer à la prise en charge d'un enfant adopté.

L'affaire Schachter

Peu de temps après son entrée en vigueur, la loi a été contestée dans l'affaire *Schachter*¹⁰. Cette décision, qui semble avoir donné le ton sur la question de l'égalité dans l'attribution des congés parentaux, présente des particularités. En l'espèce, l'épouse de l'intimé avait bénéficié des prestations de maternité pendant une période de 15 semaines, comme prévu à l'article 30 de la loi. Les parents avaient convenu que l'intimé, père de l'enfant, resterait à la maison avec le nouveau-né dès que son épouse retournerait au travail. Après avoir pris trois semaines de congé sans solde, l'intimé a présenté une demande de prestations sur le fondement de l'article 32 qui prévoit le congé d'adoption, alléguant que les adoptants bénéficiaient d'un avantage qui lui était refusé en tant que parent naturel. La Cour fédérale de première instance a conclu à une violation de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹, l'article 32 de la *Loi sur l'assurance-chômage* constituant, selon elle, une discrimination à l'endroit des parents naturels. Puis, la prétention des pères biologiques ayant été concédée par le gouvernement, la Cour fédérale d'appel n'a pas pu se prononcer sur le caractère discriminatoire ou non des dispositions en question. À ce niveau, le litige ne portait plus que sur la compétence du juge de première instance pour accorder la réparation demandée.

L'affaire ayant été portée devant la Cour suprême, cette dernière s'est trouvée, elle aussi, privée du pouvoir d'examiner la question de l'égalité entre les parents adoptants et les parents naturels. Une situation dénoncée par la Cour qui, de surcroît, a

10. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

11. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « *Charte canadienne* »).

émis des doutes sur le raisonnement suivi par les tribunaux inférieurs. En effet, le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la majorité affirme : « Notre Cour ne peut donc examiner quant au fond la question soulevée par l'art. 15 [de la Charte canadienne], *quels que puissent être ses doutes, le cas échéant, quant à la conclusion des tribunaux d'instance inférieure* »¹². Le juge Laforest, dissident pour d'autres motifs, va encore plus loin :

Tout d'abord, je ne suis pas du tout certain qu'en l'espèce la *Charte* ait été violée. À première vue (et le Juge en chef y fait allusion), il ne semble pas tout à fait déraisonnable de croire que le Parlement ait pu avoir d'excellentes raisons d'encourager les parents adoptifs en tant que groupe; l'intervention judiciaire a eu pour effet de priver ce groupe d'une partie des fonds destinés à répondre au problème que le Parlement avait probablement en vue.¹³

Cela dit, l'affaire *Schachter* a tracé la voie dans laquelle se sont par la suite engagés les autres tribunaux sans que l'assimilation entre le congé d'adoption et le congé parental ne soit remise en question, malgré les réserves de la Cour suprême. En mettant systématiquement l'accent sur la réalité biologique de l'accouchement et de la naissance, les tribunaux accordent certes une protection adéquate aux femmes qui accouchent, ce que personne ne remet en question. Toutefois, en refusant de prendre en considération la réalité psychologique et sociale à laquelle sont confrontés les adoptants et les adoptés, les tribunaux se bornent à distinguer le parent qui accouche de celui qui n'accouche pas (incluant le père biologique, la mère adoptante et le père adoptant).

Quoi qu'il en soit, au moment où la Cour suprême a été saisie de l'affaire *Schachter*, la question était devenue obsolète puisque le législateur fédéral avait déjà modifié la loi pour prévoir un nouveau congé réduit alors à 10 semaines, renommé « congé parental », que pouvaient se partager les parents adoptants ou naturels, écartant ainsi l'éventuelle prise en compte de la situation particulière de

12. *Schachter c. Canada*, préc., note 10, 695 (nos italiques).

13. *Id.*, 727.

l'adoption. Le congé de maternité a été maintenu à 15 semaines de prestations. Ainsi, les parents naturels bénéficiaient ensemble d'une période de 25 semaines de prestations, contre 10 pour les parents adoptants. Ce régime dualiste n'aurait-il pas pour effet de créer une autre forme de discrimination?

L'affaire Schafer

Il s'agit justement de la question soulevée dans l'affaire *Schafer*¹⁴. Dans cette affaire, deux mères adoptantes et leurs fils adoptés contestaient les nouvelles dispositions de la LAE au motif qu'elles étaient discriminatoires à leur égard. Le juge de première instance leur donna raison en statuant que la loi portait atteinte au droit à l'égalité à la fois des parents adoptants et des enfants adoptés¹⁵. La Cour d'appel de l'Ontario a commencé par s'interroger sur les finalités des prestations de maternité et de ce qu'elle appelle « les prestations pour soins aux enfants ». Selon la Cour, les groupes de comparaison sont les femmes qui accouchent et les mères adoptantes. L'objectif des prestations de maternité est de protéger le revenu, la sécurité d'emploi et les perspectives professionnelles des femmes enceintes. La Cour a constaté que la loi établissait une différence de traitement entre les mères biologiques et les mères adoptantes. Elle a ensuite statué que la qualité de mère adoptante constituait un motif analogue de discrimination. Néanmoins, la Cour a conclu que la grossesse et l'accouchement sont des réalités biologiques incontournables que les mères biologiques sont seules à connaître et que le fait de les indemniser pour la perte de revenu qui en découle ne constitue pas une discrimination à l'égard des mères adoptantes.

Quant à l'argument soulevé par les mères adoptantes et le Conseil de l'adoption du Canada selon lequel la loi s'avérait discriminatoire à l'endroit des enfants adoptés, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas retenu cet argument, contrairement au juge de

14. *Schafer v. Canada (Attorney General)*, [1997] O.J. No. 3231 (C.A.).

15. *Schafer v. Canada (Attorney General)*, [1996] O.J. No. 1915 (Ontario Court [General Division]).

première instance qui y avait vu une discrimination indirecte. Selon la Cour d'appel, le fait que la LAE accorde moins de semaines de prestations aux parents adoptants ne prouve pas que ces parents passent moins de temps avec leur enfant ou que les mères adoptantes retournent plus tôt au travail que les mères biologiques¹⁶. Toujours selon la Cour : « It should be noted that adoptive parents, particularly those who use private adoption and international adoption, generally come from a more affluent financial background and that those who choose to adopt have committed themselves to a significant financial responsibility »¹⁷. Ainsi, sur le fondement d'un argumentaire plutôt intuitif selon lequel les parents adoptants peuvent prendre du temps à leurs frais avec leurs enfants parce que rien dans la loi ne leur interdit de le faire et qu'ils ont généralement plus de moyens financiers que la population en général, la Cour d'appel en est arrivée à la conclusion que la loi n'était pas discriminatoire à l'endroit des mères adoptantes ou des enfants adoptés. Par ailleurs, le fait que l'adoption soit un choix confortait, selon elle, sa conclusion.

Notons qu'à la suite des arrêts *Schachter* et *Schafer*, les tribunaux en général se sont peu intéressés à l'impact de la LAE sur les enfants adoptés. Ils se sont limités à réaffirmer que la réalité physiologique des mères naturelles justifiait que leur soient attribuées des indemnités spéciales de maternité qui visent justement à répondre à leur situation particulière.

L'affaire BC Government and Service Employees Union

L'affaire *BC Government and Service Employees Union*¹⁸, qui portait sur une distinction prévue dans une convention collective dont les dispositions complétaient le régime prévu dans la LAE, est au même effet. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejetait les allégations fondées sur les dispositions anti-discrimination du

16. *Schafer v. Canada (Attorney General)*, préc., note 14, par. 44.

17. *Id.*, par. 45.

18. *BC Government and Service Employees Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)*, 2002 BCCA 476.

*Human Rights Code*¹⁹ de la province. Selon elle, la convention collective pouvait favoriser les mères biologiques dans la mesure où il existe une réelle différence entre la situation des mères biologiques et celle des mères adoptantes²⁰.

Cette même différence entre les deux groupes peut-elle également justifier qu'une convention collective accorde des avantages aux parents adoptants qui ne seraient par ailleurs pas accordés aux parents biologiques? Il semble bien que oui si on en croit une décision rendue en Ontario.

L'affaire Ontario Secondary School Teachers' Federation v. Upper Canada District School Board²¹

Dans cette affaire, la Cour divisionnaire de la Cour supérieure de l'Ontario rejetait, en 2005, une requête en révision judiciaire d'une décision où l'arbitre jugeait non discriminatoires les dispositions d'une convention collective accordant aux parents adoptants des avantages refusés aux pères biologiques. Dans la mesure où les parents adoptants vivent une situation différente de celle des pères biologiques, eu égard notamment aux besoins particuliers des enfants adoptés, la Cour confirmait que la convention collective pouvait en l'espèce ne contrevenir ni à la Charte canadienne ni au *Code des droits de la personne*²² de l'Ontario.

L'affaire Tomasson

Toutefois, en 2007, la Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Nadon, allait rendre une décision qui, à première vue, pouvait laisser croire que la question était réglée. Dans l'affaire

19. RSBC 1996, c. 210.

20. *BC Government and Service Employees Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)*, préc., note 18.

21. [2005] O.J. No. 4057 (Ont. S.C.J. Div. Ct.).

22. L.R.O. 1990, c. H.19.

*Tomasson*²³, une mère adoptante à qui on avait accordé des prestations parentales, mais refusé des prestations de maternité, contestait la constitutionnalité de la LAE en invoquant le droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne.

Selon la Cour, le régime fédéral institue des prestations ayant deux objets différents. Les prestations de maternité ont pour objectif « d'aider la mère à se remettre de la grossesse et de l'accouchement »²⁴, « de remplacer le revenu des femmes enceintes et mères biologiques assurées, et cela durant la période physiquement exigeante de l'accouchement et de ses suites »²⁵. En analysant le régime fédéral du point de vue des besoins des parents, la Cour d'appel fédérale jugeait donc normal que la LAE crée une distinction entre les mères biologiques et les mères adoptantes.

Ainsi, selon le juge Nadon, c'est plutôt l'« exacte égalité entre mères biologiques et mères adoptives [qui] conduirait [...] à une discrimination à l'encontre des mères biologiques »²⁶. Pire, « [s]i la Cour devait conclure que les mères adoptives ont droit à des prestations de maternité, ce serait dire implicitement que les mères naturelles ne méritent pas de s'absenter du travail plus que les mères adoptives, alors même qu'elles doivent supporter le fardeau d'une grossesse et d'une naissance »²⁷. La Cour d'appel fédérale n'a pas abordé la question de la discrimination à l'endroit des enfants adoptés, se bornant à dire que les groupes de comparaison sont les mères biologiques et les mères adoptantes et non pas les enfants. Quoi qu'il en soit, le juge a affirmé que si des prestations de maternité étaient accordées aux mères adoptantes, il faudrait alors les étendre aux pères adoptifs et aux pères biologiques. Pourtant, un peu plus loin il a ajouté, faisant montre d'une grande déférence à l'égard du Parlement, que considérant la situation particulière des mères biologiques, et en l'absence de discrimination, « c'est au

23. *Tomasson c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 265.

24. *Id.*, par. 99.

25. *Id.*, par. 100.

26. *Id.*, par. 130.

27. *Id.*, par. 131.

législateur et non aux tribunaux qu'il appartient d'établir et de mettre au point les régimes légaux de prestations »²⁸.

Actuellement, le régime fédéral prévoit deux types de prestations. Selon l'article 22 de la LAE, des prestations de maternité sont payables « à la prestataire [...] qui fait la preuve de sa grossesse »²⁹ et, selon l'article 23, des prestations parentales sont allouées « à un prestataire [...] qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d'un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption »³⁰. Les deux types de prestations sont payables durant une période déterminée par la loi³¹ et le nombre maximal de semaines allouées varie selon qu'il s'agit de prestations de maternité ou de prestations parentales. Cette distinction est prévue notamment à l'article 12(3) a) et b) de la LAE.

12. (3) Le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations peuvent être versées au cours d'une période de prestations est :

- a) dans le cas d'une grossesse, quinze semaines;
- b) dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveaux-nés du prestataire ou à un ou plusieurs enfants placés chez le prestataire en vue de leur adoption, 35 semaines; [...].

28. *Id.*, par. 121. Plus récemment, dans *British Columbia Teachers' Federation c. British Columbia Public School Employers' Association*, 2014 CSC 70, la Cour suprême rétablissait la décision d'un arbitre qui, considérant l'objet distinct des prestations de maternité et des prestations parentales, jugeait discriminatoire eu égard à la Charte canadienne et au *Human Rights Code* (RSBC 1996, c. 210) de la Colombie-Britannique le fait de refuser aux mères biologiques des prestations parentales en sus de leurs prestations de maternité puisque les deux types de prestations ne visent pas les mêmes objectifs. Une affirmation incontestable, mais qui démontre tout de même la grande difficulté que représente pour les gestionnaires et les syndicats l'établissement de règles qui ne s'interpréteraient pas nécessairement au détriment des uns ou des autres.

29. LAE, art. 22(1).

30. *Id.*, art. 23(1).

31. *Id.*, art. 22(2) et 23(2).

La LAE crée donc une distinction entre les parents des familles biologiques et ceux des familles adoptantes. Les premiers ont droit ensemble à 50 semaines de prestations, alors que les seconds n'ont que 35 semaines de prestations parentales à se partager.

Selon nous, les affaires qui ont été plaidées jusqu'à présent n'ont pas eu pour effet de mettre fin au débat. Si une réelle différence entre les mères biologiques et les mères adoptantes permet d'instituer des prestations favorisant les premières, une autre différence tout aussi réelle entre les enfants biologiques et les enfants adoptés ne devrait-elle pas autoriser l'élaboration d'un régime complémentaire qui viserait justement à répondre aux besoins particuliers des enfants adoptés? Par ailleurs, le fait que les prestations soient versées dans le contexte de la LAE qui vise essentiellement la protection des travailleurs semble jouer un rôle déterminant dans l'interprétation des dispositions controversées. À l'inverse, si les prestations provenaient d'un régime d'assurance distinct de l'assurance-emploi, cela pourrait-il influencer sur les modalités et les résultats de l'analyse? Voyons ce qu'il en est avec le RQAP.

2. Les congés prévus par le Régime québécois d'assurance parentale

L'entrée en vigueur du RQAP dépendait de la conclusion d'une entente signée en 2005 par les gouvernements du Québec et du Canada³². En 2000 et 2001, lors des débats parlementaires devant mener à l'adoption à l'unanimité de la LAP, il apparaît clairement que l'intention du législateur québécois n'était pas de reprendre les objectifs du régime fédéral. Cette conclusion s'impose d'elle-même à la lecture des travaux en commission parlementaire qui ont précédé l'adoption du régime. En effet, dans le contexte des négociations entre le Québec et le fédéral, l'un des principaux

32. Les modalités de transfert au Québec des sommes perçues ou versées sur son territoire par le gouvernement du Canada en vertu de la LAE ont été prévues dans l'*Entente finale Canada-Québec sur le Régime québécois d'assurance parentale* du 1^{er} mars 2005.

arguments invoqué au soutien de la nécessité d'un régime distinct a été de ne plus associer l'arrivée d'un enfant à la perte de son emploi.

Alors, c'est un geste concret aussi de soutien à la famille. Il était temps d'agir, M. le Président, il était temps de mettre fin définitivement à une aberration contre laquelle d'aucuns protestent et qui perdure depuis un quart de siècle. *Il était temps de cesser d'assimiler l'arrivée d'un enfant à la perte d'un emploi.* Il est impensable qu'encore de nos jours les femmes et les hommes qui doivent s'absenter du travail pour la naissance d'un enfant ou pour en prendre soin pendant les premiers mois soient traités ici comme ceux qui se retrouvent en chômage.³³

La description retrouvée sur le site web du gouvernement du Québec consacré au RQAP va dans le même sens. On y affirme que le régime « vise à soutenir financièrement les nouveaux parents, à les encourager dans leur désir d'avoir des enfants et à les soutenir dans leur volonté de consacrer plus de temps à leurs enfants dans les premiers mois de leur vie »³⁴.

Des objectifs différents de ceux du fédéral, qui inscrivent le RQAP dans le cadre d'une politique familiale globale plutôt que dans le contexte d'une perte d'emploi, auraient dû mener à la mise sur pied d'un régime différent de celui du fédéral avec pour objectif de

33. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 36^e lég., 21 novembre 2000, « Projet de loi n° 140? *Loi sur l'assurance parentale* » p. 8020 (Mme Nicole Léger, ministre déléguée à la Famille et à l'Enfance) (nos italiques). Voir également QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 2^e sess., 36^e lég., 25 mai 2001, « Projet de loi n° 140? *Loi sur l'assurance parentale* », p. 1516 et 1517 (Mme Linda Goupil, ministre d'État à la Famille et à l'Enfance).

34. MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, *Qu'est-ce que le Régime québécois d'assurance parentale?*, en ligne : <http://www.rqap.gouv.qc.ca/a_propos_regime/information_generale/index.asp> (consulté le 4 mai 2015).

soutenir les familles québécoises sans discrimination³⁵. Cela ne fut pas le cas puisque le législateur québécois s'est contenté de reproduire des dispositions assez semblables à celles du régime fédéral. En effet, dès le départ, la *Loi sur l'assurance parentale*³⁶ prévoit un nombre maximal de semaines de prestations moins élevé pour les parents adoptants que pour les parents biologiques. En commission parlementaire, la Fédération des parents adoptants du Québec (ci-après FPAQ) faisait valoir que « [d]e nombreuses études témoignent de l'importance pour le parent adoptant de demeurer auprès de son enfant durant une période d'au moins 12 mois pour favoriser le lien d'attachement, le solidifier et pour sécuriser davantage l'enfant »³⁷. Regrettant l'inexistence d'un équivalent aux prestations de maternité pour les familles adoptantes (qui pourrait prendre la forme d'un congé d'accueil d'un enfant adopté), l'association rappelait que « l'enfant adopté est un enfant abandonné, souvent négligé physiquement et émotivement dans son milieu substitut. Il devrait bénéficier du même droit d'accès à sa mère pour se remettre de ses blessures, pour s'attacher à ses nouveaux parents et pour apprivoiser sa nouvelle vie de famille, réalité qu'il n'a souvent jamais connue »³⁸.

À l'Assemblée nationale, le porte-parole de l'opposition officielle en matière d'emploi, de solidarité sociale et de famille, demandait au gouvernement d'accueillir la demande de la FPAQ.

35. La différence n'est pas anodine. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique énonce que les dispositions de la convention collective qui font l'objet du litige sont directement associés à l'objet du régime fédéral d'assurance-emploi qui visent à dédommager la femme qui accouche et qui doit, pour cette raison, s'absenter de son travail. Toujours selon la Cour, si l'objectif du régime était plutôt de soutenir la famille, il n'est pas certain que le résultat serait le même. *BC Government and Service Employees Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)*, préc., note 18, par. 18.

36. L.Q. 2001, c. 9.

37. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, 1^{ère} sess., 37^e lég., 2 juin 2005, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 108 – *Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives* », 15h50 (Mme Claire-Marie Gagnon, pour la Fédération des parents adoptants du Québec).

38. *Id.*

Selon lui, si les parlementaires avaient eu en 2001, au moment d'élaborer le RQAP, toute l'information dont il disposait en 2005 sur la réalité propre aux enfants adoptés, le régime aurait probablement été élaboré différemment³⁹. Un point de vue partagé par le deuxième groupe d'opposition qui appuyait la demande de la FPAQ⁴⁰. Toutefois, le 14 juin 2005, la ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale, Michelle Courchesne, rejetait la proposition de la FPAQ⁴¹. En conséquence, la LAP retient des distinctions semblables à celles retrouvées dans la LAE.

Le régime québécois prévoit quatre types de prestations, payables durant une période déterminée par la loi⁴². Chaque type

39. « Mme la Présidente, il se pourrait que les membres de l'Assemblée nationale puissent faire ensemble une erreur et puissent ensemble vouloir la corriger. Est-ce que ce fut une erreur? Sans doute, mais en même temps peut-être ne faut-il pas blâmer les membres de l'Assemblée nationale, qui unanimement ont reconnu les paramètres que l'on connaît au régime d'assurance parentale à ce moment-là, étant donné l'état des connaissances que nous avons sur les besoins des parents adoptants, et sur les besoins des enfants adoptés, et surtout sur l'exigence que représente la formation d'un lien d'attachement solide entre ces enfants et leurs parents dans la période qui précède et qui suit l'adoption. » QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 37^e lég., 14 juin 2005, « Projet de loi 108? *Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives* », p. 9350 (M. Camil Bouchard, porte-parole de l'opposition officielle en matière d'emploi, de solidarité sociale et de famille).

40. « Donc, dans ce contexte, je vous rappelle que nous espérons que tous les enfants du Québec auront la chance d'avoir des parents pour eux et des chances égales que les enfants qui sont nés de façon naturelle... plutôt, que ceux qui arrivent au Québec par adoption pourront, eux aussi, bénéficier de leur maman et de leur papa autant que les enfants naturels. » QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 37^e lég., 15 juin 2005, « Projet de loi 108? *Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives* », p. 9422 (Mme Sylvie Roy).

41. QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 37^e lég., 14 juin 2005, « Projet de loi 108? *Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives* », p. 9346 (Mme Michelle Courchesne, ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale).

42. LAP, art. 7, al. 2, 9-11.

de prestations doit être réclamé en fonction de la situation des parents. Les articles 7 à 11 de la LAP énoncent les quatre types de prestations de même que le nombre maximal de semaines allouées pour chacune d'elles. Selon l'option choisie par les parents, il leur est possible de recevoir un montant hebdomadaire moins élevé pendant une période plus longue⁴³ ou un montant plus élevé pendant une période plus courte⁴⁴. Les dispositions pertinentes de la LAP se lisent ainsi :

7. Le nombre maximal de semaines de prestations de maternité est de 18 ou [...] de 15.

9. Le nombre maximal de semaines de prestations de paternité est de 5 ou [...] de 3.

10. Le nombre total de semaines de prestations parentales dont peuvent bénéficier les parents de l'enfant est d'au plus 32 ou [...] d'au plus 25.

11. Le nombre total de semaines de prestations d'adoption dont peuvent bénéficier les parents adoptifs de l'enfant est d'au plus 37 ou [...] d'au plus 28.

Notons que les parents biologiques peuvent combiner le congé de maternité, le congé de paternité et le congé parental alors que le congé d'adoption ne peut être joint à aucun autre.

43. En vertu du régime de base, les parents reçoivent 70% de leur revenu hebdomadaire moyen durant les premières semaines, et 55% pour les semaines restantes (LAP, art. 18).

44. En vertu du régime particulier, les parents reçoivent 75% de leur revenu hebdomadaire moyen pendant toutes les semaines de prestations (*id.*).

Régime applicable aux parents biologiques :

Types de prestations	Régime de base		Régime particulier	
	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire
Maternité	18	70%	15	75%
Paternité	5	70%	3	75%
Parentales	32	70%	25	75%
TOTAL	55		43	

Régime applicable aux parents adoptants :

Types de prestations	Régime de base		Régime particulier	
	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire
Adoption	37	70%	28	75%
TOTAL	37		28	

La LAP crée donc une distinction entre les parents biologiques et les parents adoptants. Les premiers ont droit ensemble à 55 ou 43 semaines de prestations, alors que les seconds n'ont droit qu'à 37 ou 28 semaines (selon le régime qu'ils choisissent). À la lecture des débats parlementaires, on comprend que ce sont les besoins des parents qui orientent l'élaboration du RQAP⁴⁵. Évidemment, les besoins des enfants n'ont pas été

45. « Aujourd'hui, le Québec parlera d'une seule voix. Une seule voix non seulement parce qu'un accord émerge entre les 125 députés qui forment cette Assemblée, mais parce que la société québécoise, par la voix de ses représentants nationaux, patronaux, syndicaux et communautaires, est parvenue au même constat, *aider davantage les parents à concilier leur vie professionnelle et familiale.* » QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 36^e lég., 13 juin 2000, « Tout mettre en œuvre pour reprendre les négociations concernant l'assurance

complètement absents des considérations des parlementaires lors de l'élaboration du RQAP, mais ils n'ont pas été portés à l'avant-scène⁴⁶.

Voilà pourquoi les tribunaux québécois saisis de la question d'une éventuelle discrimination entre les parents biologiques et les parents adoptants ont retenu la même approche que les tribunaux

parentale en vue d'en arriver à une entente permettant l'implantation d'un programme québécois et demander au gouvernement du Canada de participer de bonne foi à ces négociations », p. 6867 (Mme Pauline Marois, ministre d'État à la Santé et aux services sociaux); « M. le Président, il ne faut pas perdre de vue l'objectif ultime qui est poursuivi aujourd'hui, c'est celui de *doter les Québécoises et les Québécois d'un programme d'assurance parentale qui les supportera mieux dans leur volonté de former une famille.* » *Id.*, p. 6867 (M. Russell Copeman, critique de l'opposition officielle en matière de politique familiale) (nos italiques).

46. À titre d'exemple : « Nous savons, M. le Président, combien *la présence de la mère et du père auprès de leurs enfants*, et ce, dès les premières semaines suivant la naissance ou l'adoption, importe pour le développement des enfants. » QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 36^e lég., 21 novembre 2000, « *Projet de loi n° 140? Loi sur l'assurance parentale* », p. 8021 (Mme Nicole Léger, ministre déléguée à la Famille et à l'Enfance) (nos italiques). « Alors, sur ce point, je vous rappelle que les études sur le retour au travail après la naissance d'un enfant sont unanimes: elles recommandent *d'encourager les parents à consacrer du temps à leur enfant* durant sa première année de vie. Nous partageons l'avis selon lequel il est essentiel de permettre aussi aux nouveaux parents de consacrer davantage de temps à leur famille afin de mieux s'adapter aux réalités de la vie familiale et afin *de jouer pleinement leur rôle auprès de leurs jeunes enfants.* » QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 36^e lég., 22 novembre 2000, « *Projet de loi n° 140? Loi sur l'assurance parentale* », p. 8089 (Mme Nicole Léger, ministre déléguée à la Famille et à l'Enfance) (nos italiques); « Nous avons à cœur de *permettre aux enfants de jouir un peu plus longtemps de la présence de leurs parents.* De cette manière, nous pensons leur offrir de meilleures chances de bien commencer dans la vie et favoriser leur développement harmonieux, car, nous le savons, *la période entourant la naissance ou l'adoption d'un enfant est cruciale pour établir les liens d'attachement entre l'enfant et les parents.* » QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{re} sess., 37^e lég., 31 mai 2005, « *Projet de loi n° 108? Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives* », p. 8759 (Mme Michelle Courchesne, ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale) (nos italiques).

canadiens qui ont interprété la LAE. La décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de transport de Montréal et Syndicat du transport de Montréal*⁴⁷, rendue par le Tribunal des droits de la personne en 2008 et confirmée en appel en 2010⁴⁸, illustre bien cette réalité. Dans cette affaire, la Commission (ci-après « CDPDJ »), agissant au nom d'un père biologique, contestait les dispositions de la convention collective qui lui accordaient un congé de paternité de cinq jours ouvrables alors qu'une ou un salarié qui adoptait un enfant avait droit à un congé d'adoption dont les avantages étaient les mêmes que ceux prévus pour le congé de maternité de la salariée. Après avoir tenté de négocier avec son syndicat un congé plus long, le père biologique a déposé une plainte à la CDPDJ. Pendant qu'était attendu le dénouement de sa plainte, la Société de transport de Montréal a accepté de l'indemniser en lui versant les dommages matériels qu'il aurait reçus s'il avait eu droit au même congé qu'un parent adoptant⁴⁹.

Ainsi, en raison de cette initiative, le Tribunal des droits de la personne n'a été appelé à statuer que sur les dommages moraux et à déterminer la part de responsabilité du syndicat et de l'employeur. En effet, sur la question de la différence de traitement entre les pères biologiques et les pères adoptants, le Tribunal s'est borné à rappeler la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Schachter*, sans plus⁵⁰. Pour sa part, la Cour d'appel fut uniquement saisie de la question de savoir si le syndicat avait

47. 2008 QCTDP 29.

48. *Syndicat du transport de Montréal-CSN c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 165.

49. Si la décision traite uniquement du père adoptant, c'est pour établir la différence de traitement sur le fondement de l'état civil entre un père biologique et un père adoptant. Toutefois, il ne faut pas oublier que le congé d'adoption est accordé à l'adoptant qui assume la prise en charge de l'enfant et qui reçoit les prestations du RQAP, ce qui implique que les deux parents adoptants ne peuvent pas être simultanément en congé contrairement aux parents biologiques.

50. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de transport de Montréal et Syndicat du transport de Montréal*, préc., note 47, par. 106.

commis une faute donnant lieu à des dommages moraux, les autres aspects de la question n'étant nullement remis en question⁵¹.

Comme nous le verrons ci-dessous, le fait de réduire la durée du congé d'adoption au nom du droit à l'égalité des pères biologiques a eu pour effet de créer une autre forme de discrimination à l'endroit d'une catégorie d'enfants vulnérables, à savoir ceux qui sont adoptés.

B. Une approche insensible aux droits et à l'intérêt de l'enfant adopté

Les arguments soulevés dans les affaires précitées perdent de leur pertinence lorsqu'on analyse le caractère discriminatoire des régimes fédéral et québécois au regard des distinctions qu'ils créent entre les enfants biologiques et les enfants adoptés. Évidemment, les mères biologiques vivent une expérience unique. Bien entendu, il existe une différence réelle entre ces mères et les autres parents que nul ne saurait sérieusement remettre en question. Cependant, tout aussi différentes que puissent être les réalités des parents biologiques et des parents adoptants, une distinction qui limite l'accès des enfants adoptés à des avantages offerts aux enfants biologiques peut-elle échapper à la conclusion qu'elle s'avère discriminatoire? Pour bien saisir les tenants et aboutissants de cette analyse, il importe, dans un premier temps, de mieux cerner l'état de la situation concernant l'adoption (1). Dans un deuxième temps, nous ferons le point sur la nécessité de prendre en compte l'intérêt et les droits de l'enfant dans l'élaboration des politiques sociales et familiales (2).

1. L'état de la situation concernant l'adoption et les enfants adoptés

Les décisions dont nous avons fait état dans la section précédente ont eu un effet direct sur les conditions d'attribution des

51. *Syndicat du transport de Montréal-CSN c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 48, par. 25.

congés parentaux dans plusieurs conventions collectives au Québec, particulièrement dans le secteur public et parapublic. En effectuant une recherche sommaire sur les conditions d'attribution des congés parentaux dans plusieurs conventions collectives, nous avons constaté une grande variabilité de cas.

Dans le secteur privé, l'uniformité de traitement entre les congés de maternité et les congés parentaux est plus évidente. Cela semble s'expliquer par le fait qu'il s'agit de congés non rémunérés par l'employeur. Dans un tel contexte, la *Loi sur les normes du travail*⁵² prévoit que les parents, qu'ils soient biologiques ou adoptifs, peuvent se prévaloir tous les deux d'un maximum de 52 semaines de congés sans traitement. Deux jours de congé payé peuvent également être réclamés au moment de la naissance ou de l'adoption d'un enfant. Ainsi, il n'y a pas de différence dans la loi entre les parents biologiques et les parents adoptants lorsque ce sont les parents eux-mêmes qui assument les coûts relatifs à la prise du congé.

Dans le secteur public et parapublic, des changements sont survenus dans les conventions collectives à la suite des décisions *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de transport de Montréal*⁵³ et *Hydro-Québec c. Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ)*⁵⁴ qui ont, l'une et l'autre, statué qu'une différence de traitement entre un père biologique et un père adoptant constituait une discrimination fondée sur l'état civil. Ces décisions ont eu un effet dévastateur sur la durée des congés d'adoption. En effet, pour « égaliser » les deux types de congés, il a fallu réduire la durée des congés d'adoption qui sont passés de dix à cinq semaines avec traitement. L'exemple le plus probant est sans doute celui de la fonction publique du Québec. Désormais, les conventions du secteur public prévoient un même traitement pour les congés de paternité et les congés

52. RLRQ, c. N-1.1, art. 81.1 et 81.10.

53. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de transport de Montréal et Syndicat du transport de Montréal*, préc., note 47.

54. [2013] n° AZ-50943538 (T.A.).

d'adoption, soit cinq semaines payées à 100% du salaire selon les conditions du RQAP ou de la LAE. Le congé de maternité est resté inchangé à 20 semaines avec traitement⁵⁵. Lorsque les parents d'un enfant sont des travailleurs du secteur public ou parapublic, l'enfant biologique peut bénéficier d'une durée approximative de 25 à 26 semaines avec ses parents, dont 5 avec ses deux parents qui reçoivent l'un et l'autre leur plein traitement ou presque. L'enfant adopté peut bénéficier d'un maximum de 5 semaines avec l'un ou l'autre de ses parents, ou de deux semaines et demie si les adoptants choisissent de passer du temps ensemble avec leur enfant. En effet, plusieurs conventions collectives prévoient qu'un parent adoptant n'a pas droit au congé d'adoption si l'autre parent s'en prévaut⁵⁶ et si les deux parents travaillent dans la même unité syndicale, la convention prévoit parfois l'obligation de partager le congé prévu de 5 semaines. Peut-on encore parler d'une égalité de droits pour les enfants dans un tel contexte?

On pourrait sans doute rétorquer que les congés parentaux sont des droits des travailleurs et non pas des droits des enfants. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a d'ailleurs déjà conclu en ce sens, notant que les dispositions de la convention collective qui faisaient l'objet du litige étaient directement associées à l'objet du régime fédéral d'assurance-emploi qui vise à dédommager la femme qui accouche et qui doit, pour cette raison, s'absenter de son

55. À titre d'exemple seulement, pour les enseignants du cégep, on constate, en comparant les conventions collectives de 2010-2015 et de 2005-2010, que le congé d'adoption est passé de 10 à 5 semaines. Voir : COMITÉ PATRONAL DE NÉGOCIATION DES COLLÈGES, *Conventions collectives*, en ligne : <<http://cpn.gouv.qc.ca/fr/cpnc/conventions-collectives/>> (consulté le 30 octobre 2016). On peut trouver de très nombreux exemples au même effet dans les différentes conventions collectives de la fonction publique du Québec.

56. À titre d'exemple, voir l'article 23.10 de la convention collective des professeurs de l'Université de Sherbrooke : SPPUS-SYNDICAT DES PROFESSEURES ET PROFESSEURS DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE, *Convention*, en ligne : <http://www.usherbrooke.ca/sppus/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&g=0&t=1477965792&hash=d2e5623bb03ee4c033905fcc724e9c27518181aa&file=fileadmin/sites/sppus/_priv/documents/Convention-Lettres-Annexes/_2012-2015-ConventionSPPUS-modifieeparLE-2014-05-20.pdf> (consulté le 30 octobre 2016).

travail. La Cour soulignait toutefois qu'il n'est pas certain que le résultat serait le même si l'objectif du régime était plutôt de soutenir la famille⁵⁷. Or, nous avons déjà établi que l'objectif du législateur québécois en établissant le RQAP était justement de se dissocier du régime fédéral pour établir un régime différent dont les objectifs se rapprochent beaucoup plus d'une politique de soutien aux parents et à la famille que d'un régime d'assurance-emploi.

La discrimination à l'égard des enfants adoptés ne repose pas sur le fait que l'on accorde une protection spéciale aux femmes qui accouchent, mais plutôt sur le fait que le législateur ne prend pas en considération les défis que posent actuellement l'adoption et les besoins particuliers que présentent désormais les enfants adoptés. Or, d'une manière tout à fait surprenante, un arbitre de grief est arrivé à la conclusion qu'« il n'existe aucune différence significative entre les besoins d'un enfant biologique et ceux d'un enfant adopté »⁵⁸. Cette décision repose sur le rapport non contesté d'un seul expert dont le contenu est en porte à faux avec un consensus maintenant très largement établi dans la littérature scientifique à l'effet contraire. De plus, plusieurs réserves peuvent être émises à l'encontre de cette étude. D'une part, à notre connaissance, elle n'a fait l'objet d'aucune publication scientifique, donc d'aucune validation par les pairs. Elle porte exclusivement sur des enfants adoptés à l'étranger alors qu'il y a présentement au Québec plus d'enfants québécois adoptés que d'enfants étrangers⁵⁹. L'expert

57. *BC Government and Service Employees Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)*, préc., note 18, par. 18.

58. *Hydro-Québec c. Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ)*, préc., note 54, par. 73.

59. En 2015, il y a eu 209 enfants adoptés au Québec en provenance de l'étranger (MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *L'adoption internationale au Québec. Statistiques 2015*, Québec, Gouvernement du Québec, 2016, p. 1, en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/2015/15-116-09W.pdf>> (consulté le 30 octobre 2016)). Pour l'année 2015-2016, il y a eu au Québec 238 adoptions d'enfants québécois (INSTITUT NATIONAL D'EXCELLENCE EN SANTÉ ET EN SERVICES SOCIAUX, *Les mauvais traitements psychologiques. Un mal silencieux. Bilan des directeurs de la protection de la jeunesse/Directeurs provinciaux 2016*, Québec, Gouvernement du Québec, 2016, p. 24, en ligne :

reconnait lui-même que « les enfants adoptés au Québec présentaient, en général, plus de problèmes psychologiques que les enfants adoptés à l'international »⁶⁰.

D'autre part, l'étude repose sur des cohortes d'enfants adoptés entre 1985 et 2002⁶¹ alors que le profil des enfants adoptés à l'étranger s'est modifié d'une manière considérable au cours des dernières années. En effet, l'âge moyen des enfants adoptés à l'étranger ne cesse d'augmenter. En 2015, il se situait à un peu plus de 3 ans et demi⁶². Ces données donnent tout au plus un aperçu de la réalité. En effet, elles proviennent du Secrétariat à l'adoption internationale qui compile l'âge de l'enfant au moment de l'émission de la lettre de non-opposition à l'entrée de l'enfant sur le territoire. Dans les faits, il peut s'écouler plusieurs mois, voire des années, entre ce moment et l'arrivée effective de l'enfant au Québec. Or, il est maintenant très clairement établi que l'adoption tardive présente des difficultés particulières pour les parents adoptants et les enfants adoptés⁶³.

<https://www.inesss.qc.ca/fileadmin/doc/INESSS/ServicesSociaux/Bilan_DPJ/INESSS_Bilan_DPJ_Mauvais_traitements_psych_2016.pdf> (consulté le 30 octobre 2016)). Pour l'année 2014-2015, c'était 275 adoptions au Québec d'enfants québécois (ASSOCIATION DES CENTRES JEUNESSE DU QUÉBEC, *La voix des enfants. Bilan des directeurs de la protection de la jeunesse/Directeurs provinciaux 2015*, 2015, p. 18, en ligne : <http://cjoutaouais.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/Bilan_DPJ/Bilan-des-DPJ-ACJQ-2015.pdf> (consulté le 30 octobre 2016)).

60. *Hydro-Québec c. Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ)*, préc., note 54, par. 40.
61. Réjean TESSIER, Simon LAROSE, Ellen MOSS, Line NADEAU, George M. TARABULSY et le SECRÉTARIAT À L'ADOPTION INTERNATIONALE DU QUÉBEC, *L'adoption internationale au Québec de 1985 à 2002. L'adaptation sociale des enfants nés à l'étranger et adoptés par des familles du Québec*, en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs1974498>> (consulté le 30 octobre 2016).
62. La moyenne était de 43,25 mois pour les enfants adoptés avec ou sans organisme agréé (MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 59, p. 12).
63. Panayiota VORRIA, Zaira PAPALIGOURA, Jasmin SARAFIDOU, Maria KOPAKAKI, Judy DUNN, Marinus H. VAN IJZENDOORN et Antigoni KONTOPOULOU, « The development of adopted children after institutional care: a follow-up study », (2006) 47-12 *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 1246. La

De plus, le nombre d'enfants présentant des « besoins particuliers » proposés aux adoptants est en augmentation. En 2015, 70 des 209 enfants adoptés par des Québécois présentaient des « problèmes de santé » selon les autorités de leur pays d'origine, ce qui représente 33% d'entre eux⁶⁴. Or, leur nombre pourrait être bien plus élevé. En effet, on peut penser que les pays d'origine ne disposant d'aucune définition harmonisée des besoins particuliers aient tendance à minimiser les problèmes afin de favoriser l'adoption de ces enfants. En comparaison, la France, où les données sont compilées lors de l'arrivée de l'enfant, présente une situation différente. Ainsi, 63% des enfants adoptés à l'international par des Français en 2014 présentaient des besoins spécifiques. De plus, 35% de ces adoptions concernaient des adoptions d'enfants de plus de 5 ans, 22 % des fratries et 26 % des enfants présentaient une pathologie⁶⁵. En réalité, les pays d'origine étant de plus en plus souvent en mesure d'offrir une solution familiale permanente à leurs enfants, seuls ceux pour lesquels une telle solution n'a pas été possible sont désormais proposés à l'adoption internationale⁶⁶. Une évolution similaire existe dans de nombreux pays d'origine, notamment en Chine⁶⁷, un pays d'où proviennent historiquement plusieurs enfants adoptés au Québec.

De surcroît, insister sur les besoins spéciaux de certains enfants adoptés peut s'avérer trompeur parce que cela laisse supposer que les autres enfants adoptés ne présentent

conclusion est la suivante : l'enfant ayant vécu les deux premières années de sa vie en institution présente des difficultés au plan de son développement cognitif et de sa capacité d'attachement.

64. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 59, p. 16.
65. SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL, *Bulletin mensuel*, Genève, Centre International de Références pour les droits de l'enfant privé de famille, 2015, p. 8.
66. C'est le principe de la subsidiarité de l'adoption internationale prévu par la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, conclue à La Haye le 29 mai 1993.
67. Peter SELMAN, *Twenty years of the Hague Convention : a Statistical Review*, Conférence de La Haye de droit international privé, 2015, en ligne: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?cid=69&dtid=32>> (consulté le 30 octobre 2015).

majoritairement pas de besoins spécifiques liés à leur passé. Or, rien n'est moins exact :

Séparé, abandonné, blessé, meurtri, insécurisé, mal nourri avant ou après la naissance, forgé aux ruptures sur des mois ou durant des années, l'enfant adopté comporte déjà son lot de spécificités par rapport à une moyenne d'enfants biologiques; elles font déjà de lui, par rapport à l'enfant « modèle de base », un enfant « à l'entretien plus sophistiqué ». ⁶⁸

L'adoption constitue en soi une situation exceptionnelle qui donne lieu à un modèle différent de parentalité que certains spécialistes qualifient aujourd'hui de « normalité adoptive »⁶⁹ pour la distinguer de la normalité du développement attendu chez les enfants biologiques. Par exemple, « il est attendu que l'enfant adopté marche plus tard, ait plus de difficulté à s'endormir, à se voir discipliner ou, éventuellement, à faire confiance à son professeur »⁷⁰. Il existe aujourd'hui des centaines d'articles scientifiques qui font état des difficultés rencontrées par les enfants adoptés⁷¹. Nous nous limiterons à mentionner trois études qui sont reconnues comme étant les plus probantes par plusieurs spécialistes. Ces études se démarquent par leur rigueur

-
68. Jean-François CHICOINE, Patricia GERMAIN et Johanne LEMIEUX, « Adoption internationale, familles et enfants dits "à besoins spéciaux" », (2012) 49 *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques des réseaux* 155, 161.
69. Johanne LEMIEUX, *La normalité adoptive : Les clés pour accompagner l'enfant adopté*, Montréal, Québec-Amérique, 2013. Voir aussi Anne-Marie PICHÉ, « La prescription de l'attachement en contexte d'adoption internationale », (2012) Hors série numéro 1 *Nouvelles pratiques sociales* 79, 85.
70. J.-F. CHICOINE, P. GERMAIN et J. LEMIEUX, préc., note 68, 162.
71. Jesús PALACIOS, Maite ROMÁN, Carmen MORENO et Esperanza LEÓN, « Family context for emotional recovery in internationally adopted children », (2009) 52-5 *International Social Work* 609; Noémi GAGNON-OOSTERWAAL, Louise COSSETTE, Nicole SMOLLA, Andrée POMERLEAU, Gérard MALCUIT, Jean-François CHICOINE, Gloria JÉLIU, Céline BELHUMEUR et Claude BERTHIAUME, « Pre-Adoption Adversity and Self-Reported Behavior Problems in 7 Year-Old International Adoptees », (2012) 43-4 *Child Psychiatry Hum Dev* 648. Voir également la revue de la littérature effectuée dans l'article de J.-F. CHICOINE, P. GERMAIN et J. LEMIEUX, préc., note 68, 165.

méthodologique et par l'importance des échantillons et l'utilisation de différents groupes de comparaison. La première a été publiée en 2003 dans la prestigieuse revue médicale *The Lancet*. Cette recherche a mis en évidence le fait que l'adoption constitue un risque important en fragilisant la santé mentale et sociale des adoptés. L'étude établit qu'un enfant adopté présenterait trois à quatre fois plus de risques qu'un enfant biologique, du même âge et habitant le même milieu, d'avoir des problèmes de santé mentale y compris de faire des tentatives de suicide; cinq fois plus de risques de développer une dépendance aux drogues, deux à trois fois plus de risques de commettre des crimes⁷². Les auteurs ne disent pas cependant quelles sont les causes de cette différence entre les enfants adoptés et les enfants biologiques. Cela découle-t-il du geste de l'adoption ou est-ce dû aux séquelles pré-adoption communes à l'ensemble des adoptés⁷³?

Les résultats d'une autre méta-analyse ont été publiés en 2006⁷⁴. Ils établissent un lien direct entre le temps passé en institution et le retard de développement des enfants, indiquant que les enfants sont affectés négativement par leur vécu pré-adoptif. L'adoption d'un enfant de plus de 12 mois induit plus d'insécurité affective qui peut se traduire soit par le fait de se montrer démesurément amical avec n'importe qui, soit, au contraire, par le rejet du lien d'attachement que les adoptants tentent désespérément d'établir avec lui. Une troisième méta-analyse publiée la même année va dans le même sens⁷⁵. Enfin, plusieurs

72. Anders HJERN, Frank LINDBLAD et Bo VINNRLJUNG, « Suicide, psychiatric illness, and social maladjustment in intercountry adoptees in Sweden: a cohort study », (2002) 360-9331 *The Lancet* 443.

73. J. LEMIEUX, préc., note 69, p. 313.

74. P. VORRIA *et al.*, préc., note 63.

75. Marinus H. VAN IJZENDOORN et Femmie JUFFER, « The Emanuel Miller Memorial Lecture 2006: Adoption as intervention. Meta-analytic evidence for massive catch-up and plasticity in physical, socio-emotional, and cognitive development », (2006) 47-12 *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 1228.

recherches récentes font également état des difficultés liées au vécu pré-adoptif⁷⁶.

Toutefois, l'apport sans doute le plus important de ces recherches est d'avoir démontré que même si le rattrapage des enfants adoptés est incomplet dans certains aspects développementaux quand on les compare aux enfants biologiques du même âge, les enfants adoptés dépassent largement leurs pairs abandonnés et restés en institution en termes de rattrapage développemental. « La conclusion des chercheurs est sans équivoque : l'adoption est le meilleur moyen de protéger un enfant abandonné »⁷⁷. Si l'on constate une évolution positive pour une majorité d'enfants adoptés, on rapporte aussi « une prévalence documentée de nombreuses problématiques pédiatriques physiques ou psychologiques d'autant plus facile à considérer qu'elles sont parfaitement attendues »⁷⁸. D'autres recherches ont déterminé que le temps moyen nécessaire pour permettre aux enfants adoptés de reprendre un développement cognitif comparable aux enfants biologiques est de trois à cinq⁷⁹, voire huit ans⁸⁰, selon l'âge et l'état de santé physique et psychologique de ces enfants à leur arrivée, en sachant par ailleurs que certains d'entre

-
76. Linda VAN DEN DRIES, Femmie JUFFER, Marinus H. VAN IJZENDOORN, Marian J. BAKERMANS-KRANENBURG et Lenneke R. A. ALINK, « Infants' responsiveness, attachment, and indiscriminate friendliness after international adoption from institution or foster care in China: Application of Emotional Availability Scales to adoptive families », (2012) 24-1 *Development and Psychopathology* 49; Christie SCHOENMAKER, Femmie JUFFER, Marinus H. VAN IJZENDOORN et Marian J. BAKERMANS-KRANENBURG, « Does Family Matter? The Well-Being of Children Growing Up in Institution, Foster Care and Adoption », dans Asher BEN-ARIEH, Ferran CASAS, Ivar FRØNES et Jill E. KORBIN (dir.), *Handbook of Child Well-Being*, Dordrecht, Springer Netherlands, 2014, p. 2197.
77. J. LEMIEUX, préc., note 69, p. 314.
78. J.-F. CHICOINE, P. GERMAIN et J. LEMIEUX, préc., note 68, 165.
79. Andrée POMERLEAU, Gérard MALCUIT, Jean-François CHICOINE, Renée SÉGUIN, Céline BELHUMEUR, Patricia GERMAIN, Isabelle AMYOT et Gloria JÉLIU, « Health status, cognitive and motor development of young children adopted from China, East Asia, and Russia across the first 6 months after adoption », (2005) 29-5 *International Journal of Behavioral Development* 445.
80. M. H. VAN IJZENDOORN et F. JUFFER, préc., note 75.

eux ne parviendront jamais à rattraper ce retard. Ainsi, bien qu'ils présentent des facteurs de risque différents et plus nombreux que les enfants biologiques, les enfants adoptés réussissent tout de même pour la majorité d'entre eux à évoluer d'une manière tout à fait satisfaisante. La situation est toutefois plus difficile pour ceux d'entre eux qui présentent, en plus des stigmates de l'abandon, d'autres besoins spéciaux.

Des études récentes démontrent que l'atteinte d'un développement optimal de l'enfant nécessite une présence attentive et continue des parents adoptants auprès de l'enfant : « In sum, building on a longitudinal study covering the first 23 years of life, we found evidence for the importance of the quality of maternal sensitive support in the early years of life in genetically unrelated mother-child dyads »⁸¹. On entend par « parental sensitivity » la capacité pour le parent de reconnaître chez l'enfant les manifestations de ses émotions, de ses besoins et de sa détresse ainsi que la capacité d'y répondre d'une manière prompte et adéquate⁸². Dans ces conditions, le fait pour un parent adoptant de retourner au travail trop rapidement constitue un facteur de risque supplémentaire pouvant nuire au développement optimal de l'enfant⁸³.

À partir du moment où l'État québécois favorise l'adoption interne ou internationale en confiant la responsabilité de « normer » les pratiques de l'adoption à des structures gouvernementales comme les directeurs de la protection de la jeunesse et le Secrétariat à l'adoption internationale, n'a-t-il pas également l'obligation d'assurer aux enfants adoptés, considérés comme particulièrement vulnérables, les mêmes chances de développer leur plein potentiel que les enfants vivant avec leurs parents biologiques?

81. Christie SCHOENMAKER, Femmie JUFFER, Marinus H. VAN IJZENDOORN, Mariëlle LINTING, Anja VAN DER VOORT et Marian J. BAKERMANS-KRANENBURG, « From maternal sensitivity in infancy to adult attachment representations: a longitudinal adoption study with secure base script », (2015) 17-3 *Attachment & Human Development* 241, 252.

82. *Id.*, 241.

83. J. LEMIEUX, préc., note 69, p. 259.

2. L'importance de prendre en considération l'intérêt et les droits de l'enfant dans l'élaboration des politiques sociales et familiales

Le RQAP s'inscrit dans une perspective plus large que la LAE. Dans ce contexte, l'obligation de mesurer les effets produits sur les enfants adoptés par les mesures sociales édictées par le législateur québécois apparaît incontournable. La nécessité de considérer à la fois l'intérêt et les droits de l'enfant découle de plusieurs sources en droit interne et en droit international⁸⁴.

Le principe de l'intérêt de l'enfant est reconnu législativement au Québec depuis fort longtemps, à la fois dans le Code civil du Québec⁸⁵ et en matière de protection de la jeunesse⁸⁶. La Cour suprême du Canada a confirmé à maintes reprises la nécessité de prendre en considération l'intérêt de l'enfant au regard des autres éléments qui doivent être examinés dans l'analyse d'une situation juridique⁸⁷. Déjà en 1987, la Cour affirmait explicitement que « l'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit »⁸⁸. Plus tard, la Cour confirmait que la notion d'intérêt de l'enfant était conforme aux principes reconnus dans la Charte canadienne⁸⁹. Bien que la Cour

84. Pour plus d'informations à ce sujet voir : Michelle GIROUX et Carmen LAVALLÉE, « Les droits de l'enfant : Rapport du Canada », dans Olga CVEJIC JANČIĆ (dir.), *The Rights of the Child in a Changing World*, New York, Springer, 2016, p. 61; Carmen LAVALLÉE, « Respect des droits de l'enfant », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Droit des personnes et de la famille*, fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 15 juillet 2014, n° 1 (LN/QL).

85. L.Q. 1991, c. 64, art. 33 et 34.

86. *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1, art. 3.

87. *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *N.-B. (Ministre de la Santé) c. C. (G.C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073; *Gordon c. Goertz*, [1996] R.C.S. 27; *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108; *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519.

88. *C. (G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, par. 169 et 170 (j. Beetz).

89. *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. C. (S.)*, [1993] 4 R.C.S. 141.

suprême ait refusé de reconnaître l'intérêt de l'enfant en tant que principe de justice fondamentale à cause de son contenu variable⁹⁰, elle a toutefois précisé que la notion doit être interprétée d'une manière qui ne soit ni arbitraire ni discriminatoire⁹¹.

L'obligation de prendre en considération les effets que produisent les politiques sociales et familiales sur les enfants découle également de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁹² adoptée par les Nations Unies en 1989. Le Canada a signé la Convention le 28 mai 1990 et l'a ratifiée le 13 décembre 1991. Bien que la Convention n'ait pas fait l'objet d'une loi de mise en vigueur, cela ne signifie pas qu'elle soit dépourvue de toute influence comme l'a rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *Baker*. La Cour affirme, en effet, que les valeurs exprimées par le droit international peuvent être prises en considération dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois⁹³. Quoi qu'il en soit, le Québec s'est déclaré lié par la Convention en adoptant un décret à cet effet⁹⁴ et les tribunaux ont à plusieurs reprises eu recours à la *Convention relative aux droits de l'enfant* pour interpréter certaines dispositions législatives⁹⁵.

90. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

91. *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181.

92. R.T. Can. 1992, n° 3.

93. *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 87. Voir aussi Anne-Marie TRAHAN, « Les droits de l'enfant, la Convention des Nations Unies et l'arrêt *Baker* : une trilogie porteuse d'espoir », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 151; Mona PARÉ, « La mise en œuvre de la *Convention relative aux droits de l'enfant* : une question de principes », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE ET BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Race, femme, enfant, handicap : les conventions internationales et le droit interne à la lumière des enjeux pratiques du droit à l'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 391.

94. *Décret 1676-91 du 9 décembre 1991 concernant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, (1992) 124 G.O. II, 51.

95. Pour plus d'informations à ce sujet, voir : C. LAVALLÉE, préc., note 84, n° 15.

Plus spécifiquement, le Comité des Nations Unies sur les droits de l'enfant a établi quatre principes directeurs devant servir à l'interprétation de la Convention⁹⁶. Trois d'entre eux sont particulièrement pertinents à notre analyse. Il s'agit du principe de l'intérêt de l'enfant (art.3), de l'interdiction de la discrimination (art.2) et du droit de l'enfant au développement (art.6). L'article 3(1) de la Convention relative aux droits de l'enfant se lit ainsi :

Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protections sociales, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

L'utilisation du terme « décision » à l'article 3 couvre à la fois les actions et les omissions des institutions publiques ou privées. Ainsi, le fait de ne pas agir pour assurer la protection de l'intérêt des enfants ou d'un groupe d'enfants doit être jugé contraire à la Convention⁹⁷. L'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale, ce qui implique que d'autres intérêts peuvent être considérés. Cependant, comme le rappelle Geraldine Van Bueren, une spécialiste reconnue internationalement sur la question des droits de l'enfant : « where the State is not faced with fundamental considerations of other private parties, [...] then best interest of the child becomes the sole determining factor, a higher standard being

96. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 5 (2003). Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6)*, Doc. off. CRC, 34^e sess., Doc. N.U. CRC/CG/2003/5 (27 novembre 2003), en ligne : <http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC_Observation%20Generale_5_2003_FR.pdf> (consulté le 31 octobre 2015).

97. Michael Freemam, « Article 3 : The best Interest of the Child », dans André ALEN, Johan VANDE LANOTTE, Eugeen VERHELLEN, Fiona ANG, Eva BERGHMANS et Mieke VERHEYDE (dir.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 44; Carmen LAVALLÉE, *La protection internationale des droits de l'enfant : Entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et mondialisation, 2015, p. 50 et suiv.

required where there are no longer parental or family interest to be included in the equation »⁹⁸. S'appuyant sur un avis de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁹⁹, Van Bueren va encore plus loin lorsqu'elle affirme:

What is clear is that at a minimum, the best interest of the child must be considered as a primary consideration in all matters concerning children and that in certain circumstances, such as adoption, the higher standard is applicable. It is also clear that remarkably and unheralded, the principle of the best interest of the child has attained the status of *jus cogens*, and is an additional legal tool to weigh in the balance against judicial limitation justiciability and enforceability, as it is a major contributor to the establishment of a new juridical order for children¹⁰⁰.

Ainsi, la notion d'intérêt de l'enfant constitue une règle incontournable dans l'analyse qui doit être faite de la question de l'égalité des enfants adoptés.

L'interdiction de la discrimination constitue un autre principe directeur pour interpréter la Convention. Elle constitue l'une des normes de protection les plus fréquemment rencontrées dans les instruments internationaux de protection des droits de la personne. Les enfants sont protégés par ces instruments, mais la *Convention relative aux droits de l'enfant* va plus loin en précisant à

98. Geraldine VAN BUEREN, « The Separation of Power and the International Legal Status of the Best Interests of the Child in assisting Domestic Courts Protect Children's Economic and Social Rights », dans Tara COLLINS (dir.), *Droits de l'enfant: actes de la Conférence internationale, Ottawa 2007*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 245.

99. INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, Advisory Opinion OC-17/2002 of August 28, 2002, en ligne: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_ing.pdf> (consulté le 31 octobre 2016).

100. G. VAN BUEREN, préc., note 97, p. 251. Le *jus cogens* est constitué des normes impératives du droit international général. Ce sont les normes reconnues par la communauté internationale à l'égard desquelles aucune dérogation n'est possible. Voir Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2015, no 53.

son alinéa 2¹⁰¹ que les États ont l'obligation de prendre toutes les mesures appropriées pour que l'enfant ne soit pas victime de discrimination motivée par la situation juridique de ses parents. Ainsi, établir une différence dans la mise en œuvre d'une politique sociale qui se traduit par une discrimination à l'égard de l'enfant ne peut être justifiée par le fait que ses parents soient des parents adoptants plutôt que biologiques.

Enfin, l'article 6 de la Convention prévoit le droit de l'enfant au développement. Ce droit figure uniquement dans les instruments les plus modernes de protection des droits de la personne. Le Comité sur les droits de l'enfant des Nations-Unies demande aux États d'interpréter « le terme "développement" au sens le plus large et en tant que concept global, embrassant le développement physique, mental, spirituel, moral, psychologique et social »¹⁰². Toujours selon le Comité, les mesures mises en œuvre par les États doivent viser à assurer le développement optimal de tous les enfants. De plus, le Comité affirme que pour assurer le respect du principe de non-discrimination, les États doivent prendre des mesures spéciales destinées à combattre les facteurs de disparité¹⁰³.

La *Convention relative aux droits de l'enfant* est complétée par plusieurs autres dispositions du droit international. Nous nous limiterons, pour les fins de cet article, à mentionner l'article 10 (3) du *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et*

101. « Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique, ou autre de l'enfant *ou de ses parents* ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement *protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique*, les activités, les opinions déclarées ou les convictions *de ses parents* de ses représentants légaux ou des membres de sa famille » (nos italiques).

102. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, préc., note 96, p.5.

103. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, préc., note 96.

*culturels*¹⁰⁴ qui énonce ceci : « Des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres ».

Sur le fondement de l'arrêt *Baker*, ces principes tirés du droit international peuvent être pris en compte dans l'évaluation de la constitutionnalité de la différence de traitement établie par la LAP entre les enfants adoptés et les enfants biologiques au détriment des premiers.

II. La nécessité d'un changement de paradigme dans l'attribution des congés parentaux

Nous avons jusqu'ici évalué les aspects discriminatoires du RQAP à l'égard des enfants adoptés en termes généraux. Il importe maintenant de valider cette hypothèse en la testant à l'aune des Chartes.

Reconnu dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁰⁵ et dans la plupart des constitutions nationales, le droit à l'égalité est garanti au Québec tant par l'article 15 de la Charte canadienne que par l'article 10 de la Charte québécoise¹⁰⁶. Bien qu'il soit formulé de façon différente dans ces deux instruments juridiques fondamentaux, le droit à l'égalité y poursuit les mêmes fins et est abordé selon un cadre analytique semblable¹⁰⁷. Étant

104. 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 46.

105. 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 26. Le Pacte est entré en vigueur au Canada le 19 août 1976.

106. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

107. Bien que la Cour suprême se soit égarée pendant une dizaine d'années avec un objet distinct de dignité, objet qui l'a amenée à construire un cadre analytique différent pour l'art. 15 de la Charte canadienne dans les arrêts *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 et *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, elle a redressé le tir dans *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483 pour revenir à la protection contre la discrimination. Cela a permis ensuite à la Cour de retourner dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61 aux critères de discrimination qui avaient été énoncés dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, lequel reprenait en fait le cadre analytique déjà

donné certaines différences importantes¹⁰⁸, on doit toutefois faire appel à chacune de ces deux chartes séparément pour évaluer le caractère discriminatoire du régime québécois de congés parentaux. S'agissant de remettre en question certaines dispositions de la *Loi sur l'assurance parentale*, le recours à la Constitution apparaît évidemment incontournable (A). En revanche, en ce qui concerne l'impact des conventions collectives de travail sur les enfants adoptés et les parents adoptants, seule la Charte québécoise peut être invoquée puisqu'elle s'applique, contrairement à la Charte canadienne, aux rapports contractuels de droit privé (B).

Notre analyse menant à la conclusion que la LAP et plusieurs conventions collectives calquées sur cette loi se révèlent effectivement discriminatoires, il devient dès lors impératif de réfléchir à un modèle de rechange qui serait mieux en mesure de répondre aux besoins des enfants et des parents dans la perspective du respect de la diversité familiale (C).

A. Le Régime québécois d'assurance parentale et l'article 15 de la Charte canadienne

L'analyse d'une violation d'un droit ou d'une liberté garanti par la Charte canadienne se fait toujours, en raison de l'article premier de celle-ci, en deux étapes distinctes. En premier lieu, il faut interpréter le droit ou la liberté en cause et déterminer en quoi et dans quelle mesure une norme législative donnée heurte ce droit ou cette liberté. Si cette hypothèse s'avère, la validité de cette norme n'est remise en question que si, dans un second temps, le gouvernement ne peut pas en justifier l'existence aux termes de l'article premier.

élaboré dans le cadre de la législation provinciale sur les droits de la personne dont la Charte québécoise fait partie.

108. Sur les différences entre les chartes québécoise et canadienne, voir : Daniel PROULX, «Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles», (2003) *R. du B.* (numéro spécial) 485.

1. Un régime discriminatoire

En précisant à son premier paragraphe que « tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi », l'article 15 vise directement les lois qui, comme la LAP, octroie des bénéfices sociaux. Contrairement à ce qu'elle avait décidé sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*¹⁰⁹ de 1960, la Cour suprême a été claire dès le départ avec l'arrêt *Andrews* : il n'est pas possible d'écarter l'application du droit constitutionnel à l'égalité à une loi sociale sous prétexte qu'une telle mesure poursuit à première vue des objectifs légitimes, comme l'égalisation des chances et des conditions. Le droit à l'égalité a été garanti à l'article 15 de manière à accorder une protection « beaucoup plus large »¹¹⁰ qu'avec la *Déclaration canadienne des droits* en sorte que toutes les lois, qu'elles soient punitives ou qu'elles accordent des bénéfices sociaux, doivent répondre aux exigences du droit à l'égalité de la Charte canadienne.

L'analyse du sens et de la portée d'un droit constitutionnel doit commencer par la détermination de son objet¹¹¹. Voilà pourquoi, dès son tout premier arrêt sur l'article 15, la Cour suprême a pris soin de préciser les finalités propres au droit constitutionnel à l'égalité. D'une part, a-t-elle indiqué, ce dernier a pour objet général de garantir à tous que « la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »¹¹². En d'autres termes, l'article 15 postule que tous les individus ont la même valeur dans une société démocratique et qu'ils doivent être traités en égaux. D'autre part, puisque l'article 15 ne se contente pas de garantir le droit à l'égalité et ajoute au contraire que ces derniers sont reconnus « indépendamment de toute discrimination », l'arrêt *Andrews* a établi que l'article 15 poursuivait un objet plus spécifique, soit l'éradication de la discrimination tout

109. L.C. 1960, c. 44.

110. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 107, 170.

111. R. c. *Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 116.

112. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 107, 171 (j. McIntyre).

particulièrement à l'endroit des personnes et des groupes historiquement désavantagés et vulnérables dans notre société¹¹³. Ces derniers sont identifiés dans l'article 15 par une énumération non limitative de motifs de discrimination qui correspondent à autant de caractéristiques personnelles. Le premier paragraphe de cet article est ainsi libellé :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Du coup, les distinctions ou inégalités de traitement n'enfreignent le droit constitutionnel à l'égalité que si elles se révèlent discriminatoires. Qu'est-ce à dire? Dans une perspective purement formelle, l'égalité est bien sûr réalisée lorsque la loi traite tout le monde de la même façon. Toutefois, la Cour suprême a reconnu d'entrée de jeu qu'une telle façon d'aborder l'égalité s'avérait tout à fait insuffisante : « il faut reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre les individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités »¹¹⁴. La perspective retenue par nos tribunaux est donc celle de l'égalité réelle, à savoir que l'égalité ou son contraire, la discrimination, se dégage à partir de l'ensemble du contexte, des objectifs d'une mesure donnée et de son effet concret sur les groupes protégés contre la discrimination selon les motifs énumérés à l'article 15 et ceux qui leur sont analogues¹¹⁵. Par conséquent, malgré des apparences d'égalité purement formelle, une mesure peut s'avérer

113. *Id.*, 152-154 (j. Wilson) ; 172, 180-181 (j. McIntyre); 195 (j. La Forest).

114. *Id.*, 164.

115. *Id.*, 168; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 331; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 148, par. 17-18. Comme on l'a vu, la prise en considération des effets d'une mesure sociale fait partie également de l'analyse requise en vertu de la *Convention relative aux droits de l'enfant* : *supra*, section 1 B.2.

discriminatoire si elle a pour conséquence ou pour effet pratique de désavantager un groupe de personnes vulnérables. En pareil cas, le droit à l'égalité réelle exige qu'une telle mesure soit modifiée pour éviter la perpétuation du désavantage ainsi créé.

C'est donc dans cette perspective d'égalité réelle incluant la reconnaissance de la discrimination indirecte, c'est-à-dire de la discrimination non voulue, mais qui ressort des seuls effets ou conséquences concrètes d'une mesure ou d'une politique donnée, que la Cour suprême a apporté récemment des précisions importantes sur les éléments constitutifs d'une discrimination au sens de l'article 15. Si la question ultime est de savoir si «la mesure contestée transgresse la norme d'égalité réelle consacrée par le par. 15(1) de la Charte»¹¹⁶, la Cour a précisé dans l'arrêt *Taypotat* que la réponse à cette question implique une démarche en deux temps :

Le premier volet de l'analyse fondée sur l'art. 15 consiste donc à se demander si, à première vue ou de par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. [...]

Le deuxième volet de l'analyse est axé sur les désavantages arbitraires – ou discriminatoires – c'est-à-dire sur la question de savoir si la loi ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes¹¹⁷.

a) Une distinction fondée sur un motif analogue

Abordons tout d'abord la question du motif de discrimination. Le statut de personne adoptée n'apparaît pas dans la liste de motifs illicites énumérés à l'article 15. Comme cette liste n'a rien d'exhaustif, cela signifie qu'une distinction de traitement peut néanmoins s'avérer discriminatoire si elle repose sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés. Bien que la Cour suprême n'ait

116. *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 325 (j. Abella).

117. *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 115, par. 19 et 20 (j. Abella).

pas encore eu l'occasion d'ajouter le statut de personne adoptée à la liste des motifs analogues qu'elle a reconnus par le passé, il semble très probable qu'elle le ferait d'emblée si le dossier de la LAP lui était présenté.

En effet, selon les critères de reconnaissance élaborés dans l'arrêt *Corbiere*, un motif analogue fait souvent l'objet de décisions fondées « sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle »¹¹⁸. Il s'agit de « motifs fondés sur des caractéristiques qu'il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi »¹¹⁹. Par ailleurs, « le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination »¹²⁰ peut indiquer qu'une caractéristique personnelle constitue un motif analogue au sens de l'article 15. Manifestement, le statut de personne adoptée répond à tous ces critères.

Plusieurs tribunaux canadiens ont déjà reconnu que le statut de personne adoptée constitue un motif de discrimination analogue. Dans l'arrêt *Pratten*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rappelle que la situation des enfants adoptés est celle d'un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination et qui demeure à l'heure actuelle la cible de préjugés¹²¹. Dans l'arrêt *Strong*¹²², la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse note que le statut

118. *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13 (j. McLachlin et j. Bastarache).

119. *Id.*

120. *Id.*

121. *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCCA 480, par. 38. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique reprend ces observations dans le cadre de son analyse portant sur le second paragraphe de l'article 15. Comme l'indique la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Kapp*, préc., note 107, par. 33, cette disposition « vise à protéger les efforts déployés par l'État pour concevoir et adopter des mesures correctives destinées à aider les groupes défavorisés ».

122. *Strong v. Marshall Estate*, 2009 NSCA 25, par. 31.

de personne adoptée est tout autant une caractéristique personnelle (au sens où on l'entend dans l'arrêt *Corbiere*) que l'état matrimonial, un motif déjà déclaré analogue par la Cour suprême¹²³; de plus, il n'est pas davantage possible pour une personne adoptée de changer son statut que cela ne l'est pour son origine nationale, un motif énuméré¹²⁴. Enfin, dans l'affaire *Schafer*, la Cour de l'Ontario n'hésite pas à reconnaître que le statut de personne adoptée constitue un motif de discrimination analogue en ces termes :

Adopted children are a small, insular and discrete minority of the population. They have historically faced discrimination.

The distinction between adopted children and biological children is based on the personal and immutable characteristic of birth to a person not part of the family by which they are being raised.

They have suffered historical, political or legal disadvantages. Most adopted children were, and to some extent still are, subject to the public's perception of them as the biological products, with unknown genetics and personality, of parents who allowed themselves to form an illegitimate and immoral relationship. They can suffer adverse treatment from their peers. Until the post-war years they were denied the inheritance rights and legal status available to biological children, and courts were slow to enforce these rights, once granted. Prior to the 1984 amendments to the U.I. Act [Unemployment Insurance Act], their parents were denied benefits under the Act. Only recently have their adoptive parents been granted parental leave under employment standards legislation. Adopted children born of foreign biological parents are not automatically entitled to Canadian citizenship but children

123. Sur l'état matrimonial comme motif analogue, voir : *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357; *Nouvelle-Écosse c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325; *Miron c. Trudel*, préc., note 107.

124. *Strong v. Marshall Estate*, 2009 NSCA 25, par. 31.

born to Canadian citizens outside Canada are entitled to citizenship¹²⁵.

Cela dit, la LAP traite-t-elle de façon différente les enfants adoptés par rapport aux enfants biologiques? Que ce traitement différent soit fondé directement (et volontairement) sur le fait que des enfants sont adoptés ou qu'il soit la conséquence pratique (et involontaire) d'une mesure neutre en soi à cet égard n'y change rien dans la perspective de l'égalité réelle où il s'agit d'évaluer le caractère discriminatoire d'une mesure à l'aune de ses effets directs ou indirects et indépendamment des intentions de son auteur¹²⁶. En l'espèce, comme on l'a vu, la LAP a été adoptée afin d'apporter un soutien à la famille, objectif éminemment louable, en tenant compte des besoins particuliers de la mère biologique. Cependant, telle que conçue, cette loi a pour effet concret et tangible de créer une distinction de traitement fondée sur un motif analogue, soit le statut de personne adoptée. En effet, le régime qu'elle met en place offre aux parents biologiques 55 ou 43 semaines de prestations, selon l'option qu'ils choisissent, contre 37 ou 28 semaines pour les parents adoptants. Résultat concret et impact tangible de l'opération sur l'enfant adopté : il se voit nettement désavantagé par rapport à l'enfant biologique puisqu'il est privé, contrairement à ce dernier, de 18 ou 15 semaines de présence avec ses parents avant leur retour au travail¹²⁷. La différence de traitement établie par la

125. *Schafer v. Canada (Attorney General)*, préc., note 15. En Cour d'appel de l'Ontario, le juge Austin ne remet pas en question ces constats : *Schafer v. Canada (Attorney General)*, préc., note 14.

126. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 107, 165 : «La principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné [...] de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application». Voir comme exemple de discrimination indirecte : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624. Dans le cadre de la Charte québécoise, voir : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

127. À moins qu'ils ne prennent un congé à leur frais, ce qui ne saurait être présumé puisqu'on ne peut raisonnablement prendre pour acquis, en l'absence de preuve à cet effet, que tous les parents adoptants ont les moyens de se priver d'un salaire lors de l'arrivée d'un enfant. C'est pourtant sur la base d'une présomption aussi discutable que la Cour d'appel de l'Ontario a tranché dans *Schafer c. Canada (Attorney General)*,

LAP entre parents biologiques et adoptifs produit donc indiscutablement un effet préjudiciable à l'encontre des enfants adoptés. Reste alors à savoir si une telle différence de traitement s'avère réellement discriminatoire.

b) Un préjudice arbitraire

Selon le cadre analytique confirmé récemment dans l'arrêt *Taypotat*, le caractère discriminatoire d'une mesure au sens de l'art. 15 s'évalue en deux temps¹²⁸. Il s'agit d'abord de déterminer si la loi répond ou non aux besoins concrets des membres du groupe désavantagé. Dans la perspective de l'égalité réelle, il est en effet admis qu'une loi peut par exemple priver les jeunes de moins de 18 ans de certains bénéfices (par exemple fréquenter des débits de boisson) sans constituer une distinction de traitement arbitraire (ou discriminatoire) si on peut démontrer qu'elle répond à la situation des jeunes eu égard à leur degré de maturité dans le contexte de la consommation d'alcool dans des lieux publics. Si, au contraire, la loi ne répond pas aux besoins du groupe, il faut dans un second temps vérifier si le préjudice créé par la loi lui impose un fardeau (ou lui nie un bénéfice) qui a pour effet de renforcer le désavantage dont peuvent déjà être victimes les membres du groupe affecté.

Concernant la première question de l'adéquation de la loi « aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe » concerné, force est de constater que la LAP offre nettement moins de temps de présence parentale à l'enfant adopté qu'à l'enfant qui vit avec ses parents biologiques, alors que les études sérieuses confirment les difficultés et besoins particuliers de l'enfant adopté, notamment au niveau psychologique¹²⁹. Il doit se remettre d'une rupture, de blessures. Il a été abandonné, souvent négligé ou

préc., note 14. Cela étant dit, même si certains parents adoptants peuvent prendre un congé sans solde pour accueillir leur enfant adopté, il n'en demeure pas moins que la LAP établit une distinction de traitement qui leur est préjudiciable et qui paraît difficilement justifiable dans le contexte des difficultés particulières que pose aujourd'hui l'adoption.

128. Préc., note 117.

129. *Supra*, section I B.1.

maltraité physiquement et émotionnellement. Il doit maintenant s'adapter à un nouvel environnement et à une nouvelle famille, ce qui constitue tout un défi du point de vue de l'attachement. En offrant nettement moins de semaines de prestations aux parents adoptants, à savoir 18 (ou 15), la LAP a pour effet concret de désavantager l'enfant adopté de façon arbitraire en ce sens précis qu'elle omet de tenir compte de ses besoins réels et concrets.

D'autre part, pour être discriminatoire au sens de l'article 15, une loi doit nier aux membres du groupe concerné « un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes ». Qu'en est-il de la LAP à cet égard? Ici encore, tout indique que les constatations faites par les tribunaux d'autres provinces et exposées précédemment à l'étape du motif de discrimination analogue¹³⁰ représentent également la réalité des enfants adoptés du Québec. Comme ailleurs au Canada, ces derniers forment un groupe qui a longtemps fait l'objet de discrimination¹³¹. Avant 1969, par exemple, le Code civil ne leur reconnaissait pas les mêmes droits qu'aux autres enfants. Dans les circonstances, nul ne doute que le préjudice créé par la LAP à l'endroit des enfants adoptés renforce ou perpétue un désavantage historique. À noter ici qu'il n'est plus requis de démontrer depuis l'arrêt *Québec c. A* que la loi entretient des préjugés ou applique des stéréotypes¹³². En d'autres termes, même si on pouvait établir que, de nos jours, les enfants adoptés ne sont plus victimes de préjugés ou de stéréotypes dans la société québécoise, le caractère discriminatoire de la LAP ne dépend plus

130. *Supra*, section 2 A.1 a.

131. Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 107, par. 63, le juge Iacobucci relève que l'existence d'un désavantage historique, un facteur contextuel utile pour déterminer le caractère discriminatoire d'une mesure, est « le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire ».

132. D'exigences obligatoires qu'elles étaient depuis *R. c. Kapp*, préc., note 107, la perpétuation de préjugés et l'application de stéréotypes ont été ramenées au statut d'« indices » ou de « guides utiles » : *Québec (Procureur général) c. A.*, préc., note 107, par. 325 à 329 (j. Abella); par. 418-420, 425 (j. McLachlin).

de cette exigence. La question, comme la Cour suprême l'a confirmé dans *Taypotat*, est plutôt de savoir si la loi répond ou non aux besoins des membres d'un groupe qu'elle a pour effet de désavantager en perpétuant le désavantage dont ils sont déjà victimes¹³³.

Outre l'appartenance à un groupe désavantagé et la correspondance de la loi aux besoins des membres d'un tel groupe, la Cour suprême a indiqué que d'autres facteurs contextuels peuvent être utiles pour évaluer le caractère discriminatoire d'une loi. Ainsi, la nature, l'étendue ou l'importance du droit touché par la LAP constitue un facteur contextuel pertinent¹³⁴. À ce sujet, la juge L'Heureux-Dubé écrit, dans l'arrêt *Egan*, que « plus les conséquences [. . .] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire »¹³⁵. Considérant l'importance du droit de l'enfant au développement, droit d'ailleurs reconnu dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* et la nécessité pour le développement de ce dernier d'établir un lien d'attachement avec ses parents, tout particulièrement en ce qui concerne l'enfant adopté dont les difficultés particulières à cet égard posent un défi distinct, les conséquences négatives de priver l'enfant adopté de 18 (ou 15) semaines de présence parentale par rapport à l'enfant biologique ne sauraient être banalisées.

Dans les circonstances, que reste-t-il pour réfuter l'allégation de discrimination? Dans la perspective de l'égalité réelle, le législateur peut créer des distinctions dans la mesure où elles visent un objectif égalitaire¹³⁶. Prévoir que les femmes et les hommes

133. Préc., note 115.

134. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 107, par. 74; *R. c. Kapp*, préc., note 107, par. 23; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 331.

135. *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, p. 556 (j. L'Heureux-Dubé).

136. L'objectif égalitaire légitime permettant un traitement distinct en faveur d'un groupe de personnes est confirmé par les facteurs contextuels de la correspondance aux besoins et de l'objet améliorateur développés dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 107, par. 69 à 73. Voir : Daniel PROULX, « Droit à l'égalité », dans *JurisClasseur*

doivent être séparés n'a pas le même impact selon qu'il s'agit d'avoir accès aux transports publics ou aux toilettes. Dans le premier cas de figure, il ne peut s'agir que de ségrégation discriminatoire alors qu'il n'en est rien dans le second cas, la distinction de traitement ayant au contraire pour but et pour effet d'assurer un accès égal à des services d'hygiène personnelle dans le respect des différences sexuelles. En ce qui concerne la différence de traitement établie dans la LAP entre parents biologiques et parents adoptants, une telle distinction s'inscrit-elle dans une perspective d'égalité réelle? Dans l'affirmative, la loi parvient-elle à ses objectifs de manière rationnelle?

Dans la mesure où l'objectif de la LAP est de soutenir la famille, on voit mal où se trouve la logique de traiter plus mal les familles avec enfants adoptés. Où est l'objectif égalitaire, c'est-à-dire de réduction des inégalités, avec un régime qui accorde des avantages inférieurs à des enfants du seul fait qu'ils sont adoptés? Où est la correspondance entre la distinction de traitement prévue dans la LAP et les besoins des familles? Bien entendu, le législateur peut légitimement vouloir répondre aux besoins spécifiques de la mère biologique qui doit se remettre de l'accouchement. Il ne saurait toutefois, comme il le fait dans la LAP, tenter d'atteindre cet objectif louable en pénalisant les enfants adoptés. Il ne peut y avoir de correspondance aux besoins des familles si ce qui explique le désavantage, soit les prestations offertes en exclusivité à la mère biologique, qui a des besoins réels et particuliers, produit des conséquences négatives sur l'enfant adopté ou a pour effet concret et tangible de perpétuer le désavantage dont il est historiquement victime depuis toujours. Comme l'écrit le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law* :

Le fait que la mesure contestée est susceptible de contribuer à la réalisation d'un but social valide pour un groupe de personnes ne peut pas être utilisé pour rejeter une demande fondée sur le droit à l'égalité lorsque les effets de la mesure sur une autre personne ou un autre groupe

entrent en conflit avec l'objet de la garantie prévue au par. 15(1)¹³⁷.

De même, on ne peut sérieusement soutenir que la société québécoise est plus égalitaire lorsque les enfants adoptés, c'est-à-dire des enfants qui se trouvent par définition en situation de vulnérabilité, ont droit à considérablement moins de temps avec leurs parents que les enfants biologiques. Si le législateur ne peut être tenu de secourir tout le monde en même temps, s'il peut faire des choix et établir des priorités, il ne peut légiférer en violation de l'article 15. En l'espèce, en favorisant les mères biologiques par l'octroi d'un plus grand nombre de semaines de congé, la LAP vient certes en aide aux femmes qui donnent naissance à un enfant. En revanche, la loi a pour effet de désavantager les enfants adoptés et de porter préjudice à « un groupe plus défavorisé dans la société ». Comme le souligne le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, « [d]es dispositions apportant une amélioration, mais au caractère limitatif, qui excluent les membres d'un groupe historiquement défavorisé seront presque toujours taxées de discrimination »¹³⁸. Il est clair, en effet, que le législateur pouvait atteindre ses buts de soutien à la famille, c'est-à-dire à toutes les familles, de manière non discriminatoire¹³⁹.

137. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 107, par. 70.

138. « Underinclusive ameliorative legislation that excludes from its scope the members of a historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination »: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 107, par. 72. Voir aussi *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 94 à 104.

139. Voir la dernière section de cet article où nous faisons la démonstration qu'un modèle de législation non discriminatoire est tout à fait possible et réaliste au Québec. L'argument des coûts qu'engendrerait par exemple l'attribution du même nombre de semaines de prestations à tous les parents, biologiques et adoptants, afin que toutes les familles et tous les enfants puissent bénéficier également du régime, paraît à cet égard très faible puisqu'il appert que ces coûts s'avèreraient modestes. Selon les statistiques officielles du régime québécois d'assurance parentale pour l'année 2015, accorder le même nombre de semaines de prestations parentales aux parents adoptants qu'aux parents biologiques, coûterait moins de 5 millions de dollars, sur un budget total de près de 2 milliards : CONSEIL DE GESTION DE L'ASSURANCE PARENTALE, *Statistiques mensuelles et*

Bref, tout indique que la LAP enfreint l'article 15 de la Charte canadienne parce qu'elle produit un effet réellement discriminatoire à l'encontre des enfants adoptés. Cette loi peut-elle alors être sauvegardée en vertu de l'article premier de la Charte canadienne?

2. Un régime non justifié en vertu de l'article premier

L'article premier de la Charte canadienne prévoit que les droits et libertés qui y sont garantis peuvent faire l'objet de restrictions établies « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Selon le cadre analytique développé dans l'arrêt *Oakes*¹⁴⁰, une différence de traitement peut être considérée raisonnable et justifiable au sens de l'article premier malgré son caractère discriminatoire si, d'une part, elle poursuit des objectifs urgents et réels et si, d'autre part, elle constitue un moyen proportionné pour atteindre ces derniers.

a) Les objectifs de la Loi sur l'assurance parentale

En ce qui concerne l'objectif d'une loi, il est clair que la notion d'urgence a été abandonnée par la Cour suprême et qu'il suffit, pour répondre à cette exigence, qu'une mesure poursuive des fins importantes et légitimes, c'est-à-dire compatibles avec les valeurs de la Charte. Un objectif discriminatoire en soi, comme dans l'arrêt

annuelles, en ligne : <<http://www.cgap.gouv.qc.ca/statistiques/index.asp>> (consulté le 31 octobre 2016). Cela représenterait une augmentation approximative de 0.25% du budget. En 2014, des parents adoptants avaient évalué le montant à 0.3% du budget. La différence tient essentiellement dans la diminution du nombre d'adoptions annuellement : *Bonifier les prestations d'adoption du régime québécois d'assurance parentale : une nécessité pour permettre aux parents adoptants de répondre aux besoins des enfants adoptés*, mémoire déposé à l'Assemblée nationale, février 2014.

140. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Bien que les critères de justification élaborés dans cet arrêt pour l'application de l'article premier ont été raffinés par la suite en jurisprudence, la grille d'analyse proposée par le juge Dickson demeure toujours d'actualité.

*Vriend*¹⁴¹, disqualifierait automatiquement une norme et rendrait inutile l'examen de sa proportionnalité. À cet égard, l'objectif poursuivi par la LAP semble *a priori* suffisamment important pour justifier une atteinte au droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne. Soutenir la famille constitue indiscutablement un objectif social légitime et important. Tenir compte, dans le cadre d'une politique familiale, de la situation particulière et des besoins réels de la mère biologique qui doit allaiter et se remettre de l'accouchement constitue également un objectif important et légitime¹⁴².

b) Les moyens choisis par la *Loi sur l'assurance parentale*

Comme il n'y a aucune raison de douter que l'objectif de soutenir les parents et la famille soit « urgent et réel » au sens de l'arrêt *Oakes*, le choix fait par le législateur, soit l'octroi d'un nombre de semaines de congé nettement inférieur pour les familles avec enfants adoptés, constitue-t-il un moyen proportionné à cet objectif légitime? La réponse à cette question se trouve dans l'examen des trois critères d'analyse suivants : le lien rationnel, l'atteinte minimale et la proportionnalité des effets¹⁴³.

141. *Vriend c. Alberta*, préc., note 138. L'objectif de laisser persister la discrimination envers les homosexuels en choisissant sciemment d'omettre l'orientation sexuelle comme motif interdit de discrimination a été jugé illégitime au regard de l'article premier.

142. Si la limitation du nombre de semaines de congé pour les familles adoptantes était justifiée principalement par des objectifs budgétaires, de telles considérations ne pourraient en soi justifier une violation des droits fondamentaux garantis par la Charte canadienne. *Nouvelle-Écosse c. Martin (Workers' Compensation Board)*, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 109 : « Normalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu'objectif urgent et réel distinct pour l'application de l'article premier de la Charte ». Dans le même sens : *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 71; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 281; *Schachter c. Canada*, préc., note 10, p. 709.

143. *R. c. Oakes*, préc., note 140, p. 139-140.

Tout d'abord, existe-t-il un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par la LAP et les moyens choisis pour y arriver? Contrairement au régime fédéral d'assurance-emploi qui visait au départ à dédommager la travailleuse qui doit s'absenter momentanément de son travail pour accoucher, nous avons vu que le régime québécois mis en œuvre par la LAP a précisément pour objectif de se distinguer du modèle fédéral et d'adopter une vision plus large de soutien aux parents et à la famille¹⁴⁴. Dans ce contexte, on cherche en vain la rationalité des dispositions qui donnent aux enfants adoptés le droit à 18 (ou 15) semaines de moins de présence parentale qu'aux enfants biologiques. S'il est certes pertinent de tenir compte des besoins spécifiques de la mère biologique, par quelle logique peut-on justifier de priver les enfants adoptés de la présence essentielle de leurs parents lors de leur toute première année de vie avec eux? Rappelons que la Cour d'appel de Colombie-Britannique a émis des doutes sérieux sur la rationalité d'un régime de congés parentaux défavorable aux familles avec enfants adoptés si l'objectif d'un régime est de soutenir les familles plutôt que, comme c'est le cas au fédéral, de protéger la femme qui accouche contre la perte de son emploi et de l'indemniser pour le salaire dont elle est privée pendant son absence du travail pour donner naissance à son enfant¹⁴⁵.

À supposer, contre toute attente, que le temps de présence parentale inférieur accordé aux enfants adoptés selon la LAP soit jugé rationnel, cela ne suffit pas pour justifier un tel régime. Il faut encore que le moyen choisi « porte le moins possible atteinte »¹⁴⁶ au droit constitutionnel à l'égalité. Il s'agit ici du critère de l'atteinte minimale qui, il faut le noter, a été nuancé par la Cour suprême depuis l'arrêt *Oakes*. Alors qu'au départ, il s'agissait d'évaluer la stricte *nécessité*, voire le caractère *indispensable* d'une restriction à un droit fondamental eu égard aux objectifs légitimes d'une mesure

144. *Supra*, section I. A.2.

145. *BC Government and Service Employees Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)*, préc., note 18, par. 18.

146. *R. c. Oakes*, préc., note 140, par.139.

donnée, critère encore utilisé de nos jours¹⁴⁷, la Cour a adouci cette exigence tout particulièrement dans les cas où sont en jeu des mesures sociales visant à protéger des groupes vulnérables ou impliquant des arbitrages complexes entre groupes concurrents et des dépenses de fonds publics considérables¹⁴⁸. Marquée en pareil contexte par une grande déférence envers le législateur, l'application du critère de l'atteinte minimale transforme ce dernier en critère de restriction « raisonnable » qui correspond d'ailleurs au texte même de l'article premier de la Charte canadienne. Il s'agit alors de savoir si le moyen choisi par le législateur est « raisonnablement nécessaire », c'est-à-dire qu'il se situe « à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables »¹⁴⁹. En sorte que s'il existe un autre moyen moins discriminatoire d'atteindre « de façon réelle et substantielle »¹⁵⁰ un objectif légitime comme le soutien aux parents et à la famille, la restriction ne sera pas jugée raisonnable ni raisonnablement nécessaire. Bref, une mesure législative n'a pas à être parfaite pour répondre à l'exigence de l'atteinte minimale, mais elle ne doit pas non plus être imparfaite au point de porter atteinte de façon inutile ou excessive à un droit garanti par la Charte.

-
147. Voir par ex. : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 778 et 780; *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 68, 74, 83, 93 et 98 (j. Deschamps); *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 504, 835; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429. Bien que les deux premiers arrêts appliquaient la Charte québécoise, la Cour suprême a statué à plusieurs reprises que la disposition justificative de celle-ci (l'art. 9.1) fait appel aux mêmes critères que l'art. 1 de la Charte canadienne : *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 90.
148. Voir par ex. : *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 993-994; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 35 et 53; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 439 (j. McLachlin).
149. *RJR-MacDonald c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 61.
150. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 148, par. 55 et 60; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 439 et 446 (j. McLachlin).

Pour ce qui est de la LAP, la question devient donc la suivante au titre de l'exigence de l'atteinte minimale : est-ce raisonnablement nécessaire de désavantager les enfants adoptés dans une politique qui a pour objectif de soutenir les parents et les familles? Pour être encore plus précis, est-ce raisonnablement nécessaire de priver les enfants adoptés, dont on sait qu'ils ont une problématique particulière d'abandon, de mauvais traitement et de difficulté particulière d'attachement, de quelque 18 (ou 15) semaines de présence parentale afin de tenir compte des besoins réels de la mère biologique? Accorder aux enfants adoptés moins de temps au départ avec ses nouveaux parents, un temps pourtant jugé essentiel pour les enfants biologiques, fait-il partie de la gamme des mesures raisonnables pour soutenir la famille?

Sauf erreur, jamais n'a-t-on tenté de justifier spécifiquement la préférence du législateur pour les enfants biologiques. Il serait d'ailleurs socialement périlleux de tenter d'expliquer pourquoi la société québécoise valorise moins les enfants adoptés¹⁵¹. En sorte que, pour défendre cette distinction, on ne peut faire valoir que la nécessité de tenir compte de la situation particulière de la mère biologique. Mais, encore une fois, pourquoi faudrait-il désavantager l'enfant adopté afin de reconnaître les besoins réels de la mère biologique? Dans la mesure où il est possible, sans coûts additionnels excessifs, de répondre aux besoins des mères biologiques sans pénaliser les enfants adoptés, on voit mal comment le régime discriminatoire institué par la LAP peut être qualifié de mesure raisonnablement nécessaire. Certes, le législateur bénéficie d'une plus grande latitude en matière de politique sociale. Cela ne doit toutefois pas aller jusqu'à lui permettre de désavantager un groupe vulnérable protégé par le droit à l'égalité s'il lui est raisonnablement possible d'éviter un tel traitement discriminatoire tout en atteignant ses objectifs de soutien aux parents et à la famille « de façon réelle et substantielle ». Or, il existe, comme nous allons le démontrer dans la prochaine section de notre article, une solution raisonnable et réaliste à la

151. Rappelons ici le caractère fondamental du principe de l'intérêt de l'enfant en droit québécois, canadien et international : *supra*, section I. B.2.

disposition du législateur qui évite la discrimination envers les familles avec enfants adoptés et qui n'impose pas à l'État de coûts excessifs.

Enfin, depuis l'arrêt *Hutterian Brethren*¹⁵², la Cour suprême a redécouvert le troisième et dernier critère d'analyse relatif aux justifications de l'article premier qu'elle avait énoncé dans l'arrêt *Oakes*, mais qu'elle avait négligé depuis lors. Il s'agit de la pondération des effets positifs et des effets négatifs de la mesure contestée. En sorte que, même si une mesure législative peut avoir une certaine rationalité et même si on peut la considérer raisonnablement nécessaire pour atteindre des objectifs légitimes, ladite mesure peut encore être jugée déraisonnable et disproportionnée parce que ses effets délétères sur les droits fondamentaux d'une personne ou d'un groupe de personnes ne sont pas compensés par les avantages recherchés par le législateur. Pour terminer l'analyse commandée par l'article premier de la Charte canadienne, il s'agit donc de soupeser, c'est-à-dire de placer dans les plateaux de la balance de Thémis, l'impact négatif de la loi sur les personnes privées de droits d'un côté et, de l'autre côté, les bénéfices que procure la loi à la société, puis d'observer de quel côté penche la balance.

Qu'en est-il en ce qui concerne le régime québécois d'assurance parentale? Indiscutablement, la LAP constitue une avancée bénéfique pour la société, une politique familiale qui bénéficie aux enfants et aux adultes qui décident de fonder une famille. Toutefois, cette loi parvient à ce résultat en niant aux enfants adoptés le droit à la même présence parentale que les enfants biologiques. Les effets négatifs tangibles et sérieux de cette privation ont été confirmés par de nombreuses études sur le sujet étant donné la situation particulière des enfants adoptés marquée par le syndrome d'abandon et les difficultés qu'il engendre pour l'établissement du lien d'attachement avec les parents d'adoption. Par conséquent, si les tribunaux étaient appelés à juger de la

152. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 148, par. 72-103; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 448-449 (j McLachlin).

constitutionnalité du régime discriminatoire de la LAP, ils en viendraient vraisemblablement à la conclusion que les effets bénéfiques de la loi pour les enfants et les parents biologiques ne peuvent compenser les effets négatifs sérieux subis par les enfants adoptés, un groupe historiquement désavantagé. Comment, en effet, une loi qui viole le droit à l'égalité des enfants adoptés et compromet ainsi leur développement au mépris du principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait-elle être contrebalancée par des effets positifs supérieurs pour les seules familles composées de parents et d'enfants biologiques?

B. Les conventions collectives et l'article 10 de la Charte québécoise

Comme nous l'avons vu, on observe une tendance forte depuis quelques années à la négociation de congés parentaux inférieurs pour les salariés qui adoptent un enfant. Alors que ceux-ci avaient déjà droit à un nombre inférieur de semaines de congé par rapport à la mère biologique, les nouvelles conventions ont généralement pour effet de diminuer de façon très importante le nombre de semaines de congé accordé aux parents adoptants pour aligner leur situation sur celle des pères biologiques sous prétexte de les « égaliser ». Ce faisant, les conventions reproduisent la même inégalité de traitement entre familles biologiques et familles adoptantes que celle qui est inscrite dans la LAP et, partant, le même effet discriminatoire envers les enfants adoptés qui se trouvent beaucoup moins bien traités que les enfants biologiques¹⁵³.

C'est à l'aune de la Charte québécoise que les dispositions des conventions collectives peuvent être contestées pour cause de discrimination. Celle-ci s'applique en effet à tous les actes juridiques et aux conditions de travail négociées au Québec en vertu

153. À moins que les parents adoptants prennent un congé à leurs frais, ce qui n'est pas toujours possible et, si ça l'est, cette voie a, de toute façon, pour effet de les appauvrir contrairement aux parents biologiques et de concrétiser l'effet discriminatoire de la convention à leur endroit.

des articles 10, 13 et 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui se lisent comme suit :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

13. Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

Bien qu'il ait été longtemps très distinct du modèle de la Charte canadienne, le cadre analytique de la Charte québécoise en matière d'égalité s'est grandement rapproché de celui qui a été développé en vertu de l'article 15 de la Charte canadienne. C'est ainsi que l'accent est également mis, dans le cadre de l'article 10 de la Charte québécoise, sur l'égalité réelle avec une insistance marquée sur les effets d'une décision ou d'une politique plutôt que sur les intentions de son auteur. Tout comme l'article 15 de la Charte canadienne, l'objet premier de l'article 10 consiste à éradiquer la discrimination sous toutes ses formes au moyen d'une interprétation souple, généreuse et contextuelle. Quant au cadre analytique, il comporte les éléments suivants, très semblables à ceux de l'article 15, à savoir : 1) une distinction, exclusion ou préférence; 2) un lien avec l'un des motifs énumérés à l'article 10; 3) un préjudice dans la reconnaissance ou l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. D'autre part, la question des justifications d'une mesure discriminatoire est

également traitée séparément de celle de l'établissement du caractère discriminatoire d'une décision, d'un contrat ou d'une politique. La Charte québécoise en traite d'ailleurs dans une disposition distincte en matière d'emploi, l'article 20 en l'occurrence¹⁵⁴.

1. Une distinction discriminatoire

Sur la question de la distinction de traitement et sur celle du préjudice causé aux enfants adoptés par l'effet négatif et préjudiciable de congés parentaux moins généreux consentis aux salariés qui adoptent, l'analyse que nous avons faite dans le cadre de la Charte canadienne trouve pleinement application. La théorie de l'effet préjudiciable indirect est en effet reconnue dans le contexte de l'article 10 de la Charte québécoise depuis plus de vingt ans au plus haut niveau judiciaire¹⁵⁵.

Une différence importante à considérer lorsqu'on invoque le droit à l'égalité de la Charte québécoise en matière de relations de travail, c'est le caractère exhaustif de l'énumération des motifs illicites de discrimination faite à l'article 10. En d'autres termes, en dehors de ces motifs, même si elle peut s'avérer injuste ou moralement condamnable, une distinction de traitement n'est pas considérée comme discriminatoire par la Charte québécoise. La notion de motif analogue développée dans le cadre de l'article 15 de la Charte canadienne et justifiée par la présence du terme

154. *Québec (C.D.P.D.J.) c. Bombardier Aéronautique Centre de formation*, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 30-38; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 147, par. 63, 89-90; *Centre universitaire de santé McGill c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, par. 46-52; *Québec (C.D.P.D.J.) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 33-43 et 65-67; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 126, par. 13 et suiv.; *Gaz Métropolitain c. C.D.P.D.J.*, 2011 QCCA 1201, par. 36.

155. Depuis *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 126.

« notamment » dans cette disposition n'a donc pas pu être retenue pour l'interprétation de l'article 10 de la Charte québécoise¹⁵⁶.

La principale question qui se pose dans l'analyse du caractère discriminatoire des clauses des conventions collectives accordant des congés parentaux plus généreux à certains salariés qu'à d'autres est donc de savoir si cette disparité de traitement a un lien direct ou indirect avec l'un des motifs énumérés à l'article 10. Or, tel semble être clairement le cas puisque la durée différenciée des congés parentaux est clairement liée à l'état civil, un motif énuméré. D'entrée de jeu, il faut savoir que la Cour suprême a posé comme principe à son tout premier arrêt sur la norme d'égalité québécoise, l'affaire *Ville de Brossard*¹⁵⁷, que les motifs de discrimination énumérés à l'article 10 doivent faire l'objet d'une interprétation large et généreuse afin d'éviter que l'objectif de la Charte – garantir un droit efficient à l'égalité¹⁵⁸ – soit frustré et que des pratiques discriminatoires condamnables échappent inutilement à son champ d'application. Les tribunaux ont ainsi jugé que le concept d'état civil, en tant que motif de discrimination illicite, va beaucoup plus loin que les éléments classiques prévus à l'article 107 du Code civil (naissance, mariage, décès) et qu'il inclut notamment les liens familiaux, comme le fait d'avoir des enfants et l'adoption¹⁵⁹. Il semble donc ne faire aucun doute que le statut de parent adoptif et celui d'enfant adopté sont visés par le motif d'état civil dans le contexte de la protection contre la discrimination garantie par la Charte québécoise. Par conséquent, une clause contractuelle qui prévoit un régime de congés parentaux moins

156. *Québec (C.D.P.D.J.) c. Bombardier Aéronautique Centre de formation*, préc., note 154, par. 52; *Québec (C.D.P.D.J.) c. Montréal (Ville)*, préc., note 154, par. 69.

157. *Brossard (Ville) c. Québec (C.D.P.)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

158. À noter le 4^e considérant de la Charte : « Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient *garantis* par la volonté collective et *mieux protégés* contre toute violation ». (Italiques ajoutés).

159. *Brossard (Ville) c. Québec (C.D.P.)*, préc., note 157; *Farinacci c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1564; *Syndicat du transport de Montréal – CSN c. C.D.P.D.J.*, 2010 QCCA 165; *C.D.P.D.J. c. Grandmont*, 2006 QCTDP 22; *C.D.P.D.J. c. Thi Van*, [2001] R.J.Q. 2039, (T.D.P.).

généreux pour les salariés qui adoptent un enfant que pour ceux qui donnent naissance à un enfant porte préjudice de manière directe à un salarié en raison du fait qu'il est un parent adoptif et de façon indirecte à l'enfant de ce salarié du seul fait qu'il est un enfant adopté.

2. Une distinction injustifiée

Quant à savoir si ce traitement défavorable aux parents adoptants et aux enfants adoptés peut être justifié, dans la perspective de l'égalité réelle, par la volonté de tenir compte des besoins particuliers de la mère biologique, la réponse a déjà été donnée dans le cadre de l'article 15 de la Charte canadienne et ne saurait être différente pour l'article 10 de la Charte québécoise : une mesure qui tient compte des besoins d'un groupe de personnes peut légitimement commander un traitement distinct en faveur de cette personne à condition de ne pas porter indûment préjudice à un autre groupe de personnes vulnérables. Or, tel est exactement l'effet d'une convention collective qui réduit la durée du congé à laquelle a droit un salarié qui adopte un enfant pour l'aligner artificiellement sur la durée de congé prévue pour le père biologique.

Il reste les justifications générales relevant de l'article 20¹⁶⁰. Cette disposition d'exception trouve difficilement application dans le cadre des stipulations d'une convention collective relatives aux avantages sociaux consentis par l'employeur. Il y est question d'exigences professionnelles justifiées, des considérations pertinentes dans le contexte de décisions relatives au recrutement, à la promotion et au congédiement, mais non dans celui de l'octroi de congés parentaux. En sorte que ce n'est que par analogie avec l'article 20 qu'on y appliquerait les critères de justification développés pour ce moyen de défense¹⁶¹. Or, la grille d'analyse de l'article 20 fait appel à des critères très semblables à ceux que nous

160. 20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises pour un emploi [...] est réputée non discriminatoire.

161. Comme cela a été fait, par exemple, dans *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

avons vus dans le cadre de l'article premier de la Charte canadienne : pour passer le test de justification, une décision, une politique ou une disposition de convention collective doit, d'une part, poursuivre un objectif légitime et, d'autre part, atteindre ce dernier par des moyens proportionnés¹⁶². En revanche, comme les tribunaux n'ont pas à se préoccuper de la déférence due envers les élus lorsqu'ils examinent la validité d'un contrat collectif de travail relevant du droit privé, l'exigence de proportionnalité est généralement appliquée de façon stricte même si, officiellement, on doit toujours vérifier si « la norme est raisonnablement nécessaire » pour réaliser un objectif légitime¹⁶³. Or, lorsqu'il est possible pour les parties au contrat de trouver un accommodement raisonnable, c'est-à-dire un arrangement qui évite l'impact discriminatoire d'une clause de la convention sans imposer de contrainte excessive à l'employeur, celle-ci ne peut pas être jugée raisonnablement nécessaire¹⁶⁴. Il va sans dire par ailleurs que si un régime de congés parentaux préjudiciable aux enfants adoptés n'est pas jugé raisonnablement nécessaire au sens de l'article premier de la Charte canadienne, on ne voit pas comment on pourrait arriver à une conclusion différente en vertu de la Charte québécoise. Pourrait-on pallier au traitement discriminatoire par un arrangement négocié? Certes, mais un tel accommodement ne

162. *Brossard (Ville) c. Québec (C.D.P.)*, préc., note 157; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 126, 538; *Association des pompiers de Laval c. C.D.P.D.J.*, 2011 QCCA 2041, par. 87 et suiv.; *Gaz Métropolitain c. C.D.P.D.J.*, 2011 QCCA 1201, par. 82-83; *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. C.D.P.D.J.*, 2010 QCCA 172, par. 20 et suiv.

163. *Colombie-Britannique c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 54. La grille d'analyse établie pour justifier une politique discriminatoire dans un contexte de droit privé s'est imposée partout au Canada, y compris au Québec : *supra*, note 154.

164. « Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime [...], il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive » : *Colombie-Britannique c. B.C.G.S.E.U.*, préc., note 163. Pour l'application de ce critère dans le cadre de la Charte québécoise : *Hydro-Québec c. Syndicat des employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000*, [2008] 2 R.C.S. 561, par. 12 et 16; *Gaz Métropolitain c. C.D.P.D.J.*, 2011 QCCA 1201, par. 43, 44 et 63.

pourrait être considéré comme raisonnable que s'il rétablissait une réelle égalité de traitement pour les enfants adoptés.

Force est donc d'admettre que la constitutionnalité du régime québécois de congés parentaux inscrit dans la LAP se révèle plus que douteuse puisque celle-ci ne peut se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique » au sens de l'article premier de la Charte canadienne et que les dispositions des conventions collectives au même effet ne pourraient pas survivre non plus à une contestation fondée sur la Charte québécoise.

Devant ce constat, il devient impératif d'imaginer un modèle de rechange.

C. Un modèle mieux adapté aux nouvelles réalités familiales québécoises

Le RQAP semble encore véhiculer une conception de la famille axée sur la réalité biologique hétérosexuelle. Le fait d'accorder une protection moindre aux enfants adoptés n'en constitue pas le seul exemple. En effet, l'interprétation que les administrateurs du régime font de la loi lorsqu'un couple d'hommes réclame des prestations apparaît également douteuse. En effet, si le couple adopte un enfant, il peut se prévaloir des prestations d'adoption de 37 semaines, comme les autres adoptants. Toutefois, si le couple décide de recourir aux services d'une mère porteuse, seul le père biologique de l'enfant peut obtenir un congé de paternité et un congé parental et cela même si le couple est marié et que l'acte de naissance de l'enfant, émis par l'officier de l'état civil du lieu de sa naissance, fait mention du double lien de filiation paternelle. Si le père qui désire rester à la maison avec l'enfant n'est pas le père biologique, il n'a droit à aucun soutien de la part de l'État¹⁶⁵. De plus, un test d'ADN est parfois exigé pour prouver le lien de filiation

165. Du moins si l'on se fie aux informations diffusées sur le site web du RQAP en date du 29 septembre 2016. Toutefois, selon la Coalition des familles LGBT les dossiers seraient gérés au cas par cas, ce qui implique que ces couples ne connaissent pas à l'avance et avec certitude quel sera le résultat du traitement de leur dossier.

entre le demandeur et l'enfant¹⁶⁶, traduisant, une fois de plus, une conception « biologisante » des liens familiaux. Une conception qui apparaît aujourd'hui injustifiée parce qu'en décalage avec le principe de la reconnaissance de la diversité des familles québécoises, sans parler du fait qu'une telle preuve n'a jamais été exigée des pères biologiques hétérosexuels. Si la nullité des contrats de mères porteuses¹⁶⁷ a pu servir de justification à cette pratique, l'annonce faite par la ministre de la Justice du Québec d'encadrer ce type de contrat¹⁶⁸ et de lui donner par le fait même une reconnaissance juridique forcera le RQAP à revoir ses pratiques et à repenser les modalités d'attribution des différentes prestations en tenant également compte des droits et de l'intérêt des enfants.

Dans ce contexte, certains principes devraient guider la réflexion.

D'une part, l'attribution des prestations ne doit plus se faire exclusivement en se fondant sur la situation des adultes, mais également en prenant en compte la réalité vécue par les enfants concernés. À ce chapitre, les enfants adoptés devraient pouvoir bénéficier d'un véritable congé d'adoption qui ne serait plus confondu avec le congé parental. En effet, nous avons vu que le régime actuel ne prend aucunement en considération les difficultés auxquelles sont confrontés les enfants adoptés et qu'il en résulte une discrimination à leur endroit. Nous proposons donc la mise en place d'un « congé d'accueil d'un enfant adopté » qui viserait exclusivement à prendre en compte la réalité adoptive. Il ne serait donc plus possible pour un père biologique de revendiquer un tel congé, pas plus qu'il n'est permis à une mère adoptante d'obtenir

-
166. La Coalition des familles LGBT a recensé un certain nombre de dossiers en ce sens.
167. Selon l'article 541 du C.c.Q., «Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue».
168. Tommy CHOUINARD, «Québec ouvre la porte à la reconnaissance des mères porteuses», *La Presse*, 27 septembre 2016, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/sante/201609/26/01-5024715-quebec-ouvre-la-porte-a-la-reconnaissance-des-meres-porteuses.php>> (consulté le 31 octobre 2016).

un congé de maternité. Ce congé devrait être pris par l'un ou l'autre des adoptants ou être partagé entre eux.

Le « congé d'accueil d'un enfant adopté » devient alors cumulatif avec le congé parental d'une durée de 32 ou 25 semaines selon le régime choisi, puisque les deux congés ne répondraient plus aux mêmes objectifs. Quelle devrait alors être la durée de ce congé d'accueil étant donné que les difficultés vécues en adoption peuvent varier d'une famille à l'autre? On sait que la grossesse et l'accouchement ne sont pas vécus de la même façon par toutes les femmes et pourtant le législateur a choisi comme compromis raisonnable d'accorder 18 semaines de maternité pour toutes. Afin que les enfants adoptés bénéficient de la même protection que les enfants biologiques, le congé d'adoption devrait donc lui aussi être de 18 semaines. Les tableaux qui suivent illustrent les modalités d'attribution proposée pour respecter à la fois les droits des enfants biologiques et ceux des enfants adoptés.

Régime applicable aux familles biologiques :

Types de prestations	Régime de base		Régime particulier	
	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire
Maternité	18	70%	15	75%
Congé de conjoint ou de conjointe	5	70%	3	75%
Parentales	32	70%	25	75%
Total	55		43	

Régime applicable aux familles adoptantes :

Types de prestations	Régime de base		Régime particulier	
	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire
Congé d'accueil d'un enfant adopté	18	70%	15	75%
Congé de conjoint ou de conjointe	5	70%	3	75%
Parentales	32	70%	25	75%
Total	55		43	

D'autre part, s'agissant du congé de paternité, cette appellation entraîne une exclusion discriminatoire à l'égard des conjoints de même sexe et nous proposons d'en modifier le nom pour congé de conjoint ou de conjointe. Ce congé, qui est présentement de 5 semaines, devrait être accordé à la personne dont la conjointe donne naissance à un enfant ou dont le conjoint ou la conjointe se prévaut du congé d'adoption.

Rien ne justifie de modifier le congé parental de 32 semaines et il devrait continuer d'être partageable selon la réalité et les besoins des familles. Le Conseil du statut de la femme a proposé, dans le but d'assurer une plus grande égalité entre les hommes et les femmes, de forcer les pères à prendre une partie du congé parental en plus de leur congé de paternité afin de favoriser un partage plus équitable entre les parents des responsabilités relatives aux enfants¹⁶⁹. Si l'idée peut se défendre dans la logique

169. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Avis. Pour un partage plus équitable du congé parental*, Gouvernement du Québec, avril 2015, p.71 : La recommandation du Conseil se lit ainsi : «Le Conseil recommande

du droit à l'égalité des adultes, elle nous apparaît mal adaptée au cas d'un enfant adopté pour lequel la stabilité et la continuité des soins quotidiens prend une importance particulière. Dans l'intérêt des enfants concernés, nous croyons que les parents sont les mieux en mesure de déterminer les modalités les plus adéquates du partage du congé parental.

Conclusion

Après avoir constaté que le paradigme retenu chez nous jusqu'ici en matière d'attribution des congés parentaux repose essentiellement sur les droits des parents, nous avons démontré qu'il ne correspond pas aux objectifs poursuivis par le législateur québécois qui souhaitait se dissocier de l'approche fédérale au moment de mettre sur pied son propre régime. Le développement de la théorie des droits de l'enfant et l'entrée en vigueur de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* forcent désormais les adultes à considérer les effets que les lois produisent, même indirectement, sur les enfants. L'adhésion générale des sociétés occidentales à ce nouveau paradigme appelé « child-centred approach »¹⁷⁰, ainsi que le cadre d'analyse préconisé par la

l'instauration d'un congé de paternité réservé supplémentaire de trois semaines pris à même le congé parental à la condition que le père soit durant ces trois semaines le seul prestataire du RQAP, afin de développer le sentiment de compétence parentale des pères et de favoriser un plus grand partage des soins aux enfants. Ce congé de paternité supplémentaire pourrait faire l'objet d'une période d'essai de cinq ans et être évalué à ce moment afin de mesurer son utilisation et ses effets sur l'implication des pères. Dans l'éventualité où une mère serait la seule prestataire du RQAP, ces trois semaines ne devraient pas être retirées de son congé parental».

170. Le président du Comité des droits de l'enfant de 2001 à 2004, Jaap E. Doek, affirme l'importance de cette approche dans « The U.N. Convention on the Rights of the Child: Some Observations on the Monitoring and the Social Context of Its Implementation », 14 *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y* 125 (2003), p.136; UNICEF, *Child-centred Development: The basis of sustainable human development*, en ligne: <<http://www.unicef.org/dprk/ccd.pdf>> (consulté le 31 octobre 2016); UNICEF, *The benefits of a child-centred approach to climate change adaptation*, en ligne : <<https://www.unicef.or>

Cour suprême du Canada en matière de droit à l'égalité axé sur les effets directs et indirects d'une mesure ne peuvent conduire qu'à une conclusion : le régime québécois d'assurance parentale serait vraisemblablement jugé discriminatoire si la Cour suprême était saisie de la question de sa conformité aux Chartes et, du coup, de sa constitutionnalité.

Cette constatation incontournable nécessite de revoir les modalités d'attribution des congés parentaux en adoptant une approche plus inclusive et plus respectueuse des droits des uns et des autres, mais principalement des plus vulnérables. S'il est hors de question de remettre en cause de quelque manière que ce soit le droit des femmes à des congés de maternité, nous croyons qu'il est impératif d'assurer le respect des droits des enfants adoptés en éliminant toute discrimination à leur égard et en leur permettant de bénéficier, au même titre que les enfants biologiques, d'une réelle égalité des chances pour le développement de leur plein potentiel.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES BIENS IMMATÉRIELS EN QUÊTE D'IDENTITÉ

Auteur(s) : Gaële GIDROL-MISTRAL

Revue : *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 1

Pages : 67-137

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11317>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11317>

Page vide laissée intentionnellement.

LES BIENS IMMATÉRIELS EN QUÊTE D'IDENTITÉ*

par Gaële GIDROL-MISTRAL**

Une réflexion sur l'immatériel en droit des biens amène nécessairement à repenser les frontières des choses et des biens et à s'interroger sur le critère de rattachement à la catégorie des biens, en tant qu'objet du droit de propriété. Le constat semble sans appel : le dogme de la matière s'effrite, laissant peu à peu émerger un nouveau paradigme, celui de la valeur. La valeur, qui est à la fois valeur d'usage et valeur d'échange, dévoile une conception économique du bien qui interpelle. Pour autant, les choses n'ont pas été bannies du droit des biens; les biens n'étant pas seulement représentés par des droits. Ainsi, la catégorie des biens, ouverte aux biens immatériels, accueille des choses corporelles autant que des droits patrimoniaux et des choses sans corps. Cependant, cette mutation n'est pas sans connaître certains défis tenant à la difficulté du droit des biens à faire fi de la corporeté des choses. Alors que la tentation est grande de retrouver, voire de découvrir, dans ces nouveaux biens une trace de cette matérialité perdue, la question de la transposition du régime juridique de la propriété à ces nouvelles entités se pose.

Reflections surrounding the notion of immateriality in property law leads to rethinking the usual boundaries in delimiting things and property and indeed, as to what actually constitutes property. The qualification of property in the material sense is giving way to property as something of value. Value may refer to property in a utilitarian or in an economic sense. Property is not merely represented by rights. The notion of property can include corporeal and incorporeal things as well as patrimonial rights. However this change has not taken place without certain challenges due to the resistance of property law to go beyond the criterion of corporeality of things. Nonetheless, the risk of adapting property law to embrace these new entities could underscore the decline of materiality as a determining factor.

*. Cet article a pour point de départ le rapport présenté lors des journées internationales Capitaint 2014 et publié dans les actes de ces journées. Gaële GIDROL-MISTRAL, « Rapport québécois. Biens et immatériel », dans *L'immatériel. Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées espagnoles de Barcelone et Madrid*, t. LXIV, Paris, éd. LB2V et Bruylant, 2015, p. 261. Il complète le rapport, affine et développe de nouvelles idées et propose une réflexion sur le régime juridique des biens immatériels. L'auteure remercie les évaluateurs pour leurs commentaires critiques qui ont permis d'affiner l'analyse menée mais les idées et les erreurs restent les siennes.

** . Professeure, Département des sciences juridiques, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal (UQÀM).

SOMMAIRE

I. Enquête sur les biens immatériels: du dogme de la matière au paradigme de la valeur	71
A. L'effritement du dogme de la matière	71
B. La reconnaissance du paradigme de la valeur	87
 II. Oscillation des biens immatériels : disparition et réminiscence de la matière	 100
A. La consécration d'une entité désincarnée comme bien incorporel	100
B. À la recherche d'une matérialité perdue.....	109
 III. La malléabilité du droit commun des biens en question	 117
A. La subsidiarité du droit commun des biens	118
B. L'élasticité du droit des biens	125
1. L'acquisition dérivée.....	125
2. L'acquisition originaire	129
3. Les droits réels accessoires.....	134
 Conclusion	 136

« Les biens constituent un domaine privilégié pour une réflexion sur l'immatériel »¹. C'est ainsi qu'il y a quelques années, Frédéric Zenati-Castaing abordait ce thème de l'alliance du droit des biens et de l'immatériel. Depuis, les biens immatériels n'ont cessé de se multiplier, notamment à travers ce que la doctrine nomme parfois les nouveaux biens². L'essor et la mondialisation des échanges, le développement de l'ère numérique ainsi que la modification des activités humaines et industrielles ont changé la préhension des choses sur lesquelles l'individu exerce une maîtrise juridique. Les objets du droit, source de richesse économique, ne sont plus cantonnés aux seules choses matérielles et la place grandissante des biens incorporels dans l'économie marchande, conséquence d'une expansion créatrice de l'individu, œuvre fortement pour une reconnaissance juridique des biens immatériels³. Cette évolution amène à se demander si la division des biens corporels et incorporels ne dévoile pas de nouveaux enjeux dont le droit civil devrait se saisir. Cette subdivision des biens semble mieux représenter la répartition des richesses économiques et bouscule la célèbre division des biens meubles et immeubles⁴, pourtant omniprésente dans le *Code civil du Québec* (le « C.c.Q. »). Cependant, la notion de bien immatériel n'est pas uniforme et revêt des réalités économiques, sociales et juridiques multiples⁵. Dès lors, c'est à travers une réflexion sur la réception par le droit commun des biens de ces choses sans corps et

-
1. Frédéric ZENATI, « L'immatériel et les choses », dans *Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit*, t. 43, Paris, Sirey, 1999, p. 79.
 2. Sylvio NORMAND, « Les nouveaux biens », (2004) 106 *R. du N.* 177, p.177.
 3. Selon Thierry Revet, « [l]a production de nouvelles choses va devenir l'un des axiomes de base de l'activité humaine. Et la légitimité de cette production est si forte qu'elle nourrit une pression du même ordre en faveur de la réception juridique desdites créations » : Thierry REVET, « Rapport français. Les nouveaux biens », dans *La propriété, Travaux de l'Association Capitant, Journées vietnamiennes*, t. LIII, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 271, à la p. 272.
 4. Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET expliquent que cette subdivision supplante peu à peu la *summa divisio* des biens meubles et immeubles : Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris, PUF, 2008, n°45, p. 91.
 5. S. NORMAND, préc., note 2, p. 180.

intangibles (savoir-faire, clientèle, portefeuille de valeurs mobilières, information)⁶ que nous avons décidé de mettre en exergue la notion de bien immatériel en droit civil⁷.

La sphère exponentielle des biens immatériels marque les limites de la catégorie des choses corporelles. Une nouvelle définition du concept de bien s'est peu à peu développée, « les biens [pouvant] être dépourvus de matérialité et même être de purs concepts (en l'occurrence produits par l'esprit juridique) »⁸. Les biens immatériels, en ce qu'ils pourraient

6. La propriété intellectuelle et industrielle, qui en droit canadien relève de la compétence fédérale et se trouve donc régie par la *common law*, a été écartée de la réflexion qui est développée en droit civil.

7. Une partie de la doctrine québécoise assimile tous les biens, corporels comme incorporels, à des droits puisque le bien, objet du droit de propriété, ne serait pas la chose mais le droit qui porte sur la chose. Ainsi la professeure Yaëll Emerich explique que « [d]e plus en plus, la doctrine [...] québécoise considère qu'en réalité, les biens ne sont pas tant les choses que les droits dont les choses sont l'objet. » : Yaëll EMERICH, *La propriété des créances: Approche comparative*, t. 469, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2007/Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, n° 98, p. 59; Cette définition a été reprise dans le dictionnaire juridique du droit des biens, Paul-André CRÉPEAU et al., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, v° « bien immatériel » (<<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/show/43130?source=NEWPROPFR>>, consulté le 28 octobre 2015). Or, il nous semble qu'une telle lecture ne permet pas de révéler la richesse des biens immatériels puisque tous les biens corporels comme incorporels pourraient, selon cette conception, se résumer à des droits sur des objets de propriété. Notre analyse repose au contraire sur une conception plus nuancée de la notion de biens. Les biens immatériels comprennent à la fois les droits patrimoniaux et les choses immatérielles (clientèle, information), pendant des choses matérielles dans le monde intangible. Un courant en France distingue ainsi les droits incorporels, qui sont composé des droits patrimoniaux à l'exception du droit de propriété, et les propriétés incorporelles, qui relèvent de la catégorie des biens immatériels, produits de la créativité ou de l'industrie de l'humain. Ces auteurs précisent que ces biens immatériels « ne sont pas des droits mais, comme pour les choses corporelles, des choses réelles », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n° 46, p. 92 et n° 53, p. 99.

8. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°45, p. 91.

devenir l'objet d'un droit de propriété, interpellent directement le droit des biens. Ainsi, le professeur Normand écrit que « [l]e droit positif québécois reflète cet intérêt pour la dématérialisation et la diversification des biens »⁹. Cependant, comme le constate Yaëll Emerich, si « la doctrine majoritaire a donc pris conscience de l'importance actuelle des biens incorporels [...], la plupart [des auteurs] n'en retirent que de faibles répercussions touchant la propriété et la modification consécutive de son objet »¹⁰.

Quelle est donc la nature de ces objets abstraits¹¹, choses sans corps, dématérialisées, désincarnées ou désincorporées? La mise en lumière d'un changement de paradigme opéré par le droit civil québécois (I) permettra de mettre en perspective les relations complexes que les biens entretiennent avec la matière (II) et de se demander si le régime juridique du droit des biens, *a priori* mieux approprié au modèle des choses corporelles, peut s'adapter à ces nouveaux biens (III)?

I. Enquête sur les biens immatériels : du dogme de la matière au paradigme de la valeur

L'intégration de la notion de « bien » dans le *Code civil du Québec* a provoqué plusieurs ruptures : l'effritement du dogme de la matière (A), conséquence de l'émergence d'un nouveau critère de rattachement à la catégorie des biens, soit celui de la valeur (B), bouscule à la fois notre perception du bien, mais aussi celle de la propriété.

A. L'effritement du dogme de la matière

Des choses corporelles et des biens. L'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* a ranimé le débat concernant la définition juridique de la notion de bien¹². Le législateur a, en effet,

9. S. NORMAND, préc., note 2, p. 180.

10. Y. EMERICH, préc. note 7, n° 100, p. 61.

11. S. NORMAND, préc., note 2, p. 186.

12. La notion de bien n'est pas définie par le Code civil du Québec. Dès lors, le bien étant désormais corporel ou incorporel selon l'article 899 C.c.Q.,

substitué le mot « bien » à celui de « chose » dans certains articles du *Code civil du Québec*¹³, relançant l'opposition entre « biens » et « choses » sans pour autant prendre la peine de les définir. Pendant longtemps, la *chose* s'identifiait, en droit civil québécois, exclusivement à l'objet corporel¹⁴. Au contraire, le mot *bien*, plus large, revêtirait dans le *Code civil du Québec*, selon les auteures Madeleine Cantin-Cumyn et Michelle Cumyn, trois acceptions. Dans un sens juridique, les biens feraient référence à la fois aux

« [l']incertitude quant à la portée de la distinction entre le bien corporel et le bien incorporel est susceptible de nourrir la controverse sur la notion même de bien », Madeleine CANTIN-CUMYN et Michelle CUMYN, « La notion de biens », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette*, Québec, P.U.L., 2006, p. 127, à la page 142.

13. L'article 899C.c.Q. précise que les biens sont corporels ou incorporels, laissant entendre que tous les biens sont nécessairement soient corporels (catégorie principale), soient incorporels (catégorie résiduaire). Cf. *infra* p. 24. La consécration d'une entité désincarnée comme bien incorporel. L'article 947 recourt également au terme *bien* pour définir l'objet de la propriété plutôt que le terme *chose* anciennement utilisé par le Code civil du Bas Canada.
14. Les choses en droit civil québécois, sur le modèle du droit civil français, étaient traditionnellement cantonnées aux objets qui avaient une existence physique. Sylvio Normand explique que « [t]raditionnellement la chose est définie comme comprenant tout ce qui existe *matériellement*, à l'exclusion de la personne humaine » : Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 50. En ce sens également, Yaëll EMERICH énonce que : « [l]a doctrine classique québécoise [...] avait admis que seules les choses matérielles pouvaient constituer l'objet du droit de propriété ou d'un autre droit réel » ; Yaëll EMERICH, préc. note 7, n° 27, p. 18. Parmi cette doctrine, on retrouve : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon*, t. 2, Montréal, Éditions Théoret, 1896, p. 388 ; André MONTPETIT et Gaston TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 15 ; Witold RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956, p. 67. Aujourd'hui encore, Denys-Claude LAMONTAGNE assimile les choses aux biens corporels, Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n°4 et 5, p. 8. Également M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, qui précisent que « le mot bien désigne [...] une chose corporelle appropriée, une chose matérielle procurant une utilité [...] », M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 143.

droits patrimoniaux,¹⁵ mais aussi, de manière plus spécifique, aux droits réels principaux¹⁶. Dans un sens économique, ils seraient limités aux objets du droit de propriété ou de l'un de ses démembrements¹⁷. Ce dernier sens cantonne, selon certains auteurs¹⁸, la notion de chose aux seuls biens corporels, cette dernière prenant nécessairement appui sur une réalité physique la faisant coïncider avec la notion économique d'objet corporel. Au contraire, celle de « bien », s'apparentant dans un sens juridique à une construction intellectuelle, ne serait pas soumise à la pression de l'enveloppe corporelle, « [l]es biens [étant] les choses vues par le droit »¹⁹. La catégorie des biens déborde donc celle des choses corporelles puisque les biens peuvent être corporels ou incorporels, alors que les choses, selon une conception matérialiste, seraient nécessairement corporelles. Cette limitation des choses aux seuls biens corporels ne fait cependant pas l'objet

-
15. « D'abord, les biens dans le Code sont synonymes de droits patrimoniaux. On en trouve des exemples aux articles 614, 899, 908, 1260, 1299, 2644 notamment. C'est le sens dans lequel le projet de Code civil proposait de définir ce terme, sens juridique il nous semble, puisque les biens désignent les droits dont le titulaire peut en principe librement disposer, qui sont transmis à son décès et qui sont saisissables parce qu'ils constituent le gage commun de ses créanciers », M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 142.
 16. « Le deuxième sens dans lequel le mot biens est employé est celui de droits réels dits principaux. Ainsi s'explique le titre "Des biens" donné au Livre 4e du Code dont l'objet premier est d'énoncer le régime juridique du droit de propriété et de ses démembrements », *Id.*, p. 142 et 143.
 17. « Dans une troisième acception, le mot bien désigne l'objet du droit de propriété ou d'un de ses démembrements. Il désigne alors une chose corporelle appropriée, une chose matérielle procurant une utilité, selon l'explication du ministre », *Id.*, p. 143.
 18. En ce sens : *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, « Chose : objet matériel. On entend par chose tout ce qui existe (Mignault, Droit civil, t. 2, p.388) » : Paul-André CRÉPEAU et al., préc., note 7, « chose » ; M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 142 ; Denys-Claude LAMONTAGNE assimile également les choses aux biens corporels, préc. note 14, n°4 et 5, p. 8 ; Pierre-Claude Lafond précise que « [n]éanmoins, les biens incorporels ne constituent pas des choses parce qu'ils n'ont pas de réalité physique », Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n° 70, p. 35.
 19. Jean CARBONNIER, *Droit civil : Les biens*, t. 3, 19^e éd., Paris, P. U. F., 2000, n° 45, aux p. 79 et 83.

d'un consensus²⁰ et quelques auteurs²¹ dépassent ce carcan de la corporéité des choses²² pour admettre l'existence de choses immatérielles puisque « de plus en plus, *l'immatériel est la chose par excellence du droit* »²³. Sylvio Normand retient une conception extensive de la chose, élargissant son domaine à « ce qui existe sous forme abstraite »²⁴. Ainsi, il nous semble que les choses peuvent, à la fois dans un sens juridique, mais aussi dans un

-
20. Y. Emerich relève que « [l]'idée selon laquelle l'objet du droit réel [entendu dans le sens du droit de propriété] est nécessairement corporel se retrouve chez une partie des auteurs [elle ne cite que M. Cantin-Cumyn et M. Cumyn à la note 72a], même si *la doctrine québécoise contemporaine semble se prononcer majoritairement pour la reconnaissance de la propriété des biens incorporels, voire des créances* », Y. EMERICH, préc. note 7, n°28, p. 19 (nos italiques). Ses développements aux para n°28 et 29 p. 19 et 20. démontrent assez efficacement que ce changement de vocabulaire a des conséquences dont il semble aujourd'hui difficile de ne pas tenir compte.
21. François Frenette précisait à propos du changement de terminologie opéré par le législateur que les biens sont désormais à la fois « les choses corporelles ou incorporelles susceptibles d'appropriation.», François FRENETTE, « Commentaire sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976), 17 *C. de D.* 991, p. 996 et 997. Et aussi : « Les biens, quant à eux, désignent, parmi toutes choses, celles [...], corporelles ou incorporelles [...] », François FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 *C. de D.* 439, 439-447; Sylvio NORMAND, préc., note 2, p. 177. Également André COSSETTE, « Essai sur le droit de pêche sur les cours d'eau non navigables », (1997), *R. du N.* 3, p. 39. Plus récemment Aurore BEN ADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels: propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Faculté de droit, Cotutelle entre l'Université de Montréal et l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2012; *Contra* M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12; P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 70, p. 35.
22. Voir S. NORMAND, *Les nouveaux biens*, préc., note 2, p.177 et *Introduction au droit des biens*, préc., note 14. L'auteur évoque l'idée d'une innovation qui permet d'envisager la propriété des entités incorporelles, Sylvio NORMAND, *Mélanges offerts au professeur François FRENETTE : Études portant sur le droit patrimonial, La notion de modalité de la propriété*, Québec, PUL, 2006, n° 255, p. 265.
23. A. COSSETTE, préc., note 21 (nos italiques).
24. S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, préc., note 14.

sens économique, être autant corporelles qu'immatérielles²⁵. Nous rangeant résolument du côté des auteurs de doctrine qui ouvrent la catégorie des choses et des biens appropriables au monde de l'immatériel²⁶, notre article a pour ambition de montrer que cette évolution est le fruit d'un changement de paradigme²⁷ de la notion de bien.

Des droits patrimoniaux et des biens. La division issue du droit romain des *res corporales* et des *res incorporales* permet de distinguer les choses, nécessairement corporelles, des droits « objets abstraits et intangibles »²⁸, qualifiés de biens incorporels²⁹. Pendant longtemps, le dogme de la « chose-matière » l'a emporté, seules les choses corporelles pouvant prétendre à la qualification de biens³⁰ appropriables³¹. Cette conception économique du bien,

-
25. Dans cet article, nous entendons la notion de chose dans un sens large comme toute entité, corporelle ou immatérielle, qui se distingue des personnes, sans la limiter aux seules choses corporelles. En ce sens, Pascale Lecocq, Vincent Sagaert et Bernard Vanbrabant, « La notion de biens », dans *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 174, à la p. 176.
26. Notre analyse s'appuiera souvent sur la doctrine civiliste française qui a beaucoup écrit sur ces enjeux, au contraire de la doctrine civiliste québécoise, plus réservée et dont les réflexions sur l'importance actuelle des biens incorporels, à l'exception des travaux de Yaëll Emerich, Aurore Ben Adiba et Sylvio Normand, n'en a déduit jusqu'à présent que des conséquences limitées et ne développe quasiment pas d'analyse sur les répercussions d'un tel changement.
27. Voir *infra* p. 15.
28. M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 130.
29. Le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens* du Centre Paul-André Crépeau met en avant cette dualité. Voir notamment : Paul-André CRÉPEAU et al., préc., note 7, « bien incorporel »; M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 141.
30. Ainsi le professeur Normand écrit que « [l]a chose, perçue comme un élément corporel, a longtemps été le bien par excellence » : S. NORMAND, préc., note 2, p. 185.
31. Y. Emerich regrette que, « [e]n dépit d'un large consensus admettant la dématérialisation de la notion de bien, les développements relatifs à la propriété restent cantonnés à la propriété des biens corporels dans la quasi-totalité des ouvrages de droit des biens. », Y. EMERICH, préc. note 7, n°100, p. 61.

qui repose sur la corporéité de la chose³², les biens étant les choses corporelles susceptibles d'appropriation³³, est la conséquence d'une compréhension matérialiste du *dominium*, le propriétaire devant exercer sa puissance sur un *corpus* perceptible par les sens. Cette assimilation des objets du droit de propriété aux seules choses corporelles prend appui sur une conception de la propriété qui confond le droit de propriété et son objet, nécessairement corporel. Or, un corps étant une chose occupant une portion d'espace, la chose était assimilée à celle dont la frontière physique pouvait être appréhendée par les sens, spécifiquement le toucher, se limitant ainsi aux corps solides. Exprimant un rapport de puissance entre un propriétaire et sa chose³⁴, celui-ci ne pouvait donc se concevoir que s'il portait directement sur une *res corporalis*³⁵ permettant de faire coïncider les limites du droit du propriétaire avec les frontières physiques de la chose matérielle (son assiette)³⁶. Les corps fluides, corps sans rigidité, ont également suscité des questionnements quant à leur

-
32. Pierre Berlioz fait remarquer que « [l]a notion de bien [...] s'ordonne [...] à partir de celle de chose du monde physique » : Pierre BERLIOZ, *La notion de bien*, t. 489, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 625, p. 202.
33. Voir William de MONTMOLLIN-MARLER avec la collaboration de George C. MARLER, *The Law of Real Property, Quebec*, Toronto, Burroughs, 1932, p. 31.
34. Frédéric ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, Université de Lyon, 1981.
35. Selon les professeurs Cantin-Cumyn et Cumyn, le « *dominium* se confond avec la chose même qui en est l'objet, cet objet étant nécessairement une chose corporelle : le *dominium* est la *res corporalis* » : M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, à la page 130. Il convient de relever que cette conception confond le droit de propriété avec son objet qui, dès lors, ne peut plus porter que sur des choses corporelles. Pour des explications plus détaillées, voir William DROSS, *Droit civil - Les choses*, Paris, L.G.D.J., 2012, n° 427 et 427-1, p. 789 et 790 ou Y. EMERICH, préc. note 7, p. 27 à 67.
36. M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, à la page 130. Pour Pierre Berlioz, cette conception classique conçoit nécessairement l'appropriation « comme une maîtrise physique souveraine des corps » ; P. BERLIOZ, préc. note 32, n°462. Dans la dernière section de l'article, nous constaterons que l'intégration des choses immatérielles à la catégorie des biens appropriables nécessite de dépasser la conception physique du *corpus*.

intégration à cette catégorie des choses corporelles³⁷. L'immatériel, à travers ces choses sans corps, soulève finalement les mêmes interrogations.

Cette conception matérialiste de l'objet du droit de propriété a été bousculée par l'intégration dans le *Code civil du Québec* de la notion de « bien ». Les biens, ainsi qualifiés d'objets d'un droit de propriété, étant corporels ou incorporels³⁸, il ne semble plus possible de faire coïncider le bien et la chose corporelle³⁹. Le passage de la chose au bien constitue, croyons-nous, une première rupture du droit civil québécois avec la matière et la conception matérialiste de la propriété. La notion de *bien* met en relief des concepts juridiques et non des « réalités physiques ». En effet, « [b]ien et personne sont des concepts, dessinés par le droit, par lesquels la réalité peut être appréhendée, façonnée, dénaturée, voire niée par lui. Les choses et les êtres appartiennent au monde réel; les biens et les personnes appartiennent exclusivement au

-
37. Le législateur présume de manière irréfragable que les ondes ou l'énergie, corps non solides, sont des choses corporelles (art. 906 C.c.Q.).
38. Sylvio Normand explique que « le droit de propriété porte nécessairement sur un bien qui peut être corporel ou incorporel [...]. L'objet ne comprend donc pas que les biens matériels, il inclut aussi des biens dématérialisés », S. NORMAND, préc., note 14, p. 96.
39. Certains auteurs considèrent cependant que ce n'est pas parce que le bien peut être incorporel selon l'article 899 C.c.Q. que ce bien incorporel peut être l'objet d'un droit de propriété selon l'article 947 C.c.Q. En ce sens notamment M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12 ou encore Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2013, p. 8 para 7. *Contra* Sylvio Normand par exemple explique que « [l']objet [du droit de propriété] ne comprend donc pas que les biens matériels, il inclut aussi des biens dématérialisés », S. NORMAND, préc., note 14, p. 96. Quelques auteurs, sans y accorder d'importants développements reconnaissent également la propriété des droits, notamment des droits personnels. En ce sens par exemple D.C. LAMONTAGNE, préc. note 14. n° 205, p. 135. L'auteur précise que « Juridiquement, il devient donc exact de parler de la propriété d'un droit personnel ou intellectuel, qui s'imprègnent ainsi de la réalité ». Encore Maurice Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 646. Nous pensons que cette conception matérialiste est aujourd'hui minoritaire dans la doctrine québécoise.

monde du droit. On ne peut définir les seconds par les premiers sous peine de confondre les deux mondes. »⁴⁰

Cette analyse, qui reconnaît que le droit patrimonial, en tant que concept juridique, peut être rattaché à la catégorie des biens incorporels, est aujourd'hui partagée par une majorité de la doctrine québécoise⁴¹. Dès lors, les droits patrimoniaux, par essence dématérialisés⁴², pouvant constituer des biens⁴³, l'immatériel est entré de plain-pied dans le domaine du droit des biens⁴⁴. Une seconde révolution, plus difficile, reste encore à faire : celle de l'appropriation des biens incorporels. Celle-ci est pourtant déjà en marche, la conception matérialiste, encore appelée classique, qui incorpore la propriété dans son objet⁴⁵, étant

-
40. Christophe CARON et Hervé LECUYER, *Droit des biens*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Éditions Dalloz, 2002, p. 18 et 19.
41. Yaëll Emerich assimile le bien à un droit patrimonial, reprenant l'idée que ce qui constitue le bien ce n'est pas tant la chose que le droit qui porte sur la chose. Y. EMERICH, préc., note 7. Voir également S. NORMAND, préc., note 7, p. 51; M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, à la page 142; Pierre-Gabriel JOBIN, avec la collaboration de Michelle CUMYN, *La vente*, 3^e éd, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 2007, p. 2 : « En effet, [...] le terme "bien" peut-il aujourd'hui désigner des droits patrimoniaux [...] »; Pierre MARTINEAU, *Les biens*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1979, p. 2; P.-C. LAFOND, préc. note 7, n° 5 p. 1 et 2; Le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues - Les biens* semble privilégier cette conception puisque c'est le premier sens qu'il a retenu pour définir le terme « *Bien* » : voir Paul-André CRÉPEAU et al., préc., note 7, « bien » (<<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/show/43130?source=NEWPROPFPR>>, consulté le 28 octobre 2015).
42. « Ainsi entendus, les biens sont donc nécessairement incorporels; les droits, en effet, n'ont pas d'existence physique; ils ne peuvent pas être vus ou touchés », P. MARTINEAU, préc., note 41, p. 2.
43. L'exemple du droit de créance, analysé comme un bien incorporel sur lequel porte un droit de propriété détenu par le créancier, est particulièrement éclairant : Y. EMERICH, préc., note 7.
44. « Si le législateur n'a pas jugé utile de préciser que les biens concernés, relativement à l'objet du droit de propriété, sont uniquement les biens corporels c'est, à tout le moins, qu'il a laissé la possibilité ouverte d'inclure, parmi les biens objets de propriété, les biens immatériels », Y. EMERICH, , préc., note 7 , n°85, p. 53.
45. La conception naturaliste (ou matérialiste) présentait la distinction biens corporels et incorporels comme justifiant l'exclusion des biens

critiquée par une partie de la doctrine québécoise⁴⁶. Une seconde conception, appelée théorie moderne du droit de propriété⁴⁷, permet d'envisager l'extension des biens appropriables à ces droits patrimoniaux.

Cependant, même si la doctrine québécoise reconnaît majoritairement que le droit patrimonial est un bien incorporel⁴⁸, certains auteurs⁴⁹ éprouvent encore quelques difficultés à concevoir qu'un droit de propriété puisse avoir pour objet un droit. Lorsqu'ils acceptent de ne pas cantonner la propriété aux seules choses corporelles, les auteurs la limitent aux droits personnels,

immatériels de la sphère du droit de propriété, s'appuyant sur un argument historique selon lequel les Anciens Romains ne connaissaient que les choses corporelles. En ce sens, P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^{ème} éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 273 cité par Y. Emerich, préc. note 7, n° 97, p. 59, à la note 354. Cette conception, qui confond le droit de propriété et son objet, a été depuis réfutée. L'ouvrage de référence permettant aujourd'hui de s'appuyer sur cette conception moderne de la propriété est celui de Frédéric ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété: contribution à la théorie du droit subjectif*, préc., note 34. Cette confusion est parfaitement mise en lumière dans la thèse de Yaëll Emerich, Y. Emerich, préc. note 7.

46. F. FRENETTE, *Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens*, préc. note 21, p. 996 et 997; Y. EMERICH, préc., note 7, p. 63 et suiv.; John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, *Quebec Civil Law. An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, para. 130.

47. F. ZENATI, préc., note 34; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n° 164 à la p. 260, n° 166, aux p. 261 et 262.

48. Cf. *supra*, note 41.

49. Pierre-Gabriel Jobin, avec la collaboration de Michelle Cumyn, *La vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 2; Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, préc., note 39, n° 7: « Cette évolution, mise en relief par une partie importante de la doctrine, entraîne sans doute un certain risque de confusion entre droits réel et personnel et peut-être, au pire, de "soumettre tous les droits patrimoniaux au régime de la propriété". C'est là en effet un danger potentiel dont juges et auteurs doivent être conscients; il doit les inciter à procéder avec prudence à la réification de la créance – danger déjà illustré par une certaine jurisprudence. Si ces incontestables changements reflètent le déplacement de la richesse des meubles et des immeubles vers les biens incorporels, ils ne doivent pas être étendus de façon inconsidérée au-delà des limites définies par le *Code civil* et les lois particulières ».

refusant ainsi d'intégrer dans la catégorie des biens appropriables les droits réels principaux⁵⁰. Or, les droits patrimoniaux qui composent l'actif du patrimoine sont à la fois des droits personnels et des droits réels⁵¹. Dès lors, les droits réels et personnels font partie du patrimoine et en cette qualité, constituent des biens incorporels et appropriables⁵² sans distinction de la nature de ces biens. Comme le constatait Pierre Martineau, « en réalité, le mot "biens" désigne les droits patrimoniaux, les droits qui constituent l'actif d'un patrimoine. Le patrimoine se compose de droits et non pas de choses »⁵³. Il est aujourd'hui admis par une partie de la doctrine québécoise que le droit de propriété porte en réalité plus sur les droits patrimoniaux dont les choses sont l'objet que sur les choses⁵⁴.

*Des choses immatérielles et des biens*⁵⁵. Il nous semble cependant que cette analyse des biens incorporels⁵⁶, bien que novatrice, ne permet pas d'appréhender toute la richesse et la

-
50. Nous excluons de notre analyse le droit de propriété de la catégorie des droits réels appropriables, le droit de propriété étant la relation entre le sujet et l'objet de droit, il ne peut être à la fois la relation d'appropriation et l'objet soumis à l'appropriation.
51. Le dictionnaire de droit privé définit autant le droit personnel que le droit réel comme des droits à caractère patrimonial. *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Centre Paul André Crépeau de droit privé et comparé, Y. Blais 2013, [Droit personnel] [Droit réel]. Cf L. Laflamme, *Fascicule 1 : Distinction des biens*, JurisClasseur Québec, Biens et publicité des droits, dir. P.-C. Lafond, Lexis Nexis 2013; P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 66, p. 33; D.-C. LAMONTAGNE, préc. note 14, page 49; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les " Répétitions écrites sur le Code civil de Frédéric Mourlon"*, tome 2, Montréal, C. Théoret, 1896, p. 395; S. NORMAND, préc., note 14, p. 49.
52. La propriété étant un rapport d'appropriation entre un sujet et un objet, nous défendons dans cet article l'idée selon laquelle l'objet du droit de propriété peut être corporel ou incorporel.
53. Pierre MARTINEAU, préc. note 41, à la p 2.
54. Y. Emerich, préc. note 7, spéc. n° 98, p. 59.
55. Nous utilisons le qualificatif « choses » pour mieux les distinguer des « droits ». Ces choses immatérielles sont en effet le pendant des choses corporelles dans le monde de l'intangible. En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°53, p. 99.
56. Cf. *supra* note 7.

diversité de l'immatériel et des créations humaines. Il existe, croyons-nous, des objets du droit de propriété, choses sans corps, qui ne peuvent se résumer à des droits patrimoniaux⁵⁷. Ainsi, si « [...] [l]es biens désignent des choses corporelles, mais aussi des droits patrimoniaux [...], [a]ujourd'hui la notion s'est élargie à *d'autres choses incorporelles* »⁵⁸. La catégorie des biens incorporels ne se trouverait donc pas cantonnée aux seuls droits patrimoniaux⁵⁹, mais intégrerait également des choses immatérielles. Dès lors, si le droit patrimonial peut, en tant que bien incorporel, être l'objet d'un droit de propriété au même titre que la chose corporelle, les biens incorporels étant une catégorie résiduelle, des entités abstraites, fruit de la création humaine et industrielle, qui ne sont pas des droits patrimoniaux, mais des choses sans corps (fonds de commerce, valeurs mobilières, clientèle, quotas, savoir-faire)⁶⁰, devraient également pouvoir être intégrées à cette catégorie⁶¹. Ce débat n'est d'ailleurs pas récent puisque dès les années 1970, certains auteurs soutenaient que l'idée d'appropriation avait dépassé son objet primitif (les choses concrètes constituant le monde physique), pour s'étendre à un grand nombre de valeurs abstraites⁶². Les choses ne seraient donc

57. En ce sens également parmi la doctrine française, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4, n°53, p. 99.

58. S. NORMAND, préc., note 2, à la p. 177 (nos italiques). Voir également A. COSSETTE, préc. note 21.

59. Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. Droit fondamental - Droit civil, Paris, P.U.F., 1989, n° 84, p. 100. *Contra* P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 76, p. 36.

60. A. BEN ADIBA, *La clientèle, cet obscur objet d'appropriation; regards croisés France / Québec*, (2012) 114 *R. du N.*, 379; P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 66 et 67, p. 33 et 34; S. NORMAND, préc., note 2. En ce sens également T. REVET, « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », (2005) *RTD civ.* 164.

61. S. NORMAND, préc., note 2, à la p. 177; A. BEN ADIBA, préc. note 21. Également, Catherine KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 8.

62. E. Caparros et P. Lequerre, « Droit des biens », t. 1, dans *Meubles, immeubles, droit de propriété, démembrements du droit de propriété*, Québec, Université Laval 1973, p. 1 à 15, cité par Y. EMERICH, préc., note 7, n°102, p. 62.

pas nécessairement corporelles⁶³ ; elles pourraient être immatérielles. Le professeur Normand précise à ce sujet que « [l]a notion de chose devient une méta-catégorie susceptible d'englober les mondes réels et virtuels »⁶⁴. Cette conception extensive permet d'envisager la possibilité d'étendre le droit de propriété aux biens incorporels ces derniers étant, selon la position défendue dans cet article, autant des droits patrimoniaux que des choses immatérielles⁶⁵.

Biens incorporels et propriété. Comment ces objets immatériels (droits patrimoniaux et choses immatérielles) deviennent-ils des biens? C'est le rapport d'appropriation qui permettrait de distinguer les choses (dans un sens large) des biens⁶⁶, les biens étant les choses qui ont la qualité d'appartenir à quelqu'un⁶⁷. Les articles 913 et 914 du *Code civil du Québec*

63. Cf. note 21; Également F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°53, p. 99.

64. S. NORMAND, préc., note 18, p. 50.

65. Selon le professeur Normand, « [m]algré ce refus de définir la notion [de bien], il est évident que l'acception s'entend autant des objets matériels que des objets immatériels » : S. NORMAND, préc., note 2, 179; Également, Sylvio Normand, *La notion de modalité de la propriété*, p. 265 et 269, préc., note 22. Pour une analyse plus prudente de cet élargissement de la sphère des biens appropriables et les difficultés conceptuelles que soulève la thèse de la propriété des droits patrimoniaux : cf. Y. EMERICH, préc., note 7.

66. Le professeur Carbonnier était d'avis que « [c]'est qu'il faut une possibilité d'appropriation pour faire un bien d'une chose » : J. CARBONNIER, préc., note 19, n° 45 p. 79 et 83. En ce sens également P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 5, p. 2.

67. Lucie LAFLAMME, *La distinction des biens*, coll. « JurisClasseur », Markham, Lexis Nexis, 2012, n° 22 : « Les autres biens, ceux qui sont perceptibles par le raisonnement, sont des biens incorporels. Contrairement aux objets corporels qui existent par simple perception du monde physique, les choses incorporelles relèvent d'une démarche intellectuelle. À leur égard, d'ailleurs, la démarche est double : l'objet doit être isolé et, ensuite, *son appropriation, qui en fait un bien, doit être possible* » (nos italiques). D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 18, n° 9 et 10, p. 9; S. NORMAND, préc., note 18, p. 51. Plus nuancé, Pierre-Claude Lafond évoque également le critère de la valeur économique : P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 64, p. 33. La circularité de ce raisonnement peut être critiquée car l'appropriation serait à la fois le critère de la qualification de

semblent corroborer cette définition du bien comme une chose appropriée ou appropriable, puisque ce qui n'est pas soumis au rapport d'appropriation est qualifié de « chose » par le législateur⁶⁸. Les choses seraient donc des objets non encore appropriés (*res nullius* et *res derelictae*), non appropriables (*res communes*), voire sans valeur économique⁶⁹. Les biens, au contraire, sont les choses appropriées⁷⁰, voire qu'il est utile de s'approprier⁷¹. Dès lors, les *res derelictae* et les *res nullius*, bien que n'ayant pas encore de propriétaires, peuvent être considérées comme des biens potentiels puisque l'utilité de ces choses justifie leur possible appropriation⁷² à l'inverse des *res communes* qui, sauf l'exception

bien (est bien ce qu'il est utile de s'approprier) et son résultat (un bien est une chose appropriée).

68. C.c.Q., art. 913 : « Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation » ; C.c.Q., art. 914 : « Certaines autres choses qui, parce que sans maître, ne sont pas l'objet d'un droit peuvent néanmoins être appropriées par occupation, si celui qui les prend le fait avec l'intention de s'en rendre propriétaire » (nos italiques).
69. Ainsi le professeur Lafond mentionne que « [l]es choses sans valeur économique ou inappropriables ne sont pas des biens » : P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 62 et 64, p. 32 et 33 ; La question de savoir si les choses inappropriables le sont parce qu'elles n'ont pas de valeur économique comme le pense Catherine Krief-Semitko ou s'il existe des choses qui, bien qu'ayant une utilité et une valeur économique, telle l'eau ou les parties du corps humain, sont inappropriables par nature, ne sera pas développée dans cet article : C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61, n° 72, p. 53.
70. M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN précisent que « le mot bien désigne [...] une chose corporelle appropriée [...] », préc., note 12, à la page 143 [nos italiques]. C'est ainsi que se lisent les articles 913 et 914 C.c.Q. *a contrario*.
71. « Rem. 2° Pour qu'une chose immatérielle puisse être qualifiée de bien, cette chose doit, en outre, être utile ou avoir une valeur économique » (nos italiques), *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Centre Paul André Crépeau de droit privé et comparé, Y. Blais 2013, « chose immatérielle ». M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN précisent que « le mot bien désigne une chose matérielle procurant une utilité [...] », préc., note 12, à la page 143 (nos italiques). « Les biens sont des choses dont l'utilité justifie l'appropriation », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n° 2, p. 18.
72. En ce sens C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61, p. 51, n° 69 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2004, p. 386 ; J. CARBONNIER, , préc. note 19.

de l'alinéa 2 de l'article 913 C.c.Q., sont des choses non appropriables.

Il nous semble donc que c'est l'appropriation qui imprime sa qualité aux biens. Mais quel est le critère qui permet de délimiter les biens appropriables des choses non appropriables? Le législateur québécois semble avoir consacré le critère de l'utilité puisque dans ses commentaires, le ministre de la Justice précisait que « la notion de bien [était], dans le code, utilisée généralement dans son sens juridique de chose susceptible d'appropriation ou appropriée ou, à l'occasion dans son sens économique de chose matérielle procurant une utilité »⁷³. Deux acceptions de l'utilité se dégageraient donc du Code civil. La première est directement liée à l'appropriation de la chose : un bien est une chose qu'il est utile juridiquement de s'approprier. La seconde est plus étroitement liée à la matérialité de la chose et repose sur une conception matérialiste du bien qui met en avant une notion économique de l'utilité. Le recours à ces critères d'utilités juridique et économique a créé un appel d'air ayant pour effet de soumettre une masse toujours plus importante de biens corporels, marchands ou non⁷⁴, au domaine de l'appropriation privative, même si certaines choses

73. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 3, vol. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 581. Nous pensons pour notre part que l'utilité économique n'est pas nécessairement liée à la corporalité de la chose. Le critère de la valeur économique permet d'élargir le champ de rattachement du critère de l'utilité économique à des entités abstraites tels la clientèle, le nom commercial ou le savoir-faire : voir *infra*.

74. Parmi ces nouveaux biens corporels, nous pouvons citer les parties du corps humain : En ce sens P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 62 et 64, p. 32 et 33. La question des choses hors commerce, bien que passionnante, ne sera pas l'objet de nos discussions. Pour précisions cependant, nous entendons cette notion de manière large comme visant tant les choses susceptibles d'appropriation que les choses appropriées mais dont la loi interdit la circulation juridique marchande. En ce sens, Pascale Lecocq, Vincent Sagaert et Bernard Vanbrabant, préc., note 25, p. 177.

corporelles, bien qu'utiles, telle l'eau, restent encore aujourd'hui étrangères au domaine de l'appropriation⁷⁵.

Ce raisonnement peut également être étendu aux biens incorporels⁷⁶. Le droit se saisissant de concepts et non de réalités⁷⁷, une chose (dans un sens large) devient un bien parce que le droit lui imprime certaines qualités jugées essentielles à cette catégorie⁷⁸. Or, rien ne s'oppose à ce que le droit conceptualise ce qui échappe aux sens. La conception moderne qui envisage les droits patrimoniaux comme des biens participe à cette vision⁷⁹. Le droit patrimonial peut conceptuellement être envisagé comme un bien, objet d'un droit de propriété, parce qu'il présente les caractéristiques de rattachement à cette catégorie juridique. Dès lors qu'il est possible de concevoir qu'un droit patrimonial puisse être un bien appropriable, il semble possible d'envisager que certaines choses immatérielles, abstraites et intangibles, que seul l'esprit peut appréhender, puissent également être considérées comme des biens, objets d'un droit de

75. En effet, certaines choses, malgré leur utilité, ne sont pas des biens. Ainsi, l'eau est une *res communes* (C.c.Q., art. 913 al. 1) non soumise à l'appropriation. Mais l'exception posée à l'alinéa 2 de l'article 913 remet en cause cette qualité de chose non appropriable puisque l'eau mise en récipient devient un bien appropriable. Une remise en cause plus radicale de cette qualité de chose non appropriable semble menacer cette ressource naturelle puisque sa rareté semble désormais en jeu. Dès lors, cette ressource devenant rare, il pourrait être utile de la soumettre au rapport d'appropriation. Elle pourrait ainsi devenir un bien selon le critère de l'utilité juridique. En ce sens, Ejan Mackaay précisait qu'il y a un « lien entre l'apparition de la rareté d'une chose – éventuellement incorporelle – et les démarches visant à la reconnaissance d'un droit privé sur cette chose. » : E. MACKAAY, « La propriété est-elle en voie d'extinction? » dans *Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal/Paris, Thémis/Litec, 1991, p. 217, à la page 220.

76. A. BEN ADIBA, préc. notes 21 et 60; Y. EMERICH, préc., note 7.

77. Cf. *supra* note 40.

78. Christophe GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique », dans *Les biens et les choses, Archives de philosophie du droit*, t. 24, Paris, Sirey, 1979, p. 259, à la page 270 : « un bien juridique est ce que le droit considère comme tel ».

79. Voir *supra*, note 7.

propriété⁸⁰. D'ores et déjà, certaines richesses économiques des entreprises, tels le nom, la clientèle, les permis⁸¹, le brevet⁸², ou encore le savoir-faire commercial⁸³ font l'objet d'un tel droit de propriété. Si ces richesses économiques le sont, c'est en raison de leur rattachement à la catégorie des biens. Le droit de propriété aurait ainsi vocation à étendre sa main sur de nombreuses richesses qui participent à la construction des rapports sociaux économiques, que ces biens soient des choses corporelles⁸⁴, des droits patrimoniaux ou des choses immatérielles⁸⁵.

Or, comme le constate Pierre-Claude Lafond, en ce qui concerne les biens incorporels, c'est essentiellement leur valeur économique qui constitue leur critère de rattachement à la catégorie des biens⁸⁶. « La doctrine actuelle admet de plus en plus volontiers que, sous l'effet de l'évolution de l'économie, l'impérialisme de la chose matérielle n'est plus défendable, que la chose a dépassé les limites de la corporéité et qu'elle tend à devenir synonyme de valeur »⁸⁷. Cette vision extensive de la notion de bien semble donc la conséquence d'un changement de paradigme, qui s'est peu à peu imposé et qui place la valeur économique au cœur du processus de rattachement à la catégorie des biens, permettant aux biens immatériels de sortir de l'ombre⁸⁸.

-
80. S. NORMAND, préc., note 2, p. 179. L'auteur évoque à côté des choses corporelles les « *objets immatériels* »; Le terme *objet* est plus large que celui de simple droit et permet de faire entrer dans la catégorie des biens incorporels les droits patrimoniaux, mais aussi les choses immatérielles : A-M. PATAULT, préc., note 59; W. DROSS, préc., note 35, n° 1, p. 1.
81. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 66, p. 33.
82. P.-G. JOBIN, *La vente*, préc., note 49.
83. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 67, p. 34.
84. Les articles 900, 901, 902, 903 ou 905 du *Code civil du Québec* s'intéressent principalement aux choses corporelles.
85. Tels la clientèle, le nom, un permis, le savoir-faire : En ce sens, P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 66 et 67, p. 33 et 34 ou encore A. BEN ADIBA, préc. notes 21 et 60.
86. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 69, p. 34. En ce sens aussi Y. EMERICH, préc. note 7, para 97, p. 59 ou A. BEN ADIBA, préc. notes 21.
87. Y. EMERICH, préc. note 7, para 97, p. 58 et 59.
88. Aussi dérangentant que ce constat puisse être, il semble nécessaire à une prise de conscience des enjeux juridiques et des défis politiques et

B. La reconnaissance du paradigme ⁸⁹ de la valeur économique

Le triomphe de la valeur économique. L'apparition des biens immatériels dans le circuit économique dévoile un nouveau critère de rattachement à la catégorie des biens. Selon Yaëll Emerich, « [e]n définitive, les biens se signaleraient désormais à l'attention du juriste par trois caractéristiques : il s'agit de *valeurs* ("qui traduisent juridiquement le désir que l'on peut en avoir"), *appropriables* (l'appropriabilité étant la "seule relation entre un bien et une personne qui permette à cette dernière d'en faire ce qu'elle veut") et *cessibles* (ce qui signifie qu'elles font partie du commerce juridique) »⁹⁰.

Certains objets aspirant à entrer dans la sphère juridique des biens, notamment au regard de leur cessibilité, échouent aux critères doctrinaux classiques du droit des biens en raison de l'absence de corporéité (conception naturaliste⁹¹). C'est ainsi que le critère de la valeur⁹² a progressivement émergé⁹³. Dès 1972, la Cour d'appel du Québec a d'ailleurs reconnu que la valeur pouvait

sociaux soulevés par ces nouvelles richesses économiques, enjeux et défis sur lesquels le droit civil ne doit pas rester silencieux. Refuser cette prise de conscience dans un esprit de défense du dogme de la matière, alors que ce dernier s'effrite, n'est-ce pas prendre le risque d'abdiquer en faveur des économistes les choix d'un système?

89. Nous utilisons le mot paradigme dans son acception traditionnelle de modèle sans référence à la théorie de Kuhn développée dans son ouvrage *La structure des révolutions scientifiques*.

90. Y. EMERICH, préc. note 7, n° 97, p. 59 (nos italiques).

91. W. DROSS, préc., note 35, n° 315, p. 571.

92. Selon le professeur Henry, « [...] dans l'évolution économique moderne, le droit se détache de plus en plus des choses individualisées pour se transporter sur des valeurs. » : André HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Paris, Faculté de droit, Université de Nancy, 1913, p. 303ss, tel que cité par Catherine Krief-Semitko (voir C. KRIEF-SEMITKO, préc. 61, n° 116, p. 77). Et le professeur Dross surenchérit : « Le terme bien entretient des liens étroits, sinon consubstantiels, avec l'idée de valeur. » : W. DROSS, préc., note 35, n° 9, p. 13.

93. Pierre-Claude Lafond précise que la valeur économique constitue le facteur déterminant dans la reconnaissance en tant que biens, P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 69, p. 34.

être le support de l'objet d'un droit de propriété⁹⁴. En effet, « [l]e critère de l'appropriation est insuffisant et il faut le compléter par l'idée de valeur, *la chose devant avoir une certaine valeur pour intéresser le droit* »⁹⁵. Aurore Ben Adiba dévoile sans ambages ce changement de paradigme : « [l]e mot bien [pouvant] se définir comme une chose ayant une valeur économique et susceptible d'être appropriée »⁹⁶. La valeur économique se substituerait ainsi au critère de l'utilité juridique dans la mise en œuvre du mécanisme de l'appropriation des objets du droit⁹⁷. Parce que la chose a une valeur économique, elle devient échangeable et cessible. Il devient dès lors utile qu'elle soit soumise au lien d'appropriation et devienne un bien, bénéficiant du régime protecteur de la propriété.

*La notion de valeur*⁹⁸. Le critère de la valeur tend donc à supplanter le critère de l'utilité. Pourtant, la notion de valeur a peu intéressé la doctrine québécoise, qui n'aborde que rarement cette question, posant seulement comme constat que le bien a (ou est) une valeur patrimoniale⁹⁹. Or, la notion de valeur est complexe¹⁰⁰. Si d'un point de vue éthique, la valeur est

94. *Montréal (Ville) c. Cedar Towers Corporation*, 1972 QCCA 270, n° 271; le commentaire de François FRENETTE, « Chronique de droit des biens », (1973) 4 R.G.D. 91 cité par S. NORMAND, préc., note 2, p. 183.

95. Y. EMERICH, préc. note 7, n° 153, p. 91 (nos italiques).

96. A. Ben Adiba, préc., note 21, n° 249, p. 222.

97. Pierre-Gabriel Jobin évoque l'idée de « *réalités économiques modernes* » pour désigner ces nouveaux biens soumis à la vente et donne l'exemple du brevet, P.-G. JOBIN, *La vente*, préc., note 49. Or cette réalité économique devient une réalité juridique lorsqu'elle est considérée comme un bien.

98. Le professeur Dabin écrivait que « [t]out rapport de droit se noue nécessairement autour d'un objet ayant pour le titulaire une certaine valeur, économique ou morale » : Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2008, p. 199.

99. Y. EMERICH, préc., note 7; A. BEN ADIBA, préc., note 21; P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 5, p. 1 et 2.

100. Quelques auteurs de la doctrine française se sont intéressés de manière approfondie à cette notion. C'est pourquoi nous nous référerons à leurs travaux. Cf. P. BERLIOZ, préc. note 32; C. KRIEF-SEMITKO, préc. préc., note 61; Christophe GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*,

essentiellement morale¹⁰¹, d'un point de vue juridique, elle est aujourd'hui surtout économique¹⁰². Cette conception économique de la valeur prend en considération à la fois l'utilité et la rareté du bien¹⁰³. Cette mutation est parfaitement expliquée par les auteurs

Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », vol. 25, Paris, LGDJ, 1982.

101. Nous ne traiterons dans cet article que de la valeur économique puisque l'objet de notre étude part d'un état des lieux du droit québécois et ne vise pas à proposer une lecture critique du recourt à la notion de valeur économique, d'autant que cette notion de valeur est éminemment complexe. Demolombe faisait déjà remarquer à propos de l'utilité que cette dernière vise « [...] une utilité quelconque, non pas seulement une utilité matérielle, appréciable en argent et vénale, mais même aussi une utilité morale, susceptible d'augmenter, sous quelque rapport que ce soit, son bien-être », Charles DEMOLOMBE, *Cours de code napoléon*, t. 9, 3^e éd. Auguste Durand, Hachette et cie, 1866, p. 6 et 7. Pour une étude approfondie de la théorie juridique de la valeur en droit, voir C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61. Pour une étude critique et novatrice en théorie du droit de la notion de chose, voir Sarah VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, IRJS éditions, 2012.
102. En ce sens, certains auteurs évoquent clairement la valeur économique de la *res*. Notamment Jean-Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD et Thierry REVET, « De la propriété comme modèle », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, n° 13, p. 285. Le professeur Piedelièvre explique que : « la caractéristique essentielle du bien est sa valeur patrimoniale [...] », S. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, Aspects en droit privé en fin du XXème siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, Montchrestien, éditions techniques, 1986, p. 55, à la p. 56. Également, C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61. D'ailleurs, un droit extra-patrimonial peut, lorsque l'on y porte atteinte, et que cette atteinte est quantifiée monétairement, prendre une valeur économique. Cette valeur économique lui permet d'entrer dans la sphère des droits patrimoniaux appropriables (droit de créance) et de devenir un bien.
103. *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, « Biens » par Rémy LIBCHABER, au n°5, p. 3; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc. note 102, n° 13, p. 285; Julien LAURENT conclut sur une « **définition valoriste du bien** : En conclusion, un bien peut être défini comme toute chose qui représente une valeur c'est-à-dire une conjugaison de l'utilité et de la rareté d'une chose étant entendu que la rareté conditionne essentiellement le critère de l'utilité », Julien LAURENT *La propriété des droits*, t. 537, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 2012, n°253, p. 203 et suiv. et n° 264, p. 207. Pour Samuel Becquet, seule l'utilité fonde la valeur de la chose : « entendue comme

Mousseron, Raynard et Revet qui relèvent que : « *Utile et rare*, une valeur, au sens économique du terme, devient un bien, au sens juridique du mot, lorsque la Société répond, par le Droit, aux soucis complémentaires de *réserve* et de *commercialisation* de son maître du moment »¹⁰⁴. Cette analyse a le mérite de mettre en exergue tant le critère de rattachement au bien de la valeur (utilité et rareté) que les effets d'une telle qualification (réserve et commercialisation)¹⁰⁵.

Valeur d'usage et valeur d'échange. La valeur juridique révèle deux facettes : elle est à la fois valeur d'usage et valeur d'échange¹⁰⁶. La valeur d'usage (jouissance)¹⁰⁷ est liée à la réserve de la chose (exclusivité) : l'objet est appropriable parce que ses utilités doivent être réservées à son propriétaire. En ce sens, elle reflète une conception subjective qui prend en compte la relation entre les utilités du bien et les besoins immédiats de son propriétaire. La valeur d'échange (disposition)¹⁰⁸ repose quant à elle sur la circulation des biens (cessibilité), y compris de ses utilités, les droits réels sur la chose d'autrui étant eux-mêmes des biens, et sur leur capacité de sortir définitivement du patrimoine

possibilité d'usage ou d'utilisation, ce par quoi elle procure de la satisfaction, l'utilité fonde (...) la valeur intrinsèque de la chose, et définit la chose elle-même », Samuel BECQUET, *Le bien industriel*, t. 448, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 59.

104. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc., note 102, p. 285 (nos italiennes).
105. Cependant, et nous y reviendrons, elle met aussi l'emphase sur un mécanisme de transformation des valeurs en biens qui occulte les spécificités de l'objet du droit de propriété, faisant de tout bien, non plus un droit, mais une valeur. En ce sens C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61; P. BERLIOZ, préc., note 32.
106. La distinction entre valeur d'usage et valeur d'échange aurait été mise en lumière par Aristote, notamment dans *l'Éthique à Eugène* (III, 4, 1231b, 39 et s.) et le Livre 1 de *La politique* (I, 9, 1257a, 5 et s.). Cette dualité a été aussi montrée par Karl Marx à propos de la marchandise : Karl MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique, Livre 1*, 4^e éd., coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2014. En ce sens notamment W. DROSS, préc., note 35 n° 9-1, p. 13; J. LAURENT, préc., note 103, n°261, p. 204 et suiv.
107. En ce sens W. DROSS, préc., note 35, p. 13 et suiv.
108. *Id.*, p. 34 et suiv.

de leurs propriétaires (transmissibilité). Par conséquent, elle s'appuie sur une conception plus objective. La valeur d'usage devrait, selon nous, précéder la valeur d'échange puisque c'est celle-ci qui crée le besoin d'échange et de sécurité juridique mis en œuvre par la propriété¹⁰⁹. Cependant, la valeur d'échange semble mieux s'adapter à l'immatérialité des biens dans la mesure où l'exclusivité liée à la valeur d'usage s'accommode mal aux usages communs autorisés sur certains biens immatériels¹¹⁰ et où les biens immatériels sont souvent vus par le prisme de leur transmissibilité. C'est pourquoi la valeur d'échange tend peu à peu à absorber la valeur d'usage¹¹¹. Ainsi, un double phénomène peut être observé : le paradigme de la valeur a remplacé peu à peu le critère plus restreint d'utilité¹¹², la valeur d'échange phagocytant la valeur d'usage, et la valeur devient essentiellement une valeur économique échangeable.

-
109. Selon Frédéric Zenati, c'est la valeur d'usage qui crée le besoin d'échange. F. ZENATI-CASTAING, préc., note 1, p. 90.
110. Or la faculté de circulation, bien plus que celle de réservation, s'applique aux biens immatériels. Daniel Gutmann expliquait à propos de l'information que les choses immatérielles étant dotées du don d'ubiquité, cette situation « oblige [...] le civiliste à repenser les droits subjectifs sur l'information en prenant pour acquis que plusieurs personnes peuvent être titulaires de droits concurrents et légitimes sur le même objet [...], le propre de l'information est de se dérober au caractère exclusif de l'appropriation ». Daniel GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique », dans *Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit*, t. 43, Paris, Sirey, 1999, p. 65, à la page 73. En ce sens voir aussi S. VANUXEM, préc., note 101, p. 98 et 99, n°68.
111. Une auteure constate que « [...], il est indéniable que seules les choses dotées d'une valeur économique, c'est-à-dire dotée d'une propension à l'échange, intéressent le droit et peuvent être objets d'un droit de propriété. », Virginie MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Aix-Marseille, PUAM, 2015, p. 132, n° 277. Aristote critiquait cette approche qui mettait l'accent sur la valeur d'échange, lui donnant ainsi le premier rôle. Gilbert ROMÉYER-DHERBEY, « Chose, cause et œuvre chez Aristote », dans *Les biens et les choses*, t. 24, Paris, *Archives de philosophie du droit*, 1979, p. 127, à la p. 136.
112. E. MACKAAY, préc., note 75, p. 217 et suiv.; W. Dross, préc., note 35, n° 9-1, p. 13; *contra* M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 144.

La valeur économique. Permettant aux choses de devenir des biens en raison de leur valeur patrimoniale¹¹³ et d'entrer dans le commerce juridique, la vision économique de la valeur s'imposerait ainsi peu à peu en droit québécois comme le nouveau critère de rattachement des biens au droit de propriété. Puisque la valeur ne s'embarrasse pas de la corporéité des choses¹¹⁴, l'entrée de l'immatériel dans le monde de l'appropriable est ainsi consacrée. Le professeur Lafond constate que :

[d]ans l'évolution de la société contemporaine, les biens incorporels connaissent un développement spectaculaire et occupent une place grandissante dans l'économie mondiale. Comme pour les biens corporels, une *valeur économique* leur est *rattachée*, à tel point que cette dernière constitue le *facteur déterminant dans leur reconnaissance en tant que biens*.¹¹⁵

Le dogme de la matière est tombé. Le nouveau paradigme de la valeur, empruntant parfois à l'économie le nom de « richesses »¹¹⁶, phagocyte ainsi, pour mieux la dépasser, la matière, permettant aux choses, peu importe leur nature matérielle ou immatérielle¹¹⁷, d'être appréhendées par le droit

113. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 59, 62 et 64, p. 32-34.

114. Y. EMERICH, préc., note 7, n°197, p. 59 constate que la nature corporelle ou incorporelle du bien est devenue secondaire, la valeur étant désormais le critère déterminant.

115. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 69, p. 34 (nos italiques).

116. Philippe Simler introduit son manuel de droit des biens par cette phrase : « Le concept juridique de biens n'est pas autre chose que ce que la science économique appelle richesses », Philippe SIMLER, *Les biens*, 3^e éd., Grenoble, PUG, 2006, n° 1. Cette formule lapidaire dévoile sans ambages l'impact, voire l'emprise, de l'économie sur le droit civil. M. PLANIOL et G. RIPERT, « Traité pratique de droit civil », dans Maurice PICARD (dir.), *Les Biens*, 2^e éd., t. 3, Paris, LGDJ, 1952, n° 51.

117. S. NORMAND, préc., note 2, p. 182-183 : « *La démarche conduisait à fonder la valeur économique comme critère de reconnaissance d'un bien objet de propriété* ». F. ZENATI-CASTAING relève que : « *C'est dans la chose même que gît la valeur et [...] la chose en perd sa substance physique* » : F. ZENATI-CASTAING, préc. note 1, à la page 95.

comme des biens soumis au droit de propriété¹¹⁸. La valeur économique semble dès lors s'imposer comme nouveau critère du rapport d'appropriation¹¹⁹, permettant une extension du régime de protection de la propriété aux nouveaux objets immatériels¹²⁰. Cette extension peut interpeler et inquiéter : est-ce leur valeur économique qui, à elle seule, les rend dignes de protection? À la valeur économique ne doit-il pas s'ajouter un besoin de protection, besoin qui sera satisfait par l'application des règles du droit de propriété?¹²¹ En d'autres termes, il nous semble que malgré ce constat, toute richesse économique (valeur d'échange) n'est pas nécessairement, voire intrinsèquement, digne de protection. C'est pourquoi il convient de se montrer prudent et de ne pas oublier que la valeur d'échange seule n'est pas suffisante à faire d'une chose un bien appropriable¹²². Comme le constate fort justement un auteur :

-
118. « *Rem 1°* Les choses immatérielles ne sont pas toutes susceptibles d'appropriation. Par exemple, les découvertes scientifiques ne donnent prises à aucun droit patrimonial et font ainsi partie du domaine public. *Rem. 2° Pour qu'une chose immatérielle puisse être qualifiée de bien, cette chose doit, en outre, être utile ou avoir une valeur économique* » (nos italiques), Centre Paul André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Éditions Yvon Blais 2013, « chose immatérielle ».
119. La question est philosophiquement controversée. Certains auteurs adoptent une conception objective de la valeur qui fait de la valeur la chose, objet du droit de propriété. En ce sens par exemple Catherine KRIEF-SEMITKO, préc. note 61; P. BERLIOZ, préc. note 32.
120. Selon M. Vivant, « la qualité d'objet de droit peut être attribuée à un bien immatériel pourvu que ce bien soit considéré comme tel économiquement et qu'il soit digne de protection juridique », Michel VIVANT, « A propos des "biens informationnels" », (1984) *J.C.P.* 3132.
121. F. ZENATI-CASTAING, préc., note 109.
122. Daniel Gutmann relève la circularité de la définition juridique du bien qui « veut que le bien au sens juridique du terme équivale à la chose susceptible d'appropriation » et constate que c'est ici que se situe « le vice fondamental de l'enchaînement : pour donner prise au droit, les réalités immatérielles sont autoritairement encadrées par l'a priori du bien et de la propriété. », D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », dans *Le droit et l'immatériel*, t. 43, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, Sirey, 1999, p. 65, à la p. 77.

Devenant aliénable, la chose acquiert une valeur qui la mesure par rapport à l'objet contre lequel elle est échangée et qui n'est autre que celle de son utilité (avant que le marché ne la transforme en valeur marchande). C'est sa valeur d'usage qui crée le besoin de l'échange, lequel à son tour crée celui de la propriété, condition de sa sécurité juridique : par ce cheminement, du stade de la valeur, la chose passe à celui de bien¹²³.

Tout bien n'est pas un droit. La question ontologique, voire philosophique, de la notion de bien, notamment dans son acception de chose appropriée ou appropriable, dépasse largement le cadre de cette analyse¹²⁴. Aujourd'hui, certains auteurs reconnaissent que la catégorie des biens concerne autant les choses corporelles que les droits patrimoniaux¹²⁵. La thèse de la propriété des créances¹²⁶ est une illustration de cette doctrine de la propriété des biens incorporels. Or, si le droit de créance est un bien, c'est parce que ce droit patrimonial a une valeur économique¹²⁷. Son entrée dans le commerce juridique en tant que bien est la conséquence de sa valeur économique, car « [q]ue cette chose soit une "créance", une "*res incorporalis*" ou un "bien concret", une "*res corporalis*" meuble ou immeuble, elle ne représente pas moins une valeur pouvant être l'objet d'un droit d'appartenance complet pour lequel le respect absolu doit être exigé. »¹²⁸

Une partie de la doctrine transcende la dichotomie *res corporales/res incorporales* en définissant tout bien comme un

123. F. ZENATI, préc. note 1, p. 90.

124. Pour une analyse ontologique, cf. C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61; Pour une analyse philosophique : S. VANUXEM, préc. note 101

125. A. BEN ADIBA, préc. note 21; Y. EMERICH, préc. note 7; P. C. LAFOND, préc., note 18, n° 76, p. 36; D.C. LAMONTAGNE, préc., note 18, n°205, p. 135; S. NORMAND, préc., note 18, p. 96; Maurice TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilité*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 646.

126. Y. EMERICH, préc., note 7.

127. Pour certains auteurs, le bien est la valeur économique ou patrimoniale. En ce sens, Y. EMERICH, préc., note 7, n°155, p. 93.

128. François FRENETTE, « Chronique de droit des biens », (1973) 4 R.G.D. 91, p. 94.

droit patrimonial¹²⁹, peu importe l'objet matériel ou immatériel sur lequel porte ce droit. En consacrant la notion de « bien-droit »¹³⁰, la doctrine marque une rupture totale des biens et de la matière. Ce faisant, il nous semble que cette doctrine confond à son tour l'objet du droit de propriété et le droit de propriété. En effet, si tout bien est réductible à un droit patrimonial, l'objet du droit de propriété est nécessairement le droit patrimonial que l'on a sur la chose et non la chose elle-même. Dès lors, le droit patrimonial qui porte sur une chose corporelle, ce « bien-droit », objet du droit de propriété, n'est pas autre chose que le droit de propriété lui-même. Ce qui revient à admettre que le droit de propriété sur une chose corporelle est un bien. Or, nous croyons que le droit de propriété, à l'inverse des autres droits réels, n'est pas un bien¹³¹. C'est justement ce qui distingue le droit de propriété des autres droits réels. Le droit de propriété ne peut en effet être à la fois le bien, objet du droit de propriété, et ce qui fait le bien, rapport d'appropriation de l'objet de propriété. Selon l'auteure Krief-Semitko, « [c]ette confusion n'est pas justifiée, car elle tend à soustraire les choses du domaine du Droit, le Droit ne connaissant que les droits que l'on a sur les choses et non pas les choses elles-mêmes. »¹³² Certes, l'objet du droit de propriété n'a

129. Cette définition est reprise par le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens* : voir Paul-André CRÉPEAU et al, préc., note 7. C'est en effet le premier sens donné au mot « bien ». Ainsi, même si le sens 2 du mot « bien » demeure limité aux choses corporelles, nous pensons avoir montré dans la première partie de cet article que le dogme de la chose matière était remis en cause et que nous ne le partagions pas.

130. Cette doctrine enseigne que tous les biens sont des droits patrimoniaux. « En définitive comme les choses ne sont juridiquement des biens que par les droits auxquels elles servent de support, les mots « biens » et « droits » peuvent être considérés comme synonyme », Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. IV, Paris, 1934, imprimeur R. Bussière, n° 8, cité par C. Krief-Semitko, préc. note 61, n°41, p. 34. Pour une analyse de la confusion des biens et des droits, Julien LAURENT, préc. note 103, n°253, p. 203 et suiv.

131. « *Un bien se définissant comme un objet de propriété, il est impossible de considérer le rapport de propriété comme un bien* », F. ZENATI, préc. note 34, n°586.

132. C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61, n° 44, p. 37.

nul besoin d'être incarné dans la matière¹³³, mais il n'a pas plus besoin, dans une vaine tentative d'uniformisation, d'être réduit à un droit, sauf à transformer tous les objets du droit (dans un sens large) en une virtualité¹³⁴. Certains auteurs français combattent cette critique en considérant que c'est la valeur, et non le droit que l'on a sur cette valeur, qui constitue le bien¹³⁵. Cependant, nous sommes d'avis que si la valeur peut être appréhendée comme le nouveau critère de rattachement à la catégorie des biens, c'est en tant que support de l'objet du droit de propriété et non en tant que *res*. Le bien a une valeur; il n'est pas une valeur.

Cette assimilation des biens aux droits (le droit serait la *res* sur laquelle le droit de propriété s'exerce) nous semble essentiellement problématique en ce qu'elle réduit le domaine des biens à la seule sphère incorporelle, renouant indirectement avec les excès de la conception matérialiste. Or, la subdivision des biens corporels et incorporels est une distinction importante du droit civil qui, à notre avis, ne devrait pas être évincée. Ainsi, le critère de la valeur permet de reconnaître qu'il existe à côté des « biens-droits », des choses corporelles et des choses immatérielles (sans corps), qui ne sont pour autant pas réductibles à un droit¹³⁶. La valeur devient le support de cet objet du droit de propriété et non le bien lui-même. Cette conception de la valeur permettrait d'embrasser une multitude d'objets, corporels ou incorporels, sans

133. *Contra* M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 130.

134. Marie-Anne Frisson-Roche distingue la virtualité comme méthode de la virtualité comme objet et assimile cette dernière virtualité à l'immatériel, Marie-Anne FRISSON-ROCHE, « L'immatériel à travers la virtualité », dans *Le droit et l'immatériel*, t. 43, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, Sirey, 1999, p. 140.

135. « La nature corporelle ou incorporelle de la *res* importe peu pourvu qu'il y ait *res*, c'est-à-dire valeur économique », J. -M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc. note 102, n° 13, p. 285, P. BERLIOZ, préc. note 32, p. 202, n°621; C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61.

136. Les auteurs Zénati-Castaing et Revet pensent que « [l']identité qui existe entre la catégorie des biens incorporels et celle des droits pose le problème de la dénomination des biens, qui sans être des droits, ne sont pas pour autant corporels [...] » : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n° 84, p. 133 et n° 45, p. 91.

pour autant se laisser séduire par l'assimilation des biens aux droits¹³⁷. Le bien, possédant une valeur économique (valeurs d'usage et d'échange) inhérente à sa nature, cette dernière participe de la *res*¹³⁸. La valeur peut ainsi être envisagée comme l'assise commune de tout objet du droit de propriété. Puisque tout objet du droit de propriété semble comporter une notion arithmétique purement conceptuelle¹³⁹ représentée par sa valeur économique, dès lors, la valeur étant incorporée au bien, toute chose (dans un sens large), dotée d'une valeur économique, a la faculté de devenir un bien, objet du droit de propriété¹⁴⁰. Cette valeur permet au droit de propriété de se cristalliser sur des biens tant corporels qu'incorporels (droits patrimoniaux comme choses immatérielles). Elle délimite ainsi son contenu en assurant une détermination des frontières de l'objet du droit de propriété.

Les limites du critère de la valeur. Ce critère de rattachement à la catégorie des biens¹⁴¹ doit inquiéter tant il

-
137. Si une table, un droit de servitude ou une information constituent des biens en ce qu'ils représentent une valeur économique, pour autant, ces objets révèlent des différences tenant à leur nature (corporéité, droit ou entités abstraites) qui sont importantes notamment dans la mise en œuvre du régime juridique de la propriété.
138. Certains auteurs assimilent la valeur au bien. En ce sens, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc. note 102, n° 13, p. 285; Ainsi la valeur est une *res* susceptible d'être soumise au droit de propriété. Pierre Berlioz estime que « [l]e véritable objet du droit est la valeur, et non plus la chose qui la porte », P. BERLIOZ, préc. note 32, p. 202, n°621. Pour Catherine Krief-Semitko, la valeur réifiant le bien, elle deviendrait elle-même *res*, C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61, n° 80, p. 59. Pour notre part, nous pensons que la valeur participe de la nature du bien mais n'est pas le bien. Le bien est la chose ou le droit et non la seule valeur.
139. F. ZENATI, préc., note 1, p. 90-91; C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61, p. 8.
140. *Contra* C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61 et P. BERLIOZ, préc., note 32 qui estiment que c'est la valeur qui est la chose ou l'objet du droit de propriété. En ce sens également, V. MERCIER, préc., note 111, n°276.
141. Pierre CATALA, « Exposé de synthèse », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens : 3^{es} journées René Savatier*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 87; C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61; Alain PIEDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel: essai d'approche de la notion de bien », dans *Aspects du droit privé en fin du XX siècle, Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, L.G.D.J., 1986, p. 55, à la page 62;

semble élargir à l'infini le domaine des choses susceptibles d'être soumises au rapport d'appropriation¹⁴². Cette conception économique permet en effet d'envisager une myriade d'objets du droit de propriété. Le paradigme de la valeur économique constitue une boîte de Pandore qu'il sera nécessaire d'appréhender avec prudence. Sa force attractive ne se limite pas, par ailleurs, aux seuls biens incorporels¹⁴³. Ce nouveau critère permettrait en effet d'ouvrir le commerce juridique à des biens corporels qui nécessitent une protection particulière en raison de leur caractère vital ou sacré, tels les parties du corps humain¹⁴⁴, les cadavres¹⁴⁵ ou encore l'eau. Poussant encore plus loin l'exercice, la valeur économique permettrait aussi d'attirer dans la catégorie des biens des marchandises virtuelles (*virtual goods*), tels des vêtements, armures, armes des avatars des mondes numériques dans les jeux en ligne multijoueurs ou encore des cadeaux virtuels

Thierry REVET, « Rapport français. Les nouveaux biens », dans *La propriété, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française – Journées vietnamiennes*, t. LIII, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 271; Frédéric ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », (1993) *RTD. civ.* 305; P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 67, 69, 70 et 72, p. 34-35; S. NORMAND, préc., note 2, p. 179-180. La valeur, comme élément de définition du bien a été reprise par la professeure A. BEN ADIBA, préc., note 21; cf. en ce sens Y. EMERICH, préc., note 7.

142. A. BEN ADIBA, préc., note 21, p. 206 et suiv.

143. « *En définitive, les biens se signaleraient désormais à l'attention du juriste par trois caractéristiques : il s'agit de valeurs [...] appropriables [...] et cessibles [...]* », Y. EMERICH, préc., note 7, n°97, p. 59

144. Le sperme ou les ovules sont ainsi proposés à la vente par des distributeurs canadiens, CAN-AM CRYOSERVICES, « Donor sperm & Egg free guide, en ligne <<https://www.canamcryo.com/fr/guide-tarifaire-gratuit-des-donneurs-de-sperme>> (consulté le 23 février 2016). Si le don de ces produits de la reproduction est gratuit, ces derniers font pourtant l'objet de contrat de vente à titre onéreux, la grille tarifaire consultable montrant d'ailleurs que ces produits sont considérés comme des marchandises dont le prix est établi en fonction des critères économiques de l'offre et de la demande. Si la valeur économique et la cessibilité deviennent les nouveaux critères de rattachement à la catégorie des biens, cet exemple est une bonne illustration des dangers du vide juridique autour de ces délicates questions.

145. Ainsi, des cadavres transformés issus de l'exposition *Our body* étaient proposés à la vente sur internet.

sur les plateformes de réseaux sociaux¹⁴⁶. Il ne suffit donc pas que ces objets aient une valeur économique pour qu'ils deviennent automatiquement saisissables, cessibles ou transmissibles. Cette conception extensive devra donc être tempérée par certains mécanismes, telles l'extra-patrimonialité ou l'extra-commercialité, qui limiteront ou interdiront certains usages ou circulation de ces biens dans le commerce juridique¹⁴⁷ afin notamment de protéger d'autres valeurs jugées supérieures : valeur sacrée (indisponibilité du corps humain)¹⁴⁸, vitale (eau), morale, éthique, sociale, etc. L'entrée de la valeur comme nouveau paradigme des biens nécessite de repenser le droit de propriété et ses limites. Ce constat permettra aussi de s'interroger sur l'impérialisme de la propriété, et le cas échéant, de le remettre en cause.

Cependant, il convient de reconnaître que cette propension du droit de propriété d'embrasser tout ce qui a une valeur économique¹⁴⁹, sans être limité par la corporéité des choses¹⁵⁰, permet de prendre en compte la dématérialisation grandissante de la richesse économique. Le bien, qui par l'entremise de la valeur, cristallise l'assiette de l'objet du droit de propriété, même totalement dématérialisée¹⁵¹, découvre un monde extrêmement

146. Stéphane GILKER et Charles LUPIEN, « Le droit de propriété dans les mondes virtuels en droit civil québécois », dans S.F.P.B.Q., vol. 311, *Développements récents en droit du divertissement 2009*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 115; Paul CHENEVERT, « La propriété dans les univers virtuels : un droit réel ou un droit personnel? », 2012, *Repères*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2012REP1266 (La référence).

147. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 62 et 64, p. 32 et 33.

148. Pour le professeur Lafond, « [l]es choses hors commerce demeurent des biens, même si leur appropriation en est toutefois restreinte ou interdite, parce qu'elles conservent une valeur économique. » L'auteur fait ici référence aux parties du corps humain, *Id.*, n° 64 p. 33.

149. Selon le professeur Catala, « [s]i le droit accorde une protection juridique à la valeur économique ainsi produite (par l'activité humaine), un bien nouveau vient au jour. » : Pierre CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », (1966) Paris, *RTDciv.* 185, p. 202.

150. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n° 2, p. 18.

151. John E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », (1995) 1 *R.I.D.C.* 33.

vaste et en perpétuelle extension : choses corporelles, droits réels sur la chose d'autrui ¹⁵², droits de créance ¹⁵³, droits de la personnalité ¹⁵⁴, créations et productions humaines ¹⁵⁵, intellectuelles et virtuelles ¹⁵⁶. Ce détachement de la sphère matérielle n'est pas sans susciter quelques tensions provoquant l'oscillation des biens immatériels entre disparition et réminiscence de la matière.

II. Oscillation des biens immatériels : disparition et réminiscence de la matière

Le paradigme de la valeur comme critère de rattachement des choses et des droits à la catégorie des biens permet d'achever le processus de désincarnation (ou de désincorporation) des objets du droit de propriété (A). Paradoxalement, le régime juridique du droit des biens, qui semble mieux adapté au monde des choses tangibles, pousse parfois les juges comme les auteurs à rechercher des traces d'une matérialité perdue (B).

A. La consécration d'une entité ¹⁵⁷ désincarnée comme bien incorporel

Multitude de biens immatériels. Une analyse non exhaustive du recours par la doctrine et la jurisprudence à l'utilisation des termes « biens immatériels » laisse apparaître une notion éclatée qui revêt plusieurs réalités tant économiques que juridiques. Les biens immatériels sont les valeurs mobilières ¹⁵⁸, les actifs financiers non matérialisés par un titre ¹⁵⁹, la clientèle

152. Le droit de propriété étant le rapport qui assure la transformation d'une chose ou d'un droit en bien, il ne peut donc lui-même être un bien. En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4. n°2, p. 18 et 19.

153. Y. EMERICH, préc., note 7.

154. En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4, n°7, p. 26.

155. T. REVET, préc., note 3.

156. Stéphane GILKER et Charles LUPIEN, préc., note 146; Paul CHENEVERT, préc., note 146.

157. S. NORMAND, préc., note 2, 182.

158. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

159. *Miller c. Miller*, 2003 NBCA 37.

professionnelle¹⁶⁰ ou commerciale¹⁶¹, les droits de créance¹⁶², le savoir-faire¹⁶³, les droits issus de la propriété intellectuelle¹⁶⁴ telles les créations intellectuelles¹⁶⁵. Cependant, cette notion est aussi utilisée pour désigner des revenus¹⁶⁶, notamment de services¹⁶⁷ à des fins fiscales ou encore les parts sociales des entreprises¹⁶⁸ ou le statut d'actionnaire¹⁶⁹.

Unité des biens incorporels. Dès lors, la question du rattachement de ces biens immatériels à la catégorie des biens incorporels se pose. Font-ils partie de la catégorie des biens incorporels consacrée par le Code civil (article 899 C.c.Q.) ou constituent-ils de nouvelles catégories de biens soumis à des législations spécifiques? Adopter un raisonnement par néologie,

-
160. *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34; A. BEN ADIBA, préc. note 22.
161. A. Ben Adiba, préc., note 21.
162. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, concernant des créances non représentées par des titres négociables. Alain OLIVIER, « Splendeurs et misères de la procédure allégée : faut-il procéder par déclaration ou par requête en matière de louage? », (1997) *R. du B.* 433, 433: « La créance, bien immatériel, ne représente pas nécessairement une somme d'argent » (nos italiques).
163. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, 2007 QCCA 1254.
164. *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4.
165. *Ridout & Maybee LLP c. Corsonnel Corp.*, 2007 CanLII 80944 (CA C.O.M.C.).
166. *Gaudet c. Agence de revenu du Québec*, 2013 QCCQ 11925; *Canada c. Robertson*, 2012 CAF 94; *Assinew c. La Reine*, 2012 CCI 24.
167. *Société en commandite 5257 Garnier c. Lapointe*, 2012 QCRDL 44585, n° 19 : « la notion de service réfère à la prestation offerte par une personne qui fournit des biens immatériels notamment les services offerts par un portier, un gardien de sécurité, un animateur ou un préposé aux automobiles dans le garage de l'immeuble » (nos italiques).
168. Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, « Les principaux contrats : la vente, le louage, la société et le mandat », dans *Droit spécialisé des contrats, Société en nom collectif*, 2000, EYB2000DSC38 (La Référence): « Or, dans les sociétés en nom collectif, la part sociale est un bien immatériel rarement représenté par un titre ou un certificat de part » (nos italiques).
169. Les tribunaux ont admis que le statut d'actionnaire est un bien meuble incorporel qui existe dès que la société décide de l'émettre, qu'un certificat confirmant son existence soit émis ou non; cf. *Côté c. Côté*, 2014 QCCA 388.

qui ferait de ces biens immatériels un nouveau concept non encore appréhendé par les catégories binaires du droit civil, nous semble à la fois difficile et inutile. Difficile, car cette nouvelle catégorie accueillerait des biens dont la diversité et l'hétérogénéité risqueraient de conduire à un éclatement de leurs régimes juridiques, ce qui nous semble dangereux pour la sécurité juridique et la cohérence du système civiliste. Inutile, car un raisonnement par analogie pourrait permettre d'appliquer *mutatis mutandis*¹⁷⁰ les règles du droit des biens à ces objets intangibles¹⁷¹. La place de l'incorporel dans le droit civil québécois, qui consacre la distinction des biens corporels et incorporels au Livre 4 « Des biens »¹⁷², autant que la substitution du « bien » à la « chose », ont-elles permis aux biens immatériels de faire leur entrée dans la catégorie des biens incorporels? Selon Gaius, « les choses incorporelles sont celles que l'on ne peut toucher, *comme celles qui consistent en des droits* »¹⁷³. Le recours à la conjonction de subordination « comme » semble autoriser à déduire le

-
170. *Mutatis mutandis* car la question de l'uniformisation de la catégorie des biens incorporels qui assimilerait tous les biens immatériels (et corporels) à des droits patrimoniaux a déjà été abordée. En ce sens, Paul-André CRÉPEAU et al., préc., note 7. Or, cette assimilation fait perdre de vue que, si toutes les choses ne connaissent pas forcément d'existence physique, certaines choses, fruits de l'activité humaine et industrielle, sont pourtant des réalités abstraites ne se réduisant pas à des droits. cf. *supra*, p. 21.
171. C'est cette optique que Y. EMERICH, préc., note 7, et A. BEN ADIBA, préc., note 21, ont adopté dans leurs thèses de doctorat. Cette réflexion sera l'objet de notre dernière section.
172. C.c.Q., art. 899 : « Les biens, *tant corporels qu'incorporels*, se divisent en immeubles et en meubles» (nos italiques).
173. GAIUS, *Institutes*, II, 14 (161 ap. J.-C.) (nos italiques). En ce sens Jean GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2e éd., Paris, 2000, p. 353, n° 73. La conception naturaliste a longtemps présenté cette distinction comme justifiant l'exclusion des biens immatériels de la sphère du droit de propriété. Cet argument historique selon lequel les Anciens Romains ne connaissaient que les choses corporelles a souvent été avancé. En ce sens, P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 273; Y. Emerich, préc., note 7, n° 97, p. 59 et à la note 354. Cette conception, qui confond le droit de propriété et son objet, a été depuis réfutée. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 34.

caractère exemplatif des droits. Si la catégorie des *res incorporales* comprend les droits patrimoniaux (droits personnels et droits réels), elle ne s'y limite pas. Deux raisons militent en faveur de cette vision extensive. Premièrement, le droit de propriété, en tant que relation entre un sujet et un objet de droit¹⁷⁴, peut embrasser tant les choses corporelles qu'incorporelles. Le droit de propriété n'est pas une *res corporalis* pas plus qu'une *res incorporalis*¹⁷⁵. Rapport entre un sujet et un objet, le droit de propriété ne peut pas être l'objet du droit de propriété¹⁷⁶. Si la valeur économique (valeurs d'usage et d'échange) permet aux choses de devenir des biens, objets d'un droit de propriété, il importe peu que cet objet soit corporel ou incorporel. Un autre argument en ce sens peut être mis de l'avant. La catégorie des biens incorporels étant une catégorie résiduelle, elle a vocation d'accueillir tous les biens qui n'entrent pas dans celle des biens corporels. Or, les créations intellectuelles et humaines, vivier abondant et en perpétuelle évolution de l'économie marchande, constituent une grande partie des richesses immatérielles des personnes privées physiques ou morales (particuliers comme entreprises). C'est donc nécessairement à la catégorie des biens incorporels que les nouveaux biens sans corps (droits patrimoniaux et choses immatérielles) appartiennent. Dès lors, la capacité expansionniste du critère de la valeur, renforcée par la vocation résiduelle de la catégorie des biens incorporels, permet à de nombreux objets intangibles, choses sans formes, droit patrimonial comme entité abstraite, de devenir des biens soumis au rapport d'appropriation¹⁷⁷, circulant (cessible et transférable) et bénéficiant d'un régime de protection.

174. Nous adhérons à la thèse selon laquelle le droit de propriété n'est pas un bien, mais la relation qui existe entre le bien et la personne à qui il appartient. En ce sens F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°3, p. 21 et 22.

175. Cf. *supra* p. 19 et 20.

176. Cf. F. ZENATI, préc. note 34, n° 160 et suiv.; Y. EMERICH, 7, n° 43 à 57, p. 27 A 35; J. LAURENT, préc. note 103; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4, n° 164, p 260.

177. Cet article ne vise pas à prendre position sur cette force expansionniste de la propriété mais dresse un constat, tiré d'une étude de la doctrine et de la jurisprudence majoritaire.

L'exemple de la spécification. Les règles de la spécification offrent une illustration de l'intérêt qu'il y aurait à reconnaître la présence des « choses immatérielles », choses sans corps, non réductibles à un droit patrimonial, dans le *Code civil du Québec*. Présentée comme un mode d'acquisition des biens par la voie de l'accession mobilière, la spécification reconnaît que la force de travail¹⁷⁸ participe à la création des biens¹⁷⁹. La spécification permet à celui qui a travaillé ou transformé la matière, dans l'hypothèse où la valeur du travail ou de la transformation, considérée comme une composante du nouveau bien, excède celle de la matière, de devenir propriétaire de ce nouveau bien (art. 972 C.c.Q). À défaut, le spécificateur sera indemnisé pour la valeur du travail fourni. Le propriétaire du nouveau bien ayant apporté l'élément principal doit payer *la valeur* (et non le coût) de la matière ou de la main-d'œuvre à celui qui a fourni l'élément accessoire. L'analyse de la spécification comme mode d'accession mobilière est parfois envisagée comme une fiction, l'industrie (force de travail) n'étant pas reconnue comme un bien¹⁸⁰. Pourtant, le paradigme de la valeur rend possible d'envisager la force de travail comme un bien immatériel¹⁸¹. La

178. Le législateur québécois recourt au terme « travail » et non à celui de l'« industrie ». Pour une distinction entre la force de travail et l'industrie, voir : S. BECQUET, préc., note 103; Thierry REVET *La force de travail. Etude juridique*, t. 28, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, Litec, 1992, n° 434, p. 493 et 494.

179. L'accession mobilière est un mode d'acquisition originaire des biens meubles appartenant à plusieurs personnes et dont les composantes ne peuvent être séparées sans détérioration ou sans un travail excessif ou qui ont été travaillés ou transformés par autrui. La *spécification* est le cas où la matière première est travaillée ou transformée par une personne autre que son propriétaire. En ce sens, D.-C. LAMONTAGNE, préc. note 18, n° 792.

180. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4, n° 140, p 215 qui expliquent que la spécification n'est pas intrinsèquement un cas d'accession et que l'application des règles de l'accession à la spécification est une fiction de la loi.

181. A. BEN ADIBA, préc. note 21, n° 340, p. 274 et suiv. L'auteure envisage la force de travail comme un bien immatériel en devenir et la range dans la catégorie des « produits des activités intellectuelles ». Également, Thierry REVET, préc. note 178.

force de travail a à la fois une valeur d'usage et une valeur d'échange puisqu'elle permet d'acquérir un nouveau bien ou de se faire rembourser la valeur du bien perdu. N'est-il pas possible d'envisager la spécification, non comme une fiction, mais plutôt comme un mélange ou une union de plusieurs biens? Les matières premières, qui sont généralement des biens corporels, sont transformées par la force de travail et c'est cet ensemble de biens qui forme un nouveau bien, généralement corporel¹⁸². Ce nouveau bien sera, lorsque cela est possible¹⁸³, soumis au droit de propriété exclusif de l'un des anciens propriétaires des biens qui a participé à sa création, sans égard à la nature corporelle ou incorporelle de l'objet sur lequel portait leur droit de propriété. En effet, soit le spécificateur qui, par la force de son travail, a participé à la création de ce nouveau bien devient propriétaire du nouveau bien lorsque la valeur de son travail ou de la transformation du bien par son travail est supérieure à celle de la matière première¹⁸⁴, soit c'est le propriétaire de la matière première qui devient propriétaire du nouveau bien. Les anciens propriétaires se voient alors indemnisés pour la perte de leur bien¹⁸⁵. Quelle pourrait donc être la nature de la force de travail si elle n'était pas un bien? Certes, elle n'est pas un bien corporel. Elle a une valeur économique indéniable. La valeur permet au

182. Le corporel attire l'incorporel puisque le propriétaire du nouveau bien sera propriétaire d'un bien meuble corporel, le mélange des biens corporels (matière première) et incorporels (valeur du travail) formant un nouveau bien absorbé par le corporel. Mais la spécification peut aussi étendre son champ à l'immatériel si l'on reconnaît la force de la création dans le processus d'acquisition des biens. Thierry REVET, préc., note 60.

183. C.c.Q., art. 972 et 973 al. 2. La modalité de propriété sera indivise lorsqu'il est impossible de déterminer lequel des propriétaires a le plus contribué à cette création.

184. C.c.Q., art. 972 : » La personne, qui a travaillé ou transformé une matière qui ne lui appartenait pas, acquiert la propriété du nouveau bien si la valeur du travail ou de la transformation est supérieure à celle de la matière employée ». Dans cette hypothèse, le propriétaire de la valeur de travail remboursera la valeur du bien corporel à son propriétaire.

185. C.c.Q., art. 973 al. 1: « Le propriétaire du nouveau bien doit payer la valeur de la matière ou de la main-d'œuvre à celui qui l'a fournie. ». Pour des développements subséquents sur la force de travail comme bien incorporel, voir T. REVET, préc., note 178.

droit de propriété de se cristalliser sur cet objet intangible et d'en faire une chose immatérielle soumise à l'appropriation de la personne qui l'a fournie. La spécification reconnaît à la force de travail sa participation à la transformation de biens préexistants et dévoile la nécessité de protéger juridiquement tant le propriétaire du bien corporel (matière première) que celui qui a fourni sa force de travail. Accepter que la force de travail constitue un bien immatériel permet d'inscrire la spécification dans la logique de l'accession mobilière, mélange ou union de plusieurs biens corporels ou incorporels, conformément à la place qui lui est conférée dans le *Code civil du Québec*. S'agissant d'un premier pas vers la reconnaissance de la création comme mode d'acquisition originaire, il restera à franchir l'étape de la reconnaissance à part entière de la création dans le processus d'acquisition des biens¹⁸⁶.

Élargissement de la catégorie des biens incorporels. Les auteurs qui adoptent une définition extensive du « bien »¹⁸⁷ assimilent les choses immatérielles aux biens incorporels¹⁸⁸. La catégorie des biens incorporels engloberait ainsi à la fois les droits patrimoniaux et les choses immatérielles, entendues dans le sens de choses qui n'ont pas de substance corporelle¹⁸⁹. Ces choses

186. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n° 341, p. 275; T. REVET, préc., note 60.

187. Sylvio Normand précise que la doctrine québécoise accorde une place considérable à l'abstraction (S. NORMAND, préc., note 18, p. 50).

188. Y. EMERICH, préc., note 7. Voir également A. BEN ADIBA, préc., note 21. Ces deux auteures assimilent dans leurs thèses de doctorat le bien immatériel à un bien incorporel. Sylvio Normand reconnaît également que le savoir-faire ou l'information, dont la formulation permet la circulation, sont des biens immatériels, S. NORMAND, préc., note 2, p. 189, citant Serge PICHETTE, *Le régime canadien de la propriété intellectuelle (excluant les marques de commerce)*, Montréal, Centre d'études en administration internationale/ École des hautes études commerciales, 1979, p. 137.

189. À titre d'exemple, Aurore Ben Adiba recourt à la notion de bien immatériel pour certains biens incorporels qui ne sont pas *stricto sensu* des droits (clientèle civile, savoir-faire, information) : A. BEN ADIBA, préc., note 21, p. 230-279 et note 60. Thierry REVET a également soutenu dans sa thèse que les œuvres de l'esprit, les inventions brevetables ou non, le savoir-faire, l'information confidentielle, les clientèles civiles et commerciales sont des produits issus de la force de travail : Thierry

immatérielles, miroir des choses corporelles dans le monde intangible des richesses immatérielles, s'opposent ainsi aux choses corporelles¹⁹⁰. Les juges, prenant en compte la valeur économique des biens¹⁹¹, se montrent assez réceptifs à la reconnaissance de ces entités immatérielles. Ainsi, la clientèle¹⁹², le savoir-faire ou l'information¹⁹³ ont été reconnus par la jurisprudence comme des biens immatériels¹⁹⁴. Sylvio Normand relève à propos de l'information envisagée comme bien immatériel les propos suivants : « [...] la confidentialité est à l'information ce que l'emprise matérielle est aux choses corporelles : elle assure la réservation de fait génératrice de la valeur »¹⁹⁵. L'entrée des biens virtuels dans le droit québécois constitue également une illustration de cet élargissement de la catégorie des biens incorporels aux entités abstraites. Dévoilant sans ambages leur immatérialité¹⁹⁶, ces valeurs économiques, issues de la sphère Internet, tels une robe dessinée par un styliste, une maison virtuelle ou un terrain virtuel¹⁹⁷, sont en effet des objets sans

REVET, préc., note 178, n° 434, p. 493 et 494.

190. Selon François Frenette, « [t]out ce qui existe à l'état concret ou abstrait est une chose » : François FRENETTE, « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », préc., note 21 cité par S. NORMAND, préc., note 2, p. 50; A. BEN ADIBA, préc., note 21; T. REVET, préc., note 189.
191. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 163.
192. *Mirarchi c. Lussier*, 2007 QCCA 284, par. 48 : « [...] la clientèle d'une clinique dentaire est un *bien* qui pouvait faire l'objet d'une vente et être hypothéqué comme un bien incorporel » (nos italiques).
193. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 163.
194. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n° 306-344, p. 248-279.
195. Marie BOURGEOIS, « La protection juridique de l'information confidentielle économique : étude de droit français et québécois », (1988-1989) *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, 1, 22 tel que citée par S. NORMAND, préc., note 2, 189.
196. Vanessa PINTO-HANIA, *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, Faculté de droit, Université Paris Est Créteil, 2011, n° 5, p. 22, en ligne: <<http://www.theses.fr/2011PEST0066>> (consulté le 12 novembre 2015).
197. Selon les informations données sur le site, « Second Life est un monde virtuel créé par ses résidents [...]. En achetant un terrain virtuel, vous pourrez acquérir ou construire une maison pour vos amis et vous-même [...]. Vous trouverez aussi des objets qui n'existent pas dans le monde

corps, intangibles, qui, sous certaines conditions, peuvent être qualifiées de biens¹⁹⁸.

Ainsi, les choses immatérielles relèvent, selon nous, de la catégorie des biens incorporels visés par l'article 899 du *Code civil du Québec*. Or, l'article 911 C.c.Q.¹⁹⁹ évoquant la propriété d'un bien sans distinguer l'appropriation des biens corporels et incorporels, les règles du droit des biens devraient s'appliquer *mutatis mutandis* à tous ces biens, indépendamment de leur nature corporelle ou incorporelle²⁰⁰. Il apparaît en effet que « [l]e cantonnement de la propriété et des biens à l'univers matériel est un leurre dû à la connaissance empirique de la matière que se propose de régir le droit »²⁰¹. Pourtant, le droit de propriété, notamment parce que sa conception matérialiste et objective subsiste, s'accommode parfois difficilement de cette dématérialisation²⁰². Les juristes, un peu à la façon des archéologues, ont cherché une trace ou une empreinte de la matérialité de ces biens afin de faciliter leur saisie par les règles du droit des biens.

réel! », en ligne : <<http://secondlife.com/shop/faq/?lang=fr-FR>> (consulté le 12 novembre 2015).

198. Stéphane GILKER et Charles LUPIEN, préc. note 146; Paul CHENEVERT, préc. note 146.
199. C.c.Q., art. 911 : « On peut à l'égard d'un bien, être titulaire seul ou avec d'autres, d'un droit de propriété [...] ».
200. L'article 947 C.c.Q., selon lequel « [l]a propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien [...] », ne fait pas la distinction entre le caractère matériel ou immatériel du bien. Dès lors, les règles du droit des biens peuvent s'appliquer aux biens immatériels. La conception moderne du droit de propriété n'est pas unanimement partagée et les articles 913, 914, 921, 953, 2910 et 2972 sont parfois cités en appui de la conception matérialiste de la propriété.
201. F. ZENATI-CASTAING, préc., note 1, p. 81.
202. S. NORMAND, préc., note 2, p. 185.

B. À la recherche d'une matérialité perdue

Une immatérialité omniprésente. Bien que l'immatérialité en droit des biens ne soit pas récente²⁰³, la modernité a cependant accéléré ce processus en opérant une dématérialisation et une désincarnation de la matière. Le premier phénomène est dû à la dématérialisation des fortunes impulsée notamment par la dématérialisation de la monnaie, des valeurs mobilières et actifs financiers²⁰⁴, et par l'omniprésence du patrimoine envisagé comme une universalité de droits patrimoniaux²⁰⁵. Le second phénomène est la conséquence d'une production foisonnante de biens nouveaux, issus des activités humaines et industrielles, tels les brevets, marques, œuvres intellectuelles, objets totalement désincarnés²⁰⁶. Certains biens immatériels ont déjà fait l'objet de discussions importantes dans la doctrine²⁰⁷. À titre d'exemples, citons les titres financiers ou encore les valeurs mobilières dont la simple écriture informatique permet leur circulation (disposition)²⁰⁸. C'est aussi un nombre croissant d'actifs des entreprises (quotas, appellation d'origine contrôlée, marque, nom, fonds de commerce, clientèle, savoir-faire, informations confidentielles) qui, en raison de leur grande valeur économique, constituent une assise importante du crédit et du droit de gage général des créanciers. C'est enfin la percée de la patrimonialisation des droits de la personnalité, la voix ou l'image étant parfois perçues comme des biens immatériels en raison de leur valeur économique²⁰⁹. La poussée tentaculaire d'Internet a

203. Les auteurs Zénati-Castaing et Revet écrivent que « [l]es biens peuvent être dépourvus de matérialité et même être de simples concepts. », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°45.

204. S. NORMAND, préc., note 2, p. 186.

205. *Supra*, note 7.

206. *Supra*, note 2; T. REVET, préc. note 60.

207. Sur un état de la question, voir Daniel GUTMANN, préc., note 110.

208. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n° 283-305, p. 230-248; Y. EMERICH, préc. note 7, n° 177-211, p. 102-122.

209. Elise CHARPENTIER, « Entre droits de la personnalité et propriété, un cadre juridique pour l'image des choses? », (2009) *R.J.T.* 531.

plus récemment participé à ce mouvement, les virtualités générant également une économie marchande importante²¹⁰.

Persistance d'une corporéité. Ce triple phénomène - dématérialisation, désincarnation, virtualisation - se heurte parfois aux règles du droit des biens, mieux adaptées à la corporéité des choses. Dès lors, la tentation d'imprimer une marque matérielle à ces biens est grande, que cette empreinte s'effectue par une prescription du législateur (art. 906 C.c.Q.), une assimilation (incorporation du bien au titre) ou une projection intellectuelle²¹¹. Le législateur québécois n'a ainsi pas hésité à qualifier l'énergie et les ondes, choses intangibles, non perceptibles par les sens, de biens corporels²¹². Cette présomption irréfragable de corporéité démontre l'embarras des juristes face à l'immatérialité de ces choses. L'image du portefeuille de valeurs mobilières, permettant de mieux appréhender l'idée de cette universalité de créances, participe à ce mouvement²¹³. Le même constat peut être dressé pour le titre, qui matérialise les actifs financiers, y compris lorsqu'ils ont été dématérialisés. Longtemps cachée sous le manteau de la titularité (droit personnel), la propriété des créances n'aurait pas une nature distincte de celle de la propriété des choses corporelles. Bien que ce phénomène ne prenne pas en compte le fait que la propriété des créances dépasse la propriété du titre, porteur de la créance, la projection intellectuelle de l'objet de propriété sur le titre facilite la

210. S. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 146.

211. V. PINTO-HANIA, préc., note 196, n°10-13, p. 25-26 : L'auteure relève ainsi l'existence d'un corpus pour les biens immatériels. «*Par corpus on entend le support matériel qui va permettre de révéler la chose incorporelle, l'élément qui va convertir la chose incorporelle en bien. [...]. En effet, sans corpus, la chose incorporelle ne peut accéder à la protection par le droit de propriété* », spéc. n° 10, p. 25.

212. C.c.Q., art. 906: «*Sont réputées meubles corporels les ondes ou l'énergie maîtrisées par l'être humain et mises à son service, quel que soit le caractère mobilier ou immobilier de leur source* » (nos italiques).

213. S. NORMAND, préc., note 18, p. 53; Les professeurs Zénati-Castaing et Revet intègrent également les fonds incorporels (universalités de fait) dans la catégorie des biens immatériels, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n° 53-64, p. 99-113.

reconnaissance de la propriété des créances. Le support et le bien sont en effet confondus afin d'assimiler les actifs (droit patrimonial) constatés dans des titres à des biens corporels²¹⁴ par une incorporation du droit patrimonial dans le titre. Ainsi, la *Loi uniforme sur le transfert des valeurs mobilières* (la « LTVM ») a renoué avec une composante matérielle de la chose. Le maintien de la tradition (délivrance) comme mode de transfert des valeurs mobilières représentées par un titre (articles 55 et 56 de la LTVM) tend en effet à démontrer que la thèse de l'incorporation du droit dans le titre n'a pas entièrement disparu au Québec, même si elle est combattue par de nombreux auteurs²¹⁵. D'ailleurs, les termes « remise » et « détention » pour le gage des valeurs mobilières (art. 2702 C.c.Q.) accèdent la persistance de la thèse de l'incorporation. Cette re-matérialisation conceptuelle des biens, par un recours à une empreinte corporelle, permettrait de projeter plus facilement les règles du droit des biens sur ces biens immatériels.

Recherche d'un support matériel. La jurisprudence entretient également cette tendance, les juges n'hésitant pas à recourir à la notion de support matériel pour saisir certains biens immatériels comme l'information²¹⁶ ou le savoir-faire (*know-how*).

214. En droit québécois, les titres au porteur incorporent le droit de créance, le titre permettant à la créance d'être assimilée à un bien corporel (P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 71, p. 35); Antonio PERREAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2, coll. « Documents juridiques », Montréal, Éditions Albert Lèvesque, 1936, n° 635-636, p. 88-90; Antonio PERREAULT, *Traité de droit commercial*, t. 3, coll. « Documents juridiques », Montréal, Éditions Albert Lèvesque, 1940, n° 44 bis, p. 80-85 et n° 179, p. 952-953. Même si la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiaires*, L.R.Q., c. T-11.002 (ci-après « LTVM ») semble avoir abouti le mouvement de la dématérialisation des créances, le maintien de la tradition (appelée livraison) comme mode de transfert des valeurs mobilières représentées par un titre (art. 55 et 56) permet de maintenir au moins partiellement cette théorie de l'incorporation. Pour des développements plus subséquents, voir A. BEN ADIBA, préc., note 21.

215. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n°302, p. 246.

216. Jean-Christophe Galloux évoquait ainsi à propos de l'information une réalité « matérielle et incorporelle », J.-C. GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, Paris, Dalloz, 1994, p. 233.

Ainsi, les juges de la Cour d'appel du Québec ont pu relever que : « Comme le *know-how* est essentiellement une connaissance technique, c'est-à-dire *une œuvre intellectuelle et immatérielle qui se manifeste au moyen d'un support matériel*, nous pouvons donc le classer comme étant un *bien meuble incorporel*. »²¹⁷

Ce passage intellectuel par un support matériel se retrouve aussi dans la doctrine. À titre d'exemple, cet auteur qui relève que « [l]a chose informationnelle – se réduirait-elle à une information brute – *se laisse d'abord saisir par sa fixation sur un support*. Cette donnée fait apparaître que *la fixation constitue la condition essentielle à la perception d'une telle chose*. »²¹⁸

Deux exemples issus du droit des biens, soit la quote-part de la copropriété indivise et la fraction de la copropriété divise, illustrent à notre avis cette quête d'un support matériel de ces objets immatériels. Bien que la nature juridique de la quote-part indivise ne fasse pas l'objet d'une qualification doctrinale unanime²¹⁹, très majoritairement, les auteurs s'accordent pour définir la quote-part comme « l'expression arithmétique des biens indivis qui appartiennent aux copropriétaires »²²⁰. Elle est la représentation intellectuelle de la valeur économique du droit de propriété de l'indivisaire dans le bien commun, valeur qui lui

217. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 163 (nos italiques).

218. S. BECQUET, préc., note 103, n° 23, p. 53 (nos italiques). L'auteur reconnaît par ailleurs qu'« en dernière analyse, le support paraît pourtant indifférent : le propre d'une chose informationnelle est précisément de n'être pas incarnée [...] ».

219. Marie Deschamps soulevait très justement cette épineuse question avant la réforme du code civil du Québec, Marie Deschamps, « Vers une approche renouvelée de l'indivision » (1984), 29 *R.D. McGill* 215, p. 221, 223 et 224 : Elle précise que « [s]i on fait une distinction claire entre la quote-part indivise, et le droit indéterminé sur la chose matérielle, on doit conclure qu'il s'agit d'un véritable droit de propriété ayant des caractéristiques propres. ».

220. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, préc. note. 4, n° 357, p. 528. Lucie Laflamme explique que la quote-part est « *une quantité, une mesure* », L. Laflamme, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Laflamme, 1999, p 54 (nos italiques).

reviendra lors du partage²²¹. La quote-part est une simple expectative, une projection abstraite²²² d'un objet matériellement délimité par une future opération de partage. Pour certains auteurs, la quote-part indivise n'est ni un droit ni un objet, elle n'est que la « mesure des intérêts » des indivisaires dans le bien²²³.

221. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 1231, p. 518 et n° 1239, p. 523. S. Normand explique qu'elle est la « mesure des intérêts du copropriétaire dans le bien indivis », S. NORMAND, préc., note 18, p. 153.

222. P.-C. LAFOND précise que : « Loin d'être matérielle, la part de chacun est constituée d'une fraction abstraite, intellectuelle ». Cependant, il refuse de qualifier la quote-part de bien autonome et ne l'envisage que comme « une fraction du droit », « [c]ette quote-part ne constitue pas un objet distinct du droit de propriété, mais une fraction du droit ». P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 1231, p. 518. Nous pensons que cette manière de présenter la nature juridique de la quote-part est inexacte. Lucie Laflamme, bien que refusant de voir la quote-part comme un objet du droit de propriété (« [l]a quote-part n'est ni un droit, ni un objet du droit » mais seulement la manifestation de ses intérêts », L. Laflamme, préc., note 220, p. 50), explique cependant que la quote-part ne peut pas être analysée comme une division du droit, cette interprétation étant contradictoire sur le plan de la logique juridique, Lucie Laflamme, *La copropriété par indivision*, 2^e éd, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2004, n° 64-65, p. 17. Elle explique que « le droit de propriété, qui est une somme de prérogatives, ne se divise pas », préc., note 220, p. 49. Elle cite à l'appui de son analyse deux décisions : *Perron c. Boivin*, (1932) 38 R. de J. 293 et *Marquis c. Ville de Varennes*, (1995) R.D.I. 275 (C.Q.) Nous pensons que le droit étant la relation entre le sujet et un objet, il ne peut être partagé; seule la chose, objet du droit peut l'être. Or cette chose sera partagée lors de l'opération du partage. Selon nous, l'indivision comporte deux types de droits : un droit sur l'objet indivis qui est exercé concurremment avec les autres indivisaires et un droit exclusif sur sa quote-part, objet incorporel. En ce sens, Marie DESCHAMPS, préc., note 219, p. 221 et 222. Voir aussi F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, préc., note 4, n° 357, p. 528.

223. Sylvio Normand précise que la quote-part est la « mesure des intérêts du copropriétaire dans le bien indivis », S. NORMAND, préc., note 18, p. 153. Lucie Laflamme pousse plus loin son analyse en affirmant que la quote-part est « issue du fractionnement des intérêts dans le titre de propriété et non pas de la division du droit ou de la division matérielle (physique) ou intellectuelle de l'objet. Lorsqu'un indivisaire agit pour sa part, il agit dans la mesure de ses intérêts dans la propriété du bien. Cette façon d'analyser et de qualifier la quote-part est celle qui évite le mieux les écarts et les contradictions sur le plan de la logique juridique », L. LAFLAMME, préc., note 222, n° 64-65, p. 17 (nos italiques).

Pour d'autres, elle est un droit patrimonial, une créance, objet d'un droit de propriété autonome²²⁴. La valeur économique indéniable de la quote-part a incité le législateur à reconnaître qu'elle était l'objet autonome d'un droit de propriété exclusif de l'indivisaire²²⁵. Ainsi, d'un droit à disposer pour sa part, nous sommes passés à un droit à disposer de sa part. La quote-part est devenue un bien incorporel²²⁶, autonome du droit de propriété que chaque indivisaire exerce sur le bien indivis. En effet, la quote-part ne peut être assimilée au bien commun sur lequel s'exerce le droit indivis, puisque, avant l'opération du partage, il est impossible de déterminer le lot qui sera matériellement soumis au droit de propriété exclusif de l'indivisaire. Or, les biens étant corporels ou incorporels (art. 899 C.c.Q.), la quote-part, qui n'est pas un bien corporel, appartient nécessairement à la catégorie résiduelle des biens incorporels. Nous adhérons à cette idée que la quote-part indivise est un bien distinct de la chose corporelle (bien indivis) sur laquelle s'exercent les droits de propriété concurrents

224. La quote-part de l'indivision et la fraction de la copropriété divise sont présentées par une partie de la doctrine québécoise comme une créance, bien meuble incorporel. En ce sens, Yaël Emerich explique que « [l]a notion de copropriété [...] n'est plus exclusivement matérielle ». Et elle affirme, concernant plus particulièrement l'indivision qu'« il n'est pas contesté que le bien objet de l'indivision puisse être incorporel et consister notamment en une créance », Y. EMERICH, préc. note 7, n° 179, p. 103 et 104. S. Binette, *De la propriété indivise et divise suivant le nouveau Code civil du Québec, dans La Réforme du Code civil*, vol. 1, Québec, Les presses de l'Université Laval, 1993, p. 593; D.-C. LAMONTAGNE, préc. note 18, n° 341, p. 201.

225. C.c.Q., art. 1015 al. 2: « Chacun des indivisaires a, relativement à sa part, les droits et les obligations d'un propriétaire exclusif. Il peut ainsi l'aliéner ou l'hypothéquer, et ses créanciers peuvent la saisir. » (nos italiques). En ce sens, Marie Deschamps explique que la quote-part est un bien incorporel sur lequel un droit réel peut parfaitement s'exercer et conclut que le droit de l'indivisaire sur sa quote-part est un droit exclusif. M. DESCHAMPS, préc., note 219, p. 222 et 225.

226. En ce sens, Marie Deschamps explique qu'« [i]l faut [...] distinguer, au départ, les droits qu'un indivisaire peut revendiquer sur la chose, objet matériel, des droits qu'il possède sur sa quote-part, bien incorporel. », préc., note 219, p. 221 (nos italiques). Cf. *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 RCS 900.

des indivisaires²²⁷, mais nous croyons également que la quote-part est un bien immatériel qui ne se résume pas uniquement à un droit patrimonial.

Cette analyse originale est issue notamment de l'observation du fonctionnement de l'indivision. L'organisation dans la durée des indivisions a renforcé la liaison complexe que la quote-part entretient avec sa représentation matérielle. Celle-ci n'est plus liée à la future opération du partage, mais au droit de jouissance exclusive des indivisaires sur leur logement. En effet, l'indivision est souvent utilisée à Montréal, en raison du moratoire empêchant la conversion des copropriétés indivises en copropriété divise, comme une technique juridique d'acquisition d'un logement d'habitation dans un ensemble immobilier comptant plusieurs appartements. L'indivisaire acquiert alors à la fois un droit indivis sur le bien commun et une quote-part exclusive. Afin de délimiter matériellement l'espace d'habitation qu'il occupera, le droit de propriété de l'indivisaire sur le bien commun est assorti d'un droit de jouissance exclusive délimité spatialement (art. 1017 C.c.Q.). La situation des indivisaires est donc éminemment complexe, le droit de propriété indivis sur le bien commun²²⁸ étant le plus souvent occulté par la mise en exergue du droit de propriété exclusif sur la quote-part, auquel est associé le droit de jouissance exclusive. Ainsi, la confusion du bien indivis et de la quote-part est amplifiée par une identification de la quote-part à l'assiette matérielle de l'appartement, délimitée, non plus par la projection de l'opération du partage, mais par le droit de jouissance exclusive²²⁹. Or, la jouissance exclusive, pas plus que

227. En ce sens M. DESCHAMPS, préc., note 219. *Contra* Pierre-Claude Lafond pour qui « [c]ette quote-part ne constitue pas un objet distinct du droit de propriété, mais une fraction du droit, P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 1231, p. 518.

228. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 1262, p. 535.

229. Cette possibilité d'attribuer par convention des droits de jouissance exclusive *sur une partie du bien indivis* est prévue aux articles 1014 et 1017 C.c.Q. L'objet d'une jouissance exclusive doit être prévu dans la convention d'indivision des propriétaires-occupants. Pour une illustration, voir *Yarashefsky-Allice c. Müller-Potashner*, [1988] R.J.Q. 149 (C.S.), appel rejeté par *Yarashefsky-Allice c. Müller-Potashner*, [1991]

la quote-part, n'a pour effet d'accorder un quelconque droit de propriété exclusif sur une portion matérialisée du bien indivis avant le partage. La quote-part ne peut alors être confondue avec le support matériel projeté. Cet objet singulier, qui a une forte valeur économique, comprend plusieurs composantes : un droit de créance, un droit de jouissance exclusive et une projection intellectuelle d'un bien corporel. Sorte d'universalité de fait, la quote-part est un bien immatériel, dont le support, cristallisé par l'assiette matérialisée par le droit de jouissance exclusive, permettrait une représentation tangible. Nous pensons que la fraction de la copropriété divise reproduit ce même phénomène. La fraction est, selon l'article 1047 du *Code civil du Québec*, « *une entité distincte* et peut faire l'objet d'une aliénation totale ou partielle » (nos italiques). Bien qu'aucune définition n'en soit donnée²³⁰, elle comprend le droit de propriété sur la partie privative, le droit de propriété indivis sur la quote-part des parties communes afférentes à la fraction, ainsi que le droit d'usage exclusif des parties communes à usage restreint²³¹. La fraction

n° AZ-50075059 (C.A.)). Il en va ainsi en raison de la nature même de l'indivision, laquelle est une propriété que des personnes ont ensemble et concurremment *sur un même bien* (C.c.Q., art. 1010). Or, « [l]es conventions relatives à l'usage et à la jouissance exclusive du bien n'affectent que l'exercice du droit et non pas le droit lui-même », Lucie LAFLAMME, préc., note 220, p. 146.

230. Christine Gagnon précise que « Le Code civil du Québec ne définit pas la fraction de copropriété, pas plus qu'il ne donne une énumération exhaustive des éléments qui la composent. C'est une notion importante qu'on retrouve dans de nombreuses dispositions. Il ressort toutefois de l'ensemble des dispositions du Code qu'elle est composée d'une partie privative, d'une quote-part afférente dans les parties communes et, à titre accessoire, de certains droits de jouissance exclusifs dans les parties communes à usage restreint le cas échéant ainsi que d'un droit conférant au copropriétaire le statut de membre du syndicat de copropriété. », Christine GAGNON, *La copropriété divise*, 3^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2015, n° 486, p 343.

231. La fraction est une « [e]ntité composée des droits, indissociables, reconnus à chaque copropriétaire dans sa partie privative et dans les parties communes d'un immeuble tenu en copropriété divise », Paul-André CRÉPEAU et al., préc., note 7, « fraction ». Également Serge Allard précise que : « C'est la fraction qui constitue l'entité juridique qui regroupe tous les éléments conférés à chaque propriétaire », Serge

constitue, selon nous, un bien immatériel²³², matérialisé par la délimitation spatiale de la partie privative et des parties communes. Ces biens immatériels, s'appuyant sur la projection d'une représentation matérielle, délimitée par l'assiette de l'exercice de leur droit, illustrent cette quête d'une matérialisation du bien incorporel.

Ainsi, si l'immatériel a ouvert largement ses portes au droit des biens, tout se déroule un peu comme si, par-delà leur immatérialité, ces biens devaient laisser une trace de leur matérialité grâce à un support matériel ou un artefact. Cette réminiscence d'une matérialité perdue ou projetée permettrait de mieux appréhender l'exercice du droit de propriété sur ces entités abstraites.

III. La malléabilité du droit commun des biens en question

Le développement constant de ces nouveaux biens, comme leur hétérogénéité, rend complexe leur photographie exhaustive. Bien que des dispositions spécifiques existent, elles n'ont pas vocation à appréhender l'intégralité de ces nouveaux biens, en perpétuelle évolution et qui révèlent de multiples visages. Face à cette diversité de biens immatériels, le droit commun des biens²³³ devrait-il jouer un rôle de droit subsidiaire (A)? Mais alors, le régime juridique du droit commun des biens est-il suffisamment malléable pour s'adapter à ces entités abstraites? (B)

ALLARD, *La copropriété divise*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, n° 86, p. 17. Pour Pierre-Claude Lafond, « [l]a réunion de ces deux composantes [droit de propriété exclusif sur une partie déterminée d'un immeuble et droit de propriété collectif sur les parties communes] forme une entité distincte, appelée "fraction" », P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 1359.3, p. 585.

232. *Contra* Lucie Laflamme qui estime que : « La fraction ne représente pas, en soi, un objet de droit » mais elle précise : « même si le Code semble la considérer comme tel » : L. Laflamme, préc., note 222, n° 23, p. 7 (nos italiques).

233. L'article 1725 du *Code civil du Québec* utilise l'expression « droit commun des biens ».

A. La subsidiarité du droit commun des biens

Une mosaïque de règles. Malgré l'indéniable progression du champ de l'immatériel, et la reconnaissance de la catégorie des biens incorporels dans le Code civil, le législateur ne semble pas avoir consacré un régime unifié des biens incorporels. Disparate, la catégorie des biens immatériels dévoile un régime juridique éclaté, le législateur renvoyant certains de ces biens à des dispositions spéciales situées hors du *Code civil du Québec*. Ainsi, de nombreuses dispositions législatives, tant fédérales que provinciales, règlementent certains biens immatériels à forte valeur économique (valeurs mobilières, brevets, droit d'auteur). À titre d'exemple, nous avons pu relever ces différentes lois :

- Propriété intellectuelle (brevet, droit d'auteur)
 - *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4
 - *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42
 - *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c. C-1.1
- Clientèle
 - *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34
- Nom/marque
 - *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13
- Information
 - *Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. 1985, c. O-5
 - *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1
- Sites web
 - *Loi sur le commerce et l'information électroniques*, CPLM c. E55
 - *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c. C-1.1
 - *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c 5

- Valeurs mobilières
 - *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ c. V-1.1
 - *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, RLRQ c. T-11.002

Un mélange hétéroclite de règles s'applique donc à ces nouveaux biens. L'adoption de législations spécifiques (propriétés intellectuelles et industrielles, droit d'auteur, valeurs mobilières) se mêle par ailleurs au droit des contrats, ce dernier visant parfois à tenir en échec le droit commun des biens qui pourrait se révéler inadapté aux spécificités de ces activités humaines et industrielles à forte valeur économique. Le rôle joué par le droit des contrats dans le contrôle de l'exploitation des utilités économiques de ces biens est extrêmement important²³⁴. Les cessions de clientèles professionnelles ou encore de savoir-faire sont, par exemple, souvent encadrées par des clauses de non-concurrence et par une obligation de loyauté.

Une catégorie résiduelle. Envisager l'encadrement de chaque type de biens immatériels par une législation idoine semble cependant autant illusoire qu'inefficace. Illusoire, car la sphère des biens immatériels se développe sans cesse. Inefficace, car la prévisibilité et la cohérence de l'ordre juridique seraient menacées par cette multiplication continue de dispositions spécifiques. Dès lors, peut-on s'appuyer sur la subsidiarité du droit civil afin, lorsque ni la législation spécifique ni le contrat ne réglementent le sort de ces biens, de s'en remettre aux règles du droit commun? Et surtout, est-il possible de proposer un régime juridique plus homogène des biens immatériels?

Alors que le *Code civil du Québec* reconnaît à son article 899 l'existence des biens incorporels, ses règles continuent à s'intéresser majoritairement aux biens corporels, principalement

234. Le rôle du droit des contrats sur les biens immatériels était l'objet du questionnaire sur l'immatériel et le contrat des journées internationales espagnoles 2014 de l'Association Henri CAPITANT, « L'immatériel » dans *Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées espagnoles de Barcelone et Madrid*, t. LXIV, Paris, Éditions LB2V et Bruylant, 2015.

immobiliers. En effet, seuls douze articles de ce dernier concernent spécifiquement les biens incorporels²³⁵. Pourtant, malgré le peu de références directes aux biens incorporels, la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* semble être une invitation à reconnaître le rôle subsidiaire du droit commun²³⁶ :

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'*objet* de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. (nos italiques)

Ainsi, la vocation de *jus commune*²³⁷ et de droit résiduel du Code civil²³⁸ devrait permettre de dépasser l'hétérogénéité apparente de ces biens immatériels, qui revêtent des particularités communes, telles l'absence de *corpus* physique ou leur

-
235. Seuls les articles 733, 899, 1779 à 1784, 2482, 2666, 2684 et 3105 C.c.Q. font explicitement référence aux biens incorporels.
236. H. Patrick Glenn explique que « [p]arler des principes généraux, c'est donc parler d'un droit commun supplétif [...] » : H. Patrick GLENN, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339.
237. La version anglaise de la disposition préliminaire du Code civil du Québec utilise l'expression « *jus commune* » : « The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provision, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. » (nos italiques). John Brierley confirmait ce lien entre *jus commune* et droit commun en recourant à l'expression « *common law* » (dans le sens du droit commun et non du droit de la Common Law) : « *The Code constitutes [...] the common law (droit commun, jus commune) in Quebec* » : J. BRIERLEY, « The renewal of Quebec's distinct legal culture », (1992) 42 *V.T.L.J.* 484, 490.
238. Le Code civil du Québec peut être « envisagé comme un système complet se suffisant à lui-même, [et] constitue le droit commun (jus commune) qui a vocation à s'appliquer de manière subsidiaire en l'absence de lois spéciales et fait office de grammaire commune. » [nos parenthèses] : Anne SARIS et Gaële GIDROL-MISTRAL, « Avers et revers de l'embryon congelé ou la connaissance du phénomène juridique de l'embryon congelé à l'aune des théories civilistes et féministes », dans COLLECTIF, *2ème Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 157, à la page 188.

temporalité. Rien pourtant dans le Code civil ne semble justifier l'exclusion de ces biens incorporels du régime de droit commun des biens. En effet, l'article 947 du *Code civil du Québec* définit le droit de propriété comme un droit s'exerçant sur *un bien*. La propriété porte désormais sur un bien (notion juridique) et non plus sur une chose (notion matérielle). L'article 899 C.c.Q. précise que tous les biens sont corporels ou incorporels et que le régime applicable aux biens ne distingue pas, sauf exception, le sort des biens corporels de ceux des biens incorporels; il semble permis de déduire que, à défaut de dispositions spécifiques, les règles du droit des biens s'appliquent aux biens incorporels puisque ces biens sont soumis au droit de propriété²³⁹. Ainsi les droits patrimoniaux, qu'ils soient de nature réelle ou personnelle, comme les biens immatériels, en tant que biens incorporels, objet d'un droit de propriété, seraient soumis *de facto* au régime juridique du droit commun des biens.

Un droit commun des biens. Cette analyse a déjà été soutenue à propos de la propriété du bien-créance²⁴⁰. En effet, « le régime de la propriété traditionnellement corporelle peut aisément s'adapter à la présence de nouveaux biens incorporels et spécifiquement aux créances. Les créances s'acquièrent et sont protégées dans des conditions largement similaires à celles des biens matériels »²⁴¹. De la même manière que le régime juridique de la propriété s'adapte aux biens meubles ou immeubles qui en sont l'objet, le régime de la propriété des créances doit épouser les particularités de cet objet immatériel que sont les « biens-droits »²⁴². Aujourd'hui, une majorité de la doctrine québécoise

239. Y. EMERICH, préc., note 7, p. 52, n°84. « L'existence de la propriété des créances mérite d'être reconnue. Non seulement les textes ne sont pas réfractaires à ce type de propriété, mais le droit français et le droit québécois l'admettent d'une façon de plus en plus nette au rang des objets possibles de la propriété. », *Ibid.*, p. 236, n°420.

240. *Id.*, spécialement Partie 2, Le régime juridique de la propriété des créances, p. 237 et suiv.

241. *Id.*, n° 872, p. 455.

242. *Id.*

reconnait la propriété des « biens-droits »²⁴³. Pour autant, la reconnaissance doctrinale de la propriété des créances reste assez peu utilisée en pratique, le modèle du droit de créance (droit personnel soumis au régime du droit des obligations) continuant à primer. Par exemple, la reconnaissance des valeurs mobilières et instruments ou actifs financiers en tant que bien incorporel est toujours délicate²⁴⁴. Alors même qu'il est admis que les valeurs mobilières ne sont pas uniquement caractérisées par le droit personnel (droit de créance qui permet d'agir contre le débiteur), mais aussi par le bien-créance²⁴⁵ (qui permet de réaliser un profit²⁴⁶ ou d'exercer un pouvoir sur la chose), le législateur reste frileux à recourir à la notion de bien incorporel pour les qualifier. Plus encore, en aucun temps, la loi ne qualifie le titulaire ou l'acquéreur de titres ou de valeurs mobilières de propriétaire, la question juridique de la propriété des valeurs étant volontairement occultée, voire écartée, par le législateur²⁴⁷.

Ce sillon a pourtant été poursuivi, notamment à travers la reconnaissance de l'existence de sûretés portant sur des biens incorporels issus des richesses de l'entreprise²⁴⁸, mais aussi de la présentation de l'hypothèque mobilière comme un droit préférentiel sur la valeur économique d'un bien meuble²⁴⁹. Repoussant ainsi les limites de la reconnaissance des « biens-

243. A. BEN ADIBA, préc. note 21; Y. EMERICH, préc. note 7; P. C. LAFOND, préc., note 18, p.; D.C. LAMONTAGNE, préc., note 18, n°205, p. 135; S. NORMAND, préc., note 18, p. 96; M. TANCELIN, préc., note 125, p. 646 : L'auteur précise que : « les obligations, bien incorporels, sont des droits patrimoniaux soumis à la propriété, tout comme les choses corporelles ».

244. A. BEN ADIBA, *La Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés ou les excès d'un régime d'exception en matière de sûretés mobilières*, (2012) 53 *C. de D.*, 303, n°2. L'auteure qui relève que cette Loi a créé un régime dérogoratoire au droit commun en prévoyant un gage par maîtrise, pose un regard critique sur l'ensemble de ces nouvelles dispositions puisque les règles traditionnelles de constitution et d'opposabilité du gage sont remises en cause.

245. Y. EMERICH, préc. note 7 et A. BEN ADIBA, préc., note 21.

246. V. MERCIER, préc., note 111, n° 276.

247. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

248. *Id.*, p. 279 et suiv.

249. *Id.*, p. 188 et suiv.

droits », certains biens immatériels, issus de l'activité intellectuelle, tels la clientèle ou le savoir-faire, ont été soumis aux règles d'acquisition de la propriété²⁵⁰ comme à celles des sûretés²⁵¹. Là encore, la pratique est réticente à cette reconnaissance. Le cas de la clientèle, qui a fait l'objet de plusieurs développements doctrinaux²⁵², est intéressant. Alors que le droit québécois semble admettre que la clientèle puisse être considérée comme un bien incorporel susceptible d'appropriation et de garanties hypothécaires, cette reconnaissance ne se fait pas sans quelques réserves. Si la clientèle professionnelle est considérée comme un actif (valeur économique) pouvant faire l'objet d'un contrat de cession, sous réserve cependant du respect de la liberté de choix du patient et du droit au soin, principes protégés par les juges québécois²⁵³, la clientèle commerciale (ou achalandage) est plutôt envisagée en tant que cession des informations confidentielles contenues dans le dossier client plus que comme une cession de clientèle²⁵⁴. Cependant, les deux types de clientèles représentant une valeur économique importante, elles peuvent être envisagées comme des biens incorporels faisant partie du patrimoine de leur propriétaire, qui, à ce titre, peut les céder ou les mettre en gage²⁵⁵. Pourtant, les tribunaux ne se prononcent que rarement sur la propriété de la clientèle commerciale ou professionnelle et recourent plus facilement au droit des obligations en référant aux notions de concurrence

250. Notons, à titre d'exemple, l'article 733 C.c.Q. qui dispose que les legs peuvent concerner la propriété de biens incorporels. Selon cet article, un legs de « bien-clientèle » pourrait se concevoir.

251. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

252. *Id.*, p. 255 et suiv.; A. BEN ADIBA, préc., note 60, p. 379.

253. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 192; *Jeanty c. Labreque* [1978] C.S., 463; *Lévesque c. Théberge*, J.E. 2005-1663 (C.S.), appel rejeté (2007 QCCA 898); *Valiquette c. Valiquette*, [2003] R.R.A. 961 (C.S.).

254. *Kisber & Co c. Ray Kisber & Associates Inc.*, [1998] R.J.Q. 1342 (C.A.); *P. Brunet Assurance Inc. c. Lamanque*, J.E. 93-1655 (C.S.); *Contra* : *Vadeboncoeur c. 2851 – 2259 Québec Inc.*, J.E. 98-139 (C.S.), para. 45 : « Le droit civil ne considère pas l'achalandage comme un bien en soi, même si d'un point de vue comptable on peut lui attribuer une valeur. ».

255. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

déloyale ou encore de non-respect de l'obligation de loyauté pour régler les litiges.

Le malaise des tribunaux pour appréhender ces biens immatériels sous l'angle du droit de la propriété ne doit pourtant pas occulter la force attractive de la dématérialisation croissante de ces biens marchands à forte valeur économique et la pertinence de soulever la question de leur assimilation aux biens incorporels et de leur soumission au régime du droit des biens. Nous pouvons admettre *a minima* que « la propriété des choses incorporelles n'est [...] pas une propriété affaiblie mais une propriété réduite à ce qui est considéré comme l'essentiel : la disposition d'une valeur »²⁵⁶. Une lecture combinée des articles 899 et 947 du *Code civil du Québec* soulève nécessairement la question du régime juridique applicable à ces objets singuliers sous l'angle du droit de propriété. Or, si le droit de propriété a vocation à prendre sous sa coupe tant les biens corporels qu'incorporels, les règles du droit des biens portant sur l'acquisition de la propriété, ses modalités et ses démembrements ou encore son extinction devraient s'appliquer aux biens incorporels, droits comme biens immatériels, à défaut de dispositions spéciales²⁵⁷. Cependant, le droit commun des biens possède-t-il la souplesse nécessaire pour s'adapter aux particularités de ces biens sans corps?

256. P. BERLIOZ, préc. note 32, n° 619, p. 201.

257. *Contra Droit de la famille* – 2285, 1995 CanLII 4580 (QC CA) : « Certes, l'augmentation de la valeur des actifs d'une compagnie affecte positivement celle de l'action mais cette opération n'est que comptable; juridiquement, l'action demeure ce qu'elle est: " un bien incorporel ou plutôt droit mobilier, une sorte "d'intérêt" dans la compagnie qui n'est ni celui d'un propriétaire, ni celui d'un créancier mais plutôt celui, mesurable en argent, conférant à l'actionnaire certains droits ou intérêts établis par la loi et les termes d'un contrat " (M. Martel et P. Martel, *La compagnie au Québec*, vol. I, p. 243 - cité avec approbation dans *De Leeuw c. Caisse Populaire Notre-Dame-de-Québec*, [1992] R.D.J. 257 (C.A.) ».

B. L'élasticité du droit des biens

Le régime du droit commun des biens, *a priori* pensé pour les choses corporelles, recèlerait le potentiel pour s'adapter à la spécificité des biens incorporels²⁵⁸. Comment adapter les modes de raisonnement pour saisir les processus d'appropriation, de transmission, d'extinction de ces choses dénuées de *corpus* physique? Quelques exemples appliqués aux acquisitions dérivées (1), aux acquisitions originaires (2) ainsi qu'aux droits réels accessoires (3) permettront de montrer que, la nature particulière de ces biens, loin d'être obstacle à l'application du droit commun des biens, en dévoile sa richesse. Pour autant, ses illustrations ne visent ni à l'exhaustivité ni à la généralité.

1. L'acquisition dérivée

La délivrance de la chose. La délivrance est la mise à disposition du bien à l'acquéreur afin que ce dernier puisse en tirer tous les avantages d'un propriétaire²⁵⁹. L'article 1708 C.c.Q, selon lequel la vente est le transfert de la propriété d'un bien à une autre personne n'établit pas de distinction entre l'acquisition des biens corporels et incorporels. Le second alinéa de cet article précise par ailleurs que le transfert de propriété peut concerner un droit qu'il soit réel, personnel et même intellectuel. Nul doute à la lecture de cet article que l'acquisition dérivée des biens incorporels, biens droits comme biens immatériels, est régie par le *Code civil du Québec*²⁶⁰. Cependant, l'extériorisation du *corpus* du bien au moment de sa délivrance peut paraître problématique. L'exemple des valeurs mobilières dématérialisées non représentées par un certificat laisse entrevoir un certain embarras du législateur, qui a préféré maintenir une référence explicite au titre.

258. La malléabilité du droit des biens permet d'envisager le recours au droit commun mais celle-ci n'est pas infinie et l'on sent bien que certaines limites se profilent. La question nécessiterait une étude approfondie. Ce texte ne pourra en dresser qu'une brève esquisse.

259. Pierre-Gabriel JOBIN, avec la collaboration de Michelle CUMYN, préc. note 49, n° 94, p. 104.

260. En ce sens, Y. EMERICH, préc. note 7, n° 451, p. 257 et 258.

Ainsi, alors que la maîtrise (appelée livraison) se réalise par l'inscription dans les registres de l'émetteur (art. 55 et 85 LTVM) ou par accord de maîtrise (art. 56 et 57 LTVM), la LTVM a maintenu la délivrance par remise matérielle du titre comme mode de transfert des valeurs mobilières représentées par un titre²⁶¹. Cette assimilation des valeurs mobilières aux biens corporels par la remise du titre autorise une application rassurante du régime juridique de la délivrance du bien. Il se peut que la délivrance du bien cédé ne repose pas sur la remise d'un titre. Les modalités de la délivrance dépendent alors de la nature du bien vendu²⁶². L'usage du bien peut ainsi assurer les conditions d'extériorisation de sa délivrance. L'exemple du savoir-faire, illustré dans l'affaire *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.* soulève ce point délicat du *corpus* non représenté matériellement par un titre. Les juges relèvent que :

[P]our les biens incorporels (actions d'une société, créance hypothécaire), la délivrance s'effectue par la remise du titre, ou, quand le droit cédé n'est pas constaté par un écrit, par l'usage que l'acquéreur en fait à la connaissance et avec le consentement du vendeur²⁶³. [...] Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu *délivrance d'un savoir-faire*, il faut considérer cette dernière comme parfaitement réalisée lorsque l'acheteur est en mesure d'utiliser à bon escient et de façon fonctionnelle les connaissances reçues²⁶⁴.

Ainsi, pour les biens incorporels, en l'absence de *corpus* matériel, c'est l'usage qui permettra d'extérioriser la délivrance du bien immatériel. Il est intéressant de relever que les juges reconnaissent par ailleurs le caractère particulier de cette transmission de savoir-faire, qui ne dessaisit pas pour autant l'ancien propriétaire du bien puisque la délivrance n'a pas pour effet de le priver de son savoir-faire. Dans ce cas, le droit des

261. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n°297-305, p. 242 et suiv.

262. Y. EMERICH, préc. note 7, n° 452, p. 258.

263. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 163, par. 44. En ce sens P.-G. JOBIN, préc., note 49, n° 96, p. 105.

264. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 163, par. 44 et 45 (nos italiques).

contrats et notamment l'application du principe général de bonne foi (art. 6, 7 et 1375 C.c.Q) permettront de résoudre d'éventuels conflits entre l'ancien et le nouveau propriétaire du savoir-faire :

Au surplus, ironiquement, la transmission d'un savoir-faire est telle que celui qui s'en départit le conserve encore! Ce que le propriétaire du savoir-faire sait avant la délivrance, il le sait encore après la délivrance, et c'est *la nature même du bien incorporel* en l'espèce que de *se dédoubler à la délivrance*. En réalité, si le savoir-faire a une valeur commerciale, c'est qu'il la tire du fait qu'il n'est habituellement pas connu du grand public et est à la fois protégé par des ententes de non-concurrence et de non-divulgaration qui contraignent le vendeur, même après la délivrance.²⁶⁵

Le droit de disposer, d'user et de jouir de la chose. La propriété d'un bien incorporel n'est pas une propriété amoindrie et son titulaire bénéficie de tous les attributs de la propriété, dont le droit de disposer de son bien. C'est ainsi que dans une affaire récente, *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young Inc.*, les juges de la Cour d'appel du Québec ont précisé que le propriétaire d'un bien incorporel bénéficiait de tous les pouvoirs d'un propriétaire :

À mon avis, vu les dispositions du Code civil du Québec et de la Loi sur les mines, *la propriété vise tant le bien corporel qu'incorporel dans la mesure où le titulaire détient tous les attributs de la propriété* (usus, abusus, fructus)²⁶⁶.

Cette position a également été défendue en ce qui concerne le « bien-créance »²⁶⁷ et l'auteure en question relève que les spécificités des biens-créances n'empêchent pas son propriétaire de jouir (*usus, fructus, abusus*) de la même manière que le propriétaire d'un bien corporel de son bien. Certes, la particularité de ce bien incorporel entraîne une confusion de l'*usus* (usage de la

265. *Id*, par. 48 (nos italiques).

266. *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young Inc.*, 2013 QCCA 1323, par. 53 (nos italiques).

267. Y. EMERICH, préc., note 7, n° 251-290, p. 147-167.

chose) et de l'*abusus* (disposition de la chose) puisque le paiement, qui éteint la créance, relève à la fois de l'*usus* et de l'*abusus*, la destruction juridique d'un bien, comme sa destruction physique, dépassant le simple usage de la chose. Cependant, cette confusion s'explique avant tout par la consomptibilité du bien et non par sa nature incorporelle. Ainsi, comme pour tout bien consomptible, celui qui en a l'usage ne peut en user sans le détruire. Cette confusion des pouvoirs n'est ainsi pas différente de celle qui existe pour les biens matériels consomptibles, telle la monnaie (si l'on met de côté que la monnaie est aujourd'hui scripturale donc dématérialisée). Le *fructus*, quant à lui, est constitué des intérêts que peut rapporter cette créance. Enfin, l'article 1687 C.c.Q. qui admet la remise unilatérale n'a rien de dérogoire au droit commun puisque par cette opération, le propriétaire de la créance ne fait que détruire son bien, ce qui ressort des prérogatives liées à l'*abusus*.

Concernant la clientèle (bien immatériel par opposition au bien-droit), l'affaire *Mirarchi c Lussier* est à ce titre intéressante. Si la cour reconnaît que « [...] la clientèle d'une clinique dentaire est un bien qui pouvait faire l'objet d'une vente et être hypothéqué comme un bien incorporel »²⁶⁸, celle-ci précise cependant que « la partie de la clause interdisant aux appelants "d'accepter de traiter cette clientèle" est contraire à l'ordre public et doit être annulée »²⁶⁹. Ainsi, la nature particulière de ce bien limiterait les pouvoirs de disposition (*abusus*) du propriétaire. Pour autant, il n'y a rien de spécifique aux biens incorporels. La nature de certains biens corporels justifie également que des limites à leur libre disposition soient posées. Ces limitations, qui visent à encadrer l'exercice du droit de propriété, et non à l'anéantir, s'appliquent donc autant aux biens corporels qu'incorporels. Ainsi la clientèle peut faire l'objet d'un contrat de vente, mais le contexte particulier du domaine de la santé ainsi que la nature particulière de ce bien justifient que sa vente soit encadrée et soumise au contrôle des juges par le respect du principe de libre choix du

268. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 192, par. 48 (nos italiques).

269. *Id.*, n° 54.

médecin et liberté des médecins de traiter leurs patients²⁷⁰. Quant à la prérogative de l'abandon, issue de l'*abusus*, qui constitue le pouvoir essentiel de tout propriétaire, elle ne soulève pas plus de difficulté. Le praticien peut parfaitement cesser son activité sans vendre sa clientèle. En abandonnant son droit de propriété sur le bien, par contrecoup, il détruit juridiquement son bien qui perd alors toute valeur économique. En effet, le caractère éminemment personnel de la clientèle a pour corolaire que l'abandon entraînera la destruction du bien lui-même. Cette remarque est généralisable à d'autres biens immatériels liés à l'activité créatrice, pour lesquels l'abandon du droit de propriété (destruction juridique) entraînera la destruction de l'objet même du droit de propriété.

2. L'acquisition originaire : occupation, accession, prescription acquisitive

L'occupation est le mode d'acquisition des biens sans maître ou abandonnés. Selon l'article 914 du *Code civil du Québec*, l'occupation nécessite l'appréhension d'une chose avec la volonté de se l'approprier. L'occupation semble donc limitée aux choses *stricto sensu*, c'est-à-dire aux choses, nécessairement corporelles ²⁷¹, qui seules pourraient être appréhendées. Cependant, la notion de bien incorporel n'est pas cantonnée aux seuls droits patrimoniaux (biens-droits) et englobe des choses sans corps (biens immatériels), tels la clientèle ou le savoir-faire. Cet argument textuel ne suffit donc pas à écarter les choses immatérielles du domaine de l'occupation ²⁷². L'occupation se manifeste par l'appréhension de la chose à titre de propriétaire. L'appréhension, qui peut se définir comme la saisie d'une chose

270. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

271. Cf. *supra* p. 2 et 3 et note 14.

272. Yaëll Emerich précise que, bien qu'il n'y ait pas d'application pratique de l'acquisition de la propriété des créances par voie d'occupation, la possibilité théorique d'une telle application peut être envisagée, Y. EMERICH, préc., note 7, n° 591-597, p. 528-530.

par l'intelligence²⁷³, ne se limite pas à la seule maîtrise physique exercée sur les choses²⁷⁴. La maîtrise juridique doit aussi permettre l'acquisition de choses immatérielles. D'ailleurs les créations intellectuelles, considérées comme des biens nouveaux²⁷⁵ dans le sens de *res nullius*²⁷⁶, constituent par excellence des choses immatérielles susceptibles d'être soumises à l'appropriation par occupation²⁷⁷. Cependant, la corrélation précédemment établie entre l'abandon du droit de propriété et la destruction du bien semble cantonner le rôle acquisitif de l'occupation aux seuls biens immatériels en création (*res nullius*) et y faire échec pour les *res derelictae*, ces choses abandonnées par leur maître.

La *prescription acquisitive (usucapion)* et la *possession* des biens immatériels ont suscité de vives interrogations sur l'existence d'un *corpus* juridique. La prescription acquisitive, mode d'acquisition par possession prolongée, repose donc sur le mécanisme de la possession. La possession est définie comme « un pouvoir de fait sur un bien »²⁷⁸. Elle repose sur la réunion de deux éléments, l'un matériel, l'autre intellectuel, repris par l'article 921 C.c.Q: le *corpus* et l'*animus*²⁷⁹. Le *corpus*, élément matériel de la

-
273. *Dictionnaire Larousse*, « Appréhension : action d'appréhender quelque chose, de le saisir par l'intelligence », <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/appr%C3%A9hension/4744> (consulté le 10 juin).
274. Y. EMERICH, préc., note 7, n° 595, p. 529 et n° 608 et suiv., p. 33 et suiv. En ce sens également, Raymond TORTAT, *L'occupation en droit civil français*, Université de Bordeaux, 1955. L'auteur mettant en avant une conception volontariste de l'occupation, y admet que le seul pouvoir abstrait sur la chose peut suffire.
275. Jean-Marc MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », dans Adrienne HONORAT et Pierre JULIEN (dir.), *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 283.
276. Anne PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2001, p. 231, n°435.
277. François TERRE et Philippe SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 308, n°314.
278. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note. 4, n° 441, p. 647.
279. Friedrich Karl VON SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, traduit de l'allemand par H. Staedtler, 7^e édition, Bruxelles, Bruylant, 1866.

possession, sert à extérioriser la possession. Cette conception matérialiste de la possession semble réserver *de facto* aux seuls biens corporels la possession et la prescription acquisitive²⁸⁰. « La théorie de l'incorporation l'a confortée, en ce sens qu'elle a permis de croire que la propriété pouvait s'étendre du droit au support matériel qui l'incorpore »²⁸¹. C'est pourquoi l'idée de détacher le *corpus* de la notion de contrôle matériel exercé sur le bien pour l'étendre aux biens incorporels n'est pas encore unanimement admise. Ainsi, la possibilité d'admettre une conception intellectuelle de la possession ²⁸² s'accompagne d'une reconnaissance encore timide de l'existence d'un *corpus* juridique²⁸³. Pourtant, suivant la doctrine du « bien-droit », si ce qui est possédé n'est pas la chose, mais le droit, toute possession repose nécessairement sur un *corpus* juridique qui doit s'extérioriser. La possession d'un « bien-créance » a par ailleurs déjà été reconnue par la jurisprudence dans l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire Desjardins de St Théophile de Beauce*²⁸⁴. Certains auteurs reconnaissent aussi, à propos des inventions (envisagées comme bien immatériel), que si le dépôt d'une demande de brevet constitue l'acte matériel de la possession (*corpus* matériel), le fait de la garder secrète (*corpus* juridique) constitue également un acte possessoire²⁸⁵.

-
280. Par exemple P. BERLIOZ , préc., note 32, p. 64-65; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 18, n° 658, p. 426; P.-C. LAFOND, préc., note 18, p. 1065. L'auteur rejette l'idée de la prescription acquisitive des droits personnels (bien-créance); Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, n° 13-15, p. 9 et 10. Sylvio Normand constate que « [l]a doctrine se montre plutôt opposée à reconnaître que la possession puisse s'appliquer aux biens incorporels » : S. NORMAND, préc., note 2, p. 185.
281. A. BEN ADIBA , préc., note 21, n° 268, p. 218.
282. Y. EMERICH, préc., note 7, n° 624 et suiv., p. 342 et suiv.
283. A. BEN ADIBA , préc., note 21; Y. EMERICH, préc., note 7, n° 635, p. 348 D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 18; S. NORMAND, préc., note 18.
284. *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire Desjardins de St-Théophile de Beauce*, JE 98- 964 (CS).
285. A. PELISSIER, préc. note 276. L'auteure le qualifie de « pouvoir de fait ». Cependant, cette possession ne sera pas utile puisque le caractère public requis pour la prescription acquisitive fait ici défaut.

Deux exemples ²⁸⁶ illustrent la reconnaissance en droit québécois du *corpus* juridique. La possession *corpore alieno* (art. 921 C.c.Q.) qui permet au propriétaire de posséder le bien par le *corpus* d'autrui détache la possession du contrôle matériel sur le bien puisque le possesseur exerce son *corpus* par l'entremise d'un tiers, détenteur du bien. C'est donc à travers le *corpus* juridique que se manifeste le *corpus* du possesseur. Il semble intéressant de relever que cet article parle de « possession d'un bien » et non de « possession d'une chose », incluant donc la possession des biens incorporels (biens-droits comme biens immatériels). L'article 2919 C.c.Q., qui établit un délai de prescription acquisitive de trois ans pour les biens meubles, peut également être invoqué à l'appui de cet argument puisqu'il fait débiter le délai de la prescription à compter de la dépossession et non de la possession. Outre l'absence de distinction établie entre meubles corporels et incorporels, l'article rompt avec l'idée de la nécessité d'exercer une maîtrise physique ou matérielle sur le bien pour accomplir le délai utile à l'*usucapion*.

Cette reconnaissance du *corpus* juridique ne dispense pas, cependant, de s'assurer de l'extériorisation suffisante du *corpus*. Trois méthodes peuvent assurer cette extériorisation. L'accomplissement de certaines actions juridiques accomplies sur le bien constitue un premier indice de l'extériorisation du *corpus* juridique. Ces actes de jouissance peuvent en effet démontrer l'existence d'un certain degré de contrôle sur le bien (demande de paiement, actions en justice, exercice d'un droit)²⁸⁷. Cependant, la jurisprudence est réticente à admettre ce type de *corpus*, les actes juridiques pouvant être accomplis par une autre personne que le possesseur. La question de la maîtrise juridique du « bien-créance » a été largement discutée à l'occasion de la célèbre affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*. La Cour a reconnu que « la détention du titre tient lieu de détention de la

286. Yaëll Emerich explique que les articles 921 et 2919 al 1 C.c.Q. permettent de reconnaître, dans le droit québécois, l'existence d'un *corpus* juridique. Y. EMERICH, préc., note 7, p. 346-348.

287. Le fait d'exercer un droit sur un bien permettrait d'extérioriser le *corpus* : voir F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4.

créance elle-même, car elle permet, à elle seule, au créancier hypothécaire d'en obtenir *la maîtrise effective* »²⁸⁸. Si le support du titre permet de respecter la conception étroite du *corpus* comme maîtrise matérielle du bien, objet de la possession, l'absence de support matériel qui incorpore la chose soulève une question essentielle : en l'absence de *corpus* matériel, la possession ne pourrait pas jouer son rôle de publicité en matière mobilière. Comment alors s'assurer que les tiers ont connaissance du *corpus* juridique qui s'exerce sur un bien immatériel? La deuxième option qui permettrait de pallier cette absence d'extériorisation de *corpus* physique est celle de l'inscription sur le registre des droits réels et personnels mobiliers: l'opposabilité du droit par sa publication (art. 2938 C.c.Q.) extériorise l'exercice d'un pouvoir juridique sur ce bien. Ce pouvoir, reconnu par la connaissance des tiers, pourrait alors remplir pleinement son rôle de *corpus* juridique, le mécanisme de la publicité des droits assurant l'extériorisation nécessaire à la fonction probatoire de la possession des biens immatériels²⁸⁹. Comme le relève Yaëll Emerich, ces particularités ne remettent pas en cause la propriété sur les biens incorporels puisqu'il s'agit seulement d'une adaptation des règles du droit de la propriété aux spécificités de cet objet, sur lequel s'exerce une possession juridique²⁹⁰. C'est alors la publicité qui remplacera la possession pour la preuve du titre de propriété de ces biens immatériels²⁹¹. La troisième avenue est celle de l'*animus*. Au contraire du *corpus*, l'*animus*, qui est l'élément intellectuel de la possession, cette volonté de se comporter comme le propriétaire du bien, s'adapte parfaitement à l'immatérialité des biens. L'*animus* ne dépend pas de la nature matérielle ou immatérielle du bien. Pourquoi alors ne pas envisager d'inverser la présomption

288. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, par 13 (nos italiques).

289. L'article 928 C.c.Q. pose une présomption de titularité des droits en faveur du possesseur.

290. Y. EMERICH, préc., note 7, n° 311, p. 178 L'auteure relève que « [...] - cela ne constitue guère plus qu'une adaptation similaire de la propriété à son objet incorporel. »

291. A. BEN ADIBA, préc., note 21, p. 447 et suiv.

mise en place pour les biens corporels à l'article 921 al. 2 C.c.Q.²⁹² et recourir à une présomption du *corpus* tirée de la preuve de l'*animus* pour les biens immatériels? La preuve d'un *animus domini* est un indice sérieux de l'existence d'un *corpus* juridique. Cette intellectualisation de la possession permettrait peut-être de rompre avec l'idée que la possession n'aurait vocation à s'appliquer qu'aux choses corporelles.

L'accession mobilière par production ou par incorporation (union, mélange ou spécification) semble aussi s'accommoder de l'immatérialité. En cas d'union ou de mélange, les biens immatériels réunis (deux professionnels unissent ou mélangent leurs clientèles par exemple) ne formeront qu'un seul nouveau bien. S'il est impossible de déterminer quel bien a contribué davantage à la création du nouveau bien, les règles de l'indivision s'appliqueront, à moins que le juge ne décide, selon l'équité, de l'identité du propriétaire du nouveau bien (art. 975 C.c.Q.). La spécification constitue quant à elle, comme nous l'avons déjà évoqué, un domaine privilégié de l'accession mobilière dans le domaine de l'acquisition des biens intellectuels ou industriels, la force de travail étant très souvent à l'origine de la création humaine et industrielle, à condition que l'on accepte de l'envisager comme un bien²⁹³.

3. Droits réels accessoires

La possibilité d'établir un droit réel accessoire sur un bien incorporel a fait l'objet d'une thèse récente²⁹⁴. Ces biens, représentant une forte valeur économique, il peut être intéressant pour leur propriétaire de pouvoir les grever d'une hypothèque. L'article 2666 du *Code civil du Québec*, qui précise que l'hypothèque mobilière peut grever un bien incorporel, semble ouvrir la voie à une telle avenue. L'article 2684 C.c.Q. donne une

292. Selon l'article 921 al 2 C.c.Q., la preuve du *corpus* matériel permet de présumer l'existence de l'*animus*.

293. *Supra*.

294. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

indication des biens incorporels auquel le législateur a pensé : créance, compte client, brevet et marque de commerce. Cette liste n'étant pas exhaustive, d'autres biens incorporels, autant biens droits que biens immatériels, pourraient également faire l'objet d'hypothèques mobilières²⁹⁵. La question soulevée est encore la même : comment concilier l'immatérialité de ces biens avec la nécessité d'une dépossession du bien imposée par certaines hypothèques? Bien que de nombreux auteurs considèrent que la dépossession est inadaptée à l'immatérialité des biens²⁹⁶, la Cour Suprême du Canada semble pourtant avoir consacré une hypothèque mobilière avec dépossession sur les valeurs mobilières représentées par un titre non négociable²⁹⁷. Le droit québécois a d'ailleurs expressément reconnu l'hypothèque avec dépossession pour les valeurs mobilières²⁹⁸. Dès lors, le droit québécois semble accepter l'idée d'une dépossession fictive dont la sécurité serait assurée par la publicité des droits²⁹⁹.

Ces quelques exemples ont permis de faire ressortir deux spécificités communes des biens incorporels. L'absence de *corpus* physique et de perpétuité. La première nécessite la reconnaissance d'un *corpus* juridique. Cette reconnaissance doit peut-être passer par une procédure d'extériorisation du *corpus* par le biais d'une inscription ou d'un enregistrement des titres sur un registre public, soit déjà existant (registre de droits réels et personnels), soit nouveau, dédié aux biens incorporels. La seconde n'est finalement pas l'apanage des seuls biens incorporels³⁰⁰ puisque

295. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

296. *Id.*, n° 110, p. 95.

297. Aurore Ben Adiba constate que « les juges majoritaires dans la décision Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin, en fournissant une interprétation des travaux préparatoires du C.c.Q., ont admis la possibilité d'un gage sur ce type de biens », A. BEN ADIBA, préc., note 21, p. 96, à la note 373.

298. Article 2714.7 du Code civil du Québec issu de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiaires*, RLRQ c. T-11.002.

299. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

300. Catherine POURQUIER, *Propriété et perpétuité : Essai sur la durée du droit de propriété*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2000; Y. EMERICH, préc., note 7, n° 312-317, p. 178-181. L'auteure précise que la propriété

« [l]a durée de la propriété [peut] faire, comme ses utilités, l'objet de limitations »³⁰¹.

Conclusion

Malgré l'expansion du modèle économique libéral, qui enveloppe les richesses du voile de la propriété, la réflexion sur les biens immatériels en droit civil québécois est encore peu présente. Pour autant, la progression des biens immatériels bouscule la vision classique d'une propriété qui s'essouffle. Si le renouvellement de la définition du bien est en cours, tant à travers la reconnaissance du « bien-droit » que du paradigme de la valeur, les nouveaux rapports de l'individu au monde marchand, gouvernés par la valeur économique des choses (rareté et circulation) amèneront peut-être la propriété à changer de visage. Le modèle dogmatique dominant, qui repose d'une part sur la réservation perpétuelle des biens dans les mains d'un unique propriétaire concentrant toutes les utilités du bien, et d'autre part sur la prise en compte des richesses acquises par opposition aux richesses créées³⁰², ne semble plus répondre aux enjeux actuels. Les limites de l'exclusivité et de la perpétuité de la propriété individuelle sont bousculées par de nouveaux besoins, tels le libre accès ou la temporalité de certaines utilités.

Ainsi, ces nouveaux biens immatériels, qui sont aujourd'hui parmi les plus productifs³⁰³, suscitent des débats et des craintes. L'appréhension de ces nouvelles richesses par le droit des biens pourrait constituer un tremplin pour une réflexion critique, à la fois politique et sociale, de la conception de la propriété prenant

s'ajuste à son objet, le droit de propriété ne pouvant durer d'avantage que son objet. En ce sens également, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°233, p. 380 : « *Enfin, lorsque la chose disparaît le droit de propriété s'éteint faute d'objet. Tel est le cas en particulier de la propriété des droits incorporels, dont l'objet est nécessairement temporaire.* »

301. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°232, p. 380.

302. Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, coll. « Thémis Droit », Paris, PUF, 2011, p. 250.

303. Frédéric ZENATI, préc. note 1, p. 82.

en compte les mutations de la société. Car à la valeur économique des biens s'ajoutent des valeurs sociales (force de travail, intérêt collectif), culturelles (préservation des traditions, partage des connaissances) ou environnementales (eau, quotas) qui dépassent les réflexions sur l'immatériel. Il a déjà été proposé de placer hors de la sphère de l'appropriation, privative comme publique, certains biens essentiels aux besoins de l'individu³⁰⁴. Cependant, leur valeur économique les attire irrémédiablement dans la sphère du commerce juridique et de l'appropriation privative.

Dès lors, face à ces nouveaux enjeux (préservation des ressources, jouissance partagée, libre accès³⁰⁵), il devient urgent de repenser le modèle propriétaire au-delà du dogme de la propriété individuelle et exclusive et de découvrir d'autres modèles de gestion des biens matériels et immatériels. L'émergence d'un pluralisme propriétaire, marquant, selon certains, le tournant postmoderniste de la propriété³⁰⁶, est peut-être déjà à l'œuvre.

304. Marie-Alice CHARDEAUX, *Les choses communes*, Thèses, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2006.

305. Mélanie CLEMENT-FONTAINE, « Le renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », dans *Les modèles propriétaires au 21ème siècle, Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 51 et suiv.; Forum Mondial des sciences sociales, 15 octobre 2013, Montréal - Panel TEE, La production et la production ouverte des connaissances : stratégies, enjeux et mode(s) de fonctionnement, Carine Bernault, Mélanie Clément-Fontaine, Gaële Gidrol-Mistral, Fabienne Orsi et Agnès Robin. Mélanie CLEMENT-FONTAINE, « La production de la diffusion ouverte des connaissances: stratégies, enjeux et mode(s) de fonctionnement », (2014), *LPA*, p. 38-40.

306. Frédéric ZENATI-CASTAING, « Le crépuscule de la propriété moderne, Essai de synthèse des modèles propriétaires », dans *Les modèles propriétaires au 21ème siècle, Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 225 et suivantes.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE CONTENTIEUX DE L'IMMATRICULATION DU COMMERÇANT AU
REGISTRE DU COMMERCE ET DU CRÉDIT MOBILIER EN DROIT
OHADA

Auteur(s) : Irène Flore KAMNANG KOMGUEP

Revue : *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 1

Pages : 139-181

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11318>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11318>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LE CONTENTIEUX DE L'IMMATRICULATION DU COMMERÇANT AU REGISTRE DU COMMERCE ET DU CRÉDIT MOBILIER EN DROIT OHADA

par Irène Flore KAMNANG KOMGUEP*

En droit des affaires, le commerçant est soumis à plusieurs obligations au rang desquelles figure l'immatriculation au RCCM. Celle-ci constitue une mesure de publicité légale dont l'accomplissement vaut, sauf exception, reconnaissance de la qualité de commerçant à l'égard de la personne physique et déclaration de la société commerciale à l'état civil. En plus de ces résultats immédiats, l'immatriculation a pour but d'assurer la sécurité des transactions commerciales. C'est à juste titre que le droit a prévu et organisé le contentieux de l'inexécution de l'obligation d'immatriculation et celui relatif aux incidents de la procédure d'immatriculation. La question qui se pose est celle de savoir si l'intervention du juge contribue effectivement à vaincre non seulement la négligence ou l'inertie des assujettis, mais aussi les obstacles à l'attribution d'un numéro d'immatriculation. Si l'organisation des différents axes du contentieux de l'immatriculation du commerçant au RCCM paraît satisfaisante, les suites de l'intervention du juge demeurent quant à elles perfectibles à certains égards. Il est nécessaire d'envisager des pistes de solutions tant en ce qui concerne le traitement du contentieux de l'inexécution de l'obligation d'immatriculation que celui des incidents de la procédure d'immatriculation.

In African business law, traders are subject to many duties including that of registering their businesses in the Trade and Personal Property Credit Register. Registration is a means of publicly attributing the quality of trader to a physical person as well as of actually creating the business enterprise. It also ensures a measure of security in commercial transactions. Appropriately, the law sets out sanctions relating to the failure to register or to defects in the registration process. The present paper examines whether interventions by the judiciary actually discourage neglect in seeking registration or do they act as an obstacle to the granting of a registration number. While the various legal requirements for registration seem clear, on occasion, certain practices on the part of the judiciary need refining. It is thus necessary to propose solutions relating to the failure to register as well as to certain incidental aspects of the registration procedure.

* . Assistante à la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Yaoundé II-Soa (Cameroun).

SOMMAIRE

INTRODUCTION	141
I. Le traitement judiciaire du contentieux de l'inexécution de l'obligation d'immatriculation	149
A. Le caractère obligatoire de l'obligation d'immatriculation : une justification du pouvoir du juge	149
1. L'immatriculation : une obligation légale en droit OHADA	149
2. L'immatriculation forcée : l'option favorite du législateur OHADA	154
B. Le pouvoir du juge dans la mise en œuvre de l'obligation d'immatriculation	160
1. La saisine du juge	160
2. L'office extensible du juge	166
II. Le traitement judiciaire des incidents de la procédure d'immatriculation	169
A. Les incidents éventuels de la procédure d'immatriculation	169
1. Le rejet de la demande d'immatriculation	170
2. Le retrait de l'immatriculation et la radiation de l'inscrit	174
B. Les solutions judiciaires envisageables	178
CONCLUSION	180

INTRODUCTION

L'un des mérites salutaires du législateur OHADA¹ est, à n'en point douter, la clarification des conditions d'accès à la profession commerciale ainsi que celles relatives à l'acquisition de la qualité de commerçant. Les premières touchent, entre autres, à la soumission aux règles de capacité, aux incompatibilités et aux interdictions d'exercer une activité commerciale². Les secondes se rapportent aux critères de définition du commerçant contenus dans l'article 2 de l'AUDCG³. Aux termes de cet article, le commerçant est « *celui qui fait de l'accomplissement des actes de commerce par nature sa profession* »⁴. Sont aussi commerçantes par leur forme, et ce, quel

1. OHADA signifie Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Elle a été créée par le traité du 17 octobre 1993 signé à Port-Louis à l'Île Maurice. Ce traité a été révisé à Québec le 17 octobre 2008. De nos jours, le traité OHADA compte dix-sept États parties, à savoir le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.
2. Ces conditions constituent des limites nécessaires au principe de la liberté du commerce et de l'industrie institué par la loi française des 2 et 17 mars 1791 et consacré par le législateur camerounais par la *Loi n° 80-25 du 25 novembre 1980 fixant l'orientation de l'activité commerciale* et repris par la *Loi n° 90-031 du 10 août 1990*. Cf. François ANOUKAHA, « L'incompatibilité d'exercice d'une activité commerciale dans l'espace OHADA : Le cas du Cameroun », dans *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang*, t. 1, P.U.A., 2001, p. 5. L'objectif desdites limites est d'assurer la protection de l'intérêt de la personne qui aspire à la profession commerciale et de l'intérêt général. Cf. Yves GUYON, *Droit des affaires*, 8^e éd., t. 1, Paris, Economica, 1994, n° 38 et suiv.; Victor Emmanuel BOKALLI, « Commerçant », dans Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, n° 24 et suiv., p. 530 et suiv.
3. Ce sigle sera utilisé pour désigner l'Acte uniforme relatif au droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 à Lomé au Togo.
4. Dans sa forme, cette rédaction se distingue de celle de l'ancien article 2 qui disposait que « *sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». D'abord, l'expression redondante de « *profession habituelle* » a été abandonnée, ce qui est tout à fait logique, car la profession sous-entend l'habitude. Ensuite, le nouveau texte précise que le commerçant est celui qui accomplit des actes de commerce par nature. En réalité, cet ajout n'apporte aucune modification

que soit leur objet, les sociétés commerciales prévues à l'article 6 de l'AUSCGIE⁵. Cependant, il ne suffit pas pour la personne physique d'exercer des actes de commerce à titre de profession ou pour la société d'être constituée sous l'une quelconque des formes sociales autorisées pour se voir reconnaître la qualité de commerçant. L'une et l'autre doivent être immatriculées au RCCM⁶.

L'exigence de l'immatriculation du commerçant, personne physique ou morale, n'est certainement pas nouvelle⁷. Néanmoins,

fondamentale puisque la qualité de commerçant ne peut s'acquérir par l'accomplissement d'actes de commerce autres que les actes de commerce par nature. Cf. Pacôme FIENI, « Droit commercial général dans l'espace OHADA : étude comparative de l'ancien et du nouvel acte uniforme », (2012) 3 *Actualités Juridiques – Édition Droit Économique*, 22, D-13-34 (Ohadata). En définitive, les critères de définition du commerçant demeurent l'accomplissement d'actes de commerce à titre de profession et de façon indépendante.

5. Ce sigle sera utilisé pour désigner l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ce nouvel acte, adopté le 30 janvier 2014 et entré en vigueur le 4 mai de la même année, contribue à assurer une plus grande attractivité des investissements. L'une de ses innovations marquantes est l'institution de la société par actions simplifiée. Désormais, ont le caractère de commercialité par la forme la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée, la société anonyme et la société par actions simplifiée. Ces sociétés sont commerciales par leur forme, quel que soit leur objet. En ce sens, lire : Pascal NGUIHE KANTE, « Le domaine d'application du nouveau droit des sociétés commerciales de l'OHADA », (2002) *Annales de la Faculté de droit de Dschang* 77, 94, D-04-41 (Ohadata). Sur la réforme dudit Acte uniforme, cf. Boris MARTOR et Jawad FASSI-FEHRI, « Panorama de la réforme du droit des sociétés OHADA », (2014) 9-10 *Juris-Classeur Périodique*, coll. « Affaires », 1099; CENTRE AFRICAÏN POUR LE DROIT ET LE DEVELOPPEMENT, *L'essentiel sur les innovations de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé du 30 janvier 2014*, Séminaire de recyclage sur le nouveau droit OHADA des sociétés commerciales, Douala, Centre africain pour le droit et le développement, 2014.
6. Ce sigle sera utilisé pour désigner le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier.
7. Le projet de Code des sociétés UDEAC faisait déjà de l'immatriculation l'acte qui confère à la société la jouissance de la personnalité morale. Lire en ce sens : Paul-Gérard POUGOUE, « Scolie sur le projet de Code des sociétés UDEAC », (1991) *Revue Juridique Africaine*, 16 et suiv.

elle revêt actuellement une portée juridique significative avec la refonte de l'organisation et du rôle du RCCM. En effet, de simple répertoire de renseignements sans aucun rôle juridique, cette institution est devenue l'instrument d'information légale et de renforcement de la sécurité du crédit et des transactions⁸.

L'objet du RCCM est double : d'abord, il centralise les informations relatives aux opérateurs économiques; ensuite, il recueille les données relatives aux opérations économiques. S'agissant plus spécialement des opérateurs économiques soumis à la publicité légale au RCCM, leur nombre s'est considérablement élargi⁹. Les uns sont soumis à la déclaration d'activité¹⁰ : il s'agit de

-
8. À ce titre, l'article 34 de l'AUDCG dispose que « *le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier est institué aux fins de : - permettre aux assujettis à la formalité d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de faire leur demande d'immatriculation, d'obtenir dès le dépôt de leur demande leur numéro d'immatriculation et d'accomplir les autres formalités prévues par le présent Acte uniforme et toute autre disposition légale; - permettre aux entrepreneurs de faire leur déclaration d'activité, d'obtenir dès le dépôt de celle-ci leur numéro de déclaration d'activité et d'accomplir les autres formalités prévues par le présent Acte uniforme et toute autre disposition légale; - permettre l'accès des assujettis et des tiers aux informations conservées par le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier; - permettre de satisfaire aux exigences de sécurité, de célérité, de transparence et de loyauté nécessaires au développement des activités économiques; - recevoir les inscriptions relatives au contrat de crédit-bail et, aux sûretés prévues par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ou par toute autre disposition légale* ». Sur la réforme du RCCM, cf. Akuété Pedro SANTOS et Jean Yado TOE, *Droit commercial général OHADA*, coll. « Droit uniforme africain », Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 183, p. 11; Yvette Rachel KALIEU ELONGO, « Le rôle du registre du commerce et du crédit mobilier OHADA dans l'amélioration de l'accès au crédit », dans André AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2009, n° 1, p. 133; Pedro Akuété SANTOS, « L'immatriculation au nouveau registre du commerce et du crédit mobilier », (2000) *Revue togolaise de droit des affaires et de l'arbitrage*, 2 et 3.
9. Cf. P. AKUETO et Komlan ALEMAWO, « Registre de commerce et du crédit mobilier », dans Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2001, n° 42 et suiv.
10. En vertu de l'article 30, al. 6 de l'AUDCG, l'entrepreneur, bénéficiaire de la dispense d'immatriculation, est tenu de procéder à la déclaration de son activité au RCCM.

l'entrepreneur¹¹. Les autres sont tenus de procéder à l'immatriculation. Il en est ainsi des personnes physiques ayant la qualité de commerçant, des sociétés commerciales, des sociétés civiles par leur forme et commerciales par leur objet, des groupements d'intérêt économique, des succursales, de tous les groupements dotés de la personnalité juridique que la loi soumet à l'immatriculation au RCCM, de toute personne physique exerçant une activité professionnelle que la loi soumet à l'immatriculation audit Registre et des établissements publics ayant une activité économique et bénéficiant de l'autonomie juridique et financière¹². Seules les personnes physiques et morales soumises au régime de l'immatriculation et susceptibles d'avoir la qualité de commerçant sont prises en compte dans cette étude relative au contentieux de l'immatriculation du commerçant au RCCM en droit OHADA¹³.

-
11. L'entrepreneur est une création du nouvel AUDCG. Aux termes de l'article 30 dudit Acte uniforme, «*l'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue par le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle, civile, commerciale, artisanale ou agricole*». Il s'agit de tout entrepreneur individuel qui, en raison du niveau de son chiffre d'affaires annuel, a choisi de s'abriter sous le régime de faveur des entrepreneurs (art. 30, al. 2). Sur l'entrepreneur, cf. P. AKUETO et K. ALEMAWO, préc., note 9, n° 50, p. 1526; Thierry Noël KANCHOP, «*Libres propos sur l'entrepreneur : Essai de normalisation du secteur informel par le législateur OHADA*», (2013) 3 *Revue de droit des affaires OHADA*, 168-192; Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE, «*Entrepreneur*», dans Paul-Gérard POUGOUE, *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, p. 775-784.
12. Cf. art. 35 du nouvel AUDCG qui réforme l'article 19 de l'ancien Acte uniforme.
13. À l'évidence, cette étude entend se focaliser essentiellement sur l'une des formalités de publicité relative au RCCM, à savoir l'immatriculation. L'objectif est d'analyser la sanction civile du non-respect de cette forme de publicité ainsi que le règlement des différends susceptibles de survenir entre les assujettis à l'immatriculation et le greffier, l'aspect pénal ayant déjà fait l'objet d'une importante étude. Cf. Philippe KEUBOU et Fabius Corneille KAMLA FOKA, «*La sanction pénale du non-respect des formalités relatives au RCCM dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun*», (2012) *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires — Pratique Professionnelle*, 198-207; *Loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes OHADA*.

D'entrée de jeu, il ressort des dispositions combinées des articles 44 et 46 de l'AUDCG que toute personne physique dont l'immatriculation est requise par la loi ou toute personne morale soumise par des dispositions légales à l'immatriculation doit respectivement, dans le premier mois de l'exercice de son activité ou de sa constitution, demander son immatriculation au RCCM au greffe de la juridiction compétente ou au responsable de l'organe compétent dans l'État partie du ressort dans lequel son activité se déroule ou dans lequel se situe son siège social. Sont donc concernées d'une part les personnes physiques qui peuvent avoir la qualité de commerçant au sens de l'article 2 de l'AUDCG, et d'autre part, les personnes morales énumérées par l'article 6 de l'AUSCGIE pouvant accéder à la personnalité juridique par le biais de l'immatriculation au RCCM.

Avec la nouvelle ère d'allègement des formalités qui doivent être centralisées au RCCM, la procédure d'immatriculation qui était jusque-là taxée de lourde¹⁴ est désormais profondément simplifiée¹⁵. En disposant que « *toute [...] demande d'immatriculation est établie sur le formulaire mis à disposition à cet effet par le greffe ou l'organe compétent dans l'État Partie, sauf le cas d'utilisation des moyens électroniques* », l'article 39 de l'AUDCG consacre une simplification à double moyen : d'abord par l'ouverture en prévoyant à côté de la voie écrite classique, l'immatriculation par la voie électronique; ensuite, par l'allègement de la procédure écrite grâce à la suppression de l'exigence du formulaire d'immatriculation en quatre exemplaires¹⁶. La simplification de la procédure d'immatriculation est utilement couplée à la célérité, car le greffier ou l'organe compétent dans l'État partie peut délivrer le

14. Cf. François ANOUKAHA, Abdoullah CISSE, Ndiaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAM, Paul-Gérard POUGOUE et Moussa SAMB, *OHADA — Sociétés commerciales et G.I.E.*, coll. « Droit uniforme africain », Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 161, p. 98; A. P. SANTOS et J. Y. TOE, préc., note 8, n° 204, p. 125.

15. Cf. P. FIENI, préc., note 4, 8.

16. Qui avait été consacrée par l'article 22 de l'ancien AUDCG : « *toutes les déclarations sont tenues en quatre exemplaires sur formulaires fournis par le greffe* ».

numéro d'immatriculation sur-le-champ¹⁷, ce qui est avantageux pour le commerçant qui jouira des avantages de l'immatriculation sans avoir à trop attendre et pour les économies des États parties dont les investissements pourront connaître un réel coup d'accélération. C'est dire que l'intérêt recherché est à la fois micro¹⁸ et macroéconomique¹⁹. En vue d'en assurer une protection efficace, le législateur a fait de l'accomplissement de l'immatriculation une obligation²⁰ dont l'inexécution peut être judiciairement palliée. Fort de ces considérations, la présente analyse n'est pas sans importance.

À titre général, l'immatriculation est entendue comme l'action d'inscrire sur un registre, sous un numéro d'ordre, le nom d'une personne ou d'une chose en vue de l'identifier à des fins diverses. De façon spéciale, l'immatriculation au RCCM est la procédure au terme de laquelle un commerçant, personne physique ou morale, se fait inscrire sur le registre conçu à cet effet en vue, respectivement, de se faire reconnaître la qualité de commerçant²¹

-
17. À titre de rappel, l'article 34 précité de l'AUDCG prévoit que les « *assujettis à la formalité d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de faire leur demande d'immatriculation, d'obtenir dès le dépôt de leur demande leur numéro d'immatriculation et d'accomplir les autres formalités prévues par le présent Acte uniforme et toute autre disposition légale* ». Sur le traitement accéléré de la demande d'immatriculation, cf. Nicolas GUERRERO, « Registre du commerce et des sociétés : des formalités simplifiées pour un traitement accéléré », (2012) 280 *Gaz. Pal.*, 5.
18. Les opérateurs économiques peuvent de ce fait bénéficier des opportunités de création de relations d'affaires avec un minimum de sécurité garantie. Cf. P. AKUETO et K. ALEMAWO, préc., note 9, n° 1, p. 1511.
19. Par l'immatriculation au RCCM, l'État peut être en mesure d'effectuer des contrôles sur les activités économiques et d'analyser la dynamique économique. *Id.*
20. Cf. art. 44 et 46 de l'AUDCG.
21. L'immatriculation crée à l'égard de l'inscrit la simple présomption de commercialité (art. 59 de l'AUDCG). Ainsi, celui qui est assujéti à l'immatriculation et qui ne l'a pas requise dans le délai ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant jusqu'à son immatriculation effective (art. 60, al. 1 de l'AUDCG). Il ne peut néanmoins ni invoquer ce défaut d'immatriculation pour se soustraire à ses obligations inhérentes à cette qualité (art. 60, al. 3 de l'AUDCG), ni opposer aux tiers et aux administrations publiques, qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et

ou d'acquérir la personnalité morale²². Au fond, cette procédure varie selon que le demandeur est une personne physique²³ ou une personne morale²⁴. Sur la forme au contraire, la distinction s'estompe, car quelle que soit l'identité de l'assujetti, la demande d'immatriculation tenue en un formulaire unique doit être déposée auprès du greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent dans l'État partie²⁵, puis traitée suivant les mêmes diligences.

En principe, le déclenchement de la procédure d'immatriculation est l'œuvre du commerçant et son aboutissement dépend de la décision du greffier de la juridiction compétente ou de l'organe compétent dans l'État partie. Exceptionnellement, le juge peut ordonner l'accomplissement de la formalité d'immatriculation. Il peut en plus arbitrer les contestations survenues en cours de procédure entre le greffier et le demandeur. À cet égard, le contentieux de l'immatriculation du commerçant au RCCM est essentiellement l'apanage du juge. La réalisation de son intervention augure de l'intérêt dont l'étude est porteuse.

En effet, le contentieux de l'immatriculation du commerçant peut s'élever dans deux hypothèses distinctes. Le premier cas de contentieux se situe en amont de la procédure d'immatriculation et est relatif à l'inexécution de la publicité au RCCM. Cette inexécution constitue une violation de la loi qui a fait de l'immatriculation une formalité obligatoire. Le second cas de contentieux peut surgir en

actes sujets à transcription ou mention, sauf si ces derniers ont été publiés au RCCM (art. 61 de l'AUDCG).

22. L'immatriculation est à ce titre la déclaration de la société à l'état civil. Cf. F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE et M. SAMB, préc., note 13, p. 8. Son défaut entraîne l'absence de personnalité morale conformément à l'article 60, al. 2 de l'AUDCG, lequel est renchéri par l'article 98 de l'AUSCGIE qui dispose que « toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement ».

23. Cf. art. 44 et 45 de l'AUDCG.

24. Cf. art. 46 à 48 de l'AUDCG.

25. Cf. art. 44 et 46 de l'AUDCG.

cours de la procédure d'immatriculation. Il en est ainsi lorsqu'un dossier d'immatriculation est entaché d'irrégularités. Dans cette circonstance, le greffier pourra soit refuser de procéder à l'enregistrement du demandeur en rejetant son dossier, soit retirer l'immatriculation lorsque l'irrégularité a été constatée postérieurement à l'enregistrement. Chacune de ces décisions du greffier constitue un incident pouvant faire l'objet d'un contentieux devant la juridiction compétente.

Qu'il s'agisse du contentieux relatif à l'inexécution de l'obligation d'immatriculation ou aux incidents de la procédure d'immatriculation, la question qui se pose est celle de savoir si l'intervention du juge contribue effectivement à vaincre non seulement la négligence ou l'inertie des assujettis, mais aussi les obstacles à l'attribution d'un numéro d'immatriculation. *A priori*, les possibilités d'intervention qui sont légalement reconnues au juge présentent un résultat appréciable. Au-delà du fait que le juge assure la surveillance de la tenue du RCCM par le greffier, il peut intervenir dans le déclenchement de la procédure d'immatriculation par son pouvoir d'injonction²⁶ ainsi que dans son aboutissement. Cependant, lorsqu'on explore l'efficacité de l'intervention, on se rend compte que le législateur a omis de prévoir, dans le premier cas, les garanties de l'exécution de la décision d'injonction et dans le second, les décisions appropriées qui peuvent s'imposer. Ainsi, par hypothèse, si l'organisation des différents axes du contentieux de l'immatriculation du commerçant au RCCM paraît satisfaisante, les suites de l'intervention du juge demeurent quant à elles

26. Au sens général du terme, l'injonction est un ordre, une prescription, un commandement émanant d'une autorité. En procédure civile, l'injonction est un ordre donné par le juge aux parties ou aux auxiliaires de justice dans une cause dont il est saisi. Cf. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, Association Henri Capitant, P.U.F., 2012, p. 545 et 546. On distingue dans ce cadre l'injonction de payer et l'injonction de faire ou de ne pas faire. Dans la présente étude, seule l'injonction de faire est visée. Il s'agit d'une procédure permettant d'obtenir du juge des référés ou des requêtes une ordonnance prescrivant l'exécution en nature d'une obligation. Le juge a effectivement le pouvoir de décerner l'ordre au commerçant de s'inscrire au RCCM. Cf. art. 68 de l'AUDCG.

perfectibles à certains égards. Il est nécessaire d'envisager des pistes de solutions tant en ce qui concerne le traitement du contentieux de l'inexécution de l'obligation d'immatriculation (I) que celui des incidents de la procédure d'immatriculation (II).

I. Le traitement judiciaire du contentieux de l'inexécution de l'obligation d'immatriculation

C'est en vertu des dispositions de l'article 68 de l'AUDCG que le juge peut ordonner au commerçant, personne physique, ainsi qu'aux fondateurs d'une société commerciale de procéder aux inscriptions initiales et ultérieures au RCCM. Le domaine de la contrainte judiciaire n'est donc pas négligeable. Il s'agit non pas d'en faire un simple exposé, mais de s'y référer pour mettre en exergue, d'une part, le caractère obligatoire de l'obligation d'immatriculation qui constitue la justification du pouvoir du juge (A) et d'autre part, le pouvoir du juge dans la mise en œuvre de l'immatriculation forcée (B).

A. Le caractère obligatoire de l'obligation d'immatriculation : une justification du pouvoir du juge

Si le commerçant, personne physique ou personne morale, peut être contraint en vertu de l'article 68 de l'AUDCG à s'inscrire au RCCM, c'est bien parce que, en droit OHADA, l'immatriculation est considérée comme une obligation légale (1). Étant donné que la contrainte judiciaire ne semble pas être soumise à une quelconque limitation de durée, l'on peut conclure que l'immatriculation forcée apparaît à coup sûr comme l'option favorite du législateur (2).

1. L'immatriculation : une obligation légale en droit OHADA

L'immatriculation au RCCM constitue l'unique condition de forme pour la personne physique afin d'accéder au statut de commerçant et pour les sociétés commerciales de bénéficier des

avantages liés à la personnalité morale²⁷. *A contrario*, le défaut d'immatriculation constitue un simple obstacle à l'invocation dudit statut et desdits avantages. Ce qui laisse sous-entendre que la personne physique commerçante en vertu de l'article 2 de l'AUDCG et les fondateurs qui auront choisi l'une des formes de sociétés commerciales prévues par l'AUSCGIE pourraient librement se soustraire à l'exigence d'immatriculation. Pour une bonne précision, il convient de distinguer selon que l'immatriculation est considérée comme un acte volontaire ou comme une obligation légale.

Dans la première hypothèse, le refus d'accomplir cette formalité ne pourrait *a priori* être vaincu par le juge. Pourtant, on pourrait admettre le contraire en estimant que, puisque l'immatriculation est une simple formalité, son inexécution relève de l'inertie ou de la négligence du commerçant, personne physique, ou des fondateurs de la société commerciale. Le recours à l'exécution forcée pourrait alors être envisagé, notamment en ce qui concerne les sociétés commerciales. Dans ce cas, le fondement d'un tel recours serait, selon certains auteurs²⁸, l'article 6 de la loi du 24 juillet 1966, corollaire de l'article 75 de l'AUSCGIE²⁹. Ces auteurs

-
27. En l'occurrence, elle fait naître le patrimoine social et permet aux dirigeants des sociétés de capitaux de retirer les fonds déposés par les apporteurs en numéraire (*cf.* art. 314, al. 2; 398, al. 3 et 827-12, al. 2 de l'AUSCGIE applicables respectivement aux sociétés à responsabilité limitée, aux sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et à celles qui le font). L'acquisition de la personnalité morale permet également de reprendre les engagements souscrits en cours de formation de la société (*cf.* art. 108 à 112 de l'AUSCGIE) et fait courir la durée statutaire d'existence de la société, etc.
28. À l'instar de Georges RIPERT et René ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 11^e éd., t. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, n° 757.
29. Aux termes de cet article, « *si les statuts ne contiennent pas toutes les mentions exigées par le présent Acte uniforme ou si une formalité prescrite par celui-ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé peut demander à la juridiction compétente, dans le ressort de laquelle est situé le siège social, que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution. Le ministère public peut également agir aux mêmes fins* ».

ajoutent à ce propos que l'action en régularisation se trouve exceptionnellement imprescriptible.

Néanmoins, cette position est jugée à la fois incohérente et excessive. Elle est incohérente dans la mesure où faire appel à ces dispositions supposerait que l'immatriculation soit une formalité obligatoire. Ce qui n'est pas conforme à notre hypothèse et à l'esprit du droit antérieur à la réforme OHADA qui confère aux fondateurs le droit d'abandonner la réalisation de leur projet sans que l'on puisse leur reprocher la violation de la loi. En plus, l'action en régularisation des statuts court à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts. C'est dire que l'article 75 de l'AUSCGIE ne saurait servir de fondement à l'exécution de l'immatriculation du commerçant au RCCM. Elle est excessive, car l'immatriculation ne semble pas être réductible à la qualification de simple formalité. Et si tel peut être le cas, les fondateurs devraient conserver le droit souverain de différer ou d'abandonner la réalisation de leur projet de société³⁰. Dans cette optique, on peut penser que si les associés ne veulent plus s'immatriculer, ils ne souhaitent pas davantage se maintenir dans les liens d'une société en participation. L'abandon de l'immatriculation peut alors être conçu comme le signe du désaccord entre les associés qui souhaitent certainement reprendre leurs apports. Le juge se gardera simplement le droit d'octroyer des dommages et intérêts aux victimes d'attitudes fautives des fondateurs. Par ailleurs, le non-respect par le commerçant, personne physique, de l'immatriculation considérée comme un simple acte volontaire ne peut emporter d'autres sanctions en dehors de celles qui consistent à lui refuser le bénéfice des droits attachés à son statut et à lui imposer les obligations qui en découlent dans ses rapports avec ses cocontractants.

Dans la seconde hypothèse, l'inexécution de l'obligation doit en toute logique être palliée. C'est cette seconde option qui a été

30. Cf. Jacques MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », (1985) *Revue de jurisprudence commerciale*, 89.

consacrée par le législateur OHADA³¹ tant en ce qui concerne l'immatriculation initiale que l'enregistrement des mentions modificatives, complémentaires et secondaires.

L'immatriculation initiale est régie par les articles 44, al. 1³² et 46, al. 1 de l'AUDCG applicables respectivement aux personnes physiques et aux personnes morales³³. L'emploi de la forme impérative dans ces textes exprime la volonté du législateur OHADA de faire de l'immatriculation au RCCM non pas une simple formalité facultative, mais une véritable obligation juridique faisant accéder les personnes physiques et les personnes morales à une existence juridique opposable à tous³⁴. L'article 98 de l'AUSCGIE dispose d'ailleurs en ce qui concerne les sociétés commerciales que « toute

-
31. Cf. Boris MARTOR, Nanette PILKINGTON, David SELLERS, Sébastien THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2004, n° 319, p. 75.
32. Cet article dispose que « toute personne physique dont l'immatriculation est requise par la loi doit, dans le premier mois de l'exercice de son activité, demander au greffe de la juridiction compétente ou l'organe compétent dans l'État partie, dans le ressort de laquelle son activité se déroule, son immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ».
33. Pour application, cf. CCJA, arrêt n° 040/2009 du 30 juin 2009, aff. Barou Entreprise des travaux dite BETRA c/Société d'exploitation des Mines d'Or de Sadiola dite SEMOS SA, n° J040-06/2009 (Juris-Data). En se fondant sur l'article 25 de l'ancien AUDCG, la Cour a rendu l'attendu suivant : « Mais attendu, en l'espèce, qu'il résulte des productions, notamment d'un extrait du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier que M. Keita Oumar est bien inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, en application de l'article 25 de l'Acte uniforme relatif au droit commerciale général, sous le n° MA.BKO 2008.A5289 du tribunal du commerce de Bamako avec comme activité principale « entrepreneur de travaux « BETRA »; Qu'il s'agit donc d'une entreprise individuelle; Que c'est pour cette raison que dans le contrat signé en août 1997 entre SEMOS et BETRA, cette dernière a été désignée sous le vocable « entrepreneur » et représenté par son directeur M. Oumar Keita; Qu'ainsi, il s'agit bien d'une procédure dirigée contre M. Keita Oumar, personne physique et seul propriétaire de l'entreprise individuelle BETRA et pouvant s'inscrire, comme il l'a fait au Registre de Commerce et du Crédit Mobilier conformément à l'article 25 de l'Acte uniforme précité; Que de tout ce qui précède, il y a lieu de déclarer recevable le recours formé par BETRA ».
34. Cf. Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux, Montchrestien, 2009, n° 364, p. 232.

société commerciale jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement». En application de cette disposition, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a admis dans son arrêt du 1^{er} juillet 2010³⁵ que la production d'un extrait du RCCM prouve la personnalité juridique de la société commerciale jusqu'à inscription de faux³⁶. L'immatriculation doit être requise dans le mois qui suit soit l'exercice de son activité par la personne physique, soit la constitution de la société commerciale³⁷. Faute pour les assujettis de la requérir dans ce délai, le juge peut les y enjoindre³⁸.

L'enregistrement des mentions modificatives, complémentaires et secondaires, constitue également une obligation qui s'impose aussi bien au commerçant individuel qu'aux personnes morales. En effet, conformément à l'article 52 de l'AUDCG, si la situation de l'assujetti subit ultérieurement des modifications qui exigent la rectification ou le complément des

-
35. CCJA, arrêt n° 044/2010 du 1^{er} juillet 2010, aff. African petroleum consultants sarl dite APC c/ Chevron Texaco Cameroun SA anciennement Shell Cameroun SA, Texaco Cameroun Sa, Chevron Texaco Africa Holdings Limited, Chevron Middle East Holdings Limited, n° J044-07/2010 (Juris-Data) : « *qu'en outre, APC a produit au dossier un extrait des minutes du greffe du tribunal de commerce de Douala contesté par la défenderesse mais faisant foi jusqu'à inscription de faux et qui mentionne le nombre 016024 comme numéro d'immatriculation de la société AFRICAN PETROLEUM CONSULTANTS au registre du commerce; qu'il suit, au regard de ce qui précède, que cette fin de non-recevoir n'est pas fondée* ». Dans le même sens, cf. TGI Moungo, ordonnance n° 04/CC du 27 janvier 2006, aff. La société MENESSION SARL c/ La liquidation des Ets GORTZOUNIAN, J-07-140 (Ohadata); CA Abidjan (Côte d'Ivoire), Chambre civile et commerciale, 5^e div., n° 691, aff. Société Elea (FDKA) c/ SAFCA (Dogue Abbe Yao et associés), J -08-04 (Ohadata).
36. L'inscription de faux est entendue comme la « *contestation portée devant une juridiction civile, soit à titre incident, soit à titre principal en vue de faire reconnaître qu'un acte authentique est faux* ». Cf. G. CORNU (dir.), préc., note 26, p. 550.
37. Étant entendu qu'une société est constituée à compter de la signature de ses statuts ou, le cas échéant, de leur adoption par l'assemblée générale constitutive. Cf. art. 101 de l'AUSCGIE.
38. Cf. art. 68 de l'AUDCG.

énonciations portées au RCCM, il doit formuler, dans les trente jours de cette modification, une demande de rectification ou de mention complémentaire. De même, toute modification concernant notamment l'état civil, le régime matrimonial, la capacité et l'activité de l'assujetti, personne physique, ou encore toute modification concernant le statut des personnes morales assujetties à l'immatriculation doit être mentionnée au RCCM³⁹.

Il reste à noter qu'en faisant de l'immatriculation et des mentions modificatives, complémentaires et secondaires, au RCCM un impératif, le législateur OHADA s'est résolument arrimé à la nouvelle donne de développement des activités économiques *via* la transparence et la sécurité⁴⁰. Le RCCM qui est l'instrument devant conduire à atteindre ce noble objectif assure entre autres l'accès des assujettis et des tiers aux informations qui y sont conservées et la satisfaction des exigences de sécurité, de célérité, de transparence et de loyauté nécessaires au développement des activités économiques⁴¹.

2. L'immatriculation forcée : l'option favorite du législateur OHADA

L'immatriculation forcée est prévue par l'article 68 de l'AUDCG⁴². Conformément à cette disposition, les assujettis

39. La cessation partielle d'activité doit également être mentionnée au RCCM. Cf. art. 52 de l'AUDCG.

40. Cf. P. KEUBOU et F. C. KAMLA FOKA, préc., note 13, 189.

41. Cf. art. 34 de l'AUDCG.

42. Aux termes de cet article, « *faute par un assujetti à une formalité prescrite au présent Acte uniforme de demander celle-ci dans le délai prescrit, la juridiction compétente ou l'autorité compétente dans l'État Partie, statuant à bref délai, peut, soit d'office, soit à la requête du greffe ou de l'organe compétent dans l'État partie en charge du registre du commerce et du crédit mobilier ou de tout autre requérant, rendre une décision enjoignant à l'intéressé de faire procéder à la formalité en cause. Dans les mêmes conditions, la juridiction compétente ou l'autorité compétente dans l'État Partie peut enjoindre à toute personne physique ou morale immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de faire procéder : soit aux mentions complémentaires ou rectifications omises; soit aux mentions ou*

disposent du délai d'un mois imparti par la loi pour procéder volontairement à l'immatriculation initiale et à la mention des modifications ultérieures au RCCM. À l'expiration de ce délai, les chances pour le commerçant, personne physique et personne morale, d'accomplir les formalités d'inscription requises ne sont pas perdues. Le législateur prévoit à ce propos la voie de la contrainte⁴³. En ce sens, dans l'arrêt rendu le 28 juin 2005 par la Cour d'appel d'Abidjan⁴⁴, statuant sous le *visa* d'une part des anciens articles 19 (b) et 38 de l'AUDCG et d'autre part de l'article 98 de l'AUSCGIE, le juge remarqua que la société d'aconage, de transports et de manutention (SATRAM), société anonyme en raison de sa forme, au capital social d'un milliard de francs et ayant son siège social à Port-Gentil, est assujettie à la formalité de l'immatriculation. Les différents documents produits par la SATRAM ne comportant aucune indication de nature à attester sa conformité aux articles ci-dessus cités, qui revêtent par ailleurs un caractère impératif, la régularisation de cette situation peut être ordonnée par le juge en charge de la surveillance du RCCM.

S'il est aisé de connaître la date d'expiration du délai d'un mois prévu pour l'action volontaire du commerçant, en revanche aucun délai n'est prévu pour l'exercice de l'action en injonction de faire prévue par l'article 68 de l'AUDCG. On peut alors être tenté de conclure qu'il s'agit d'une action imprescriptible. La personne physique qui a débuté son activité et la société commerciale constituée depuis un mois pourraient donc se voir contraintes dans un temps bref ou relativement long, en fonction des diligences des requérants, à accomplir les formalités requises. C'est dire que tant que l'injonction de faire qui constitue un palliatif à l'inertie du commerçant traîne à intervenir, le commerçant qui a d'ores et déjà

rectifications nécessaires en cas de déclaration inexacte ou incomplète; soit à sa radiation ».

43. Mais rien ne semble exclure la possibilité pour le commerçant de requérir son immatriculation auprès du greffe ou du responsable de l'organe compétent dans l'État partie au-delà du délai légal.
44. CA Abidjan (Côte d'Ivoire), Chambre civile et commerciale, 5^e div., n° 691, préc., note 35.

entamé son activité ou qui s'est déjà constitué gardera le statut de commerçant de fait.

En ce qui concerne spécifiquement le cas de la société commerciale constituée, sera-t-elle considérée comme une société en participation ou une société de fait? En réalité, il ne saurait s'agir d'une société en participation, car celle-ci suppose à la base une renonciation expresse des associés à ne pas procéder à son immatriculation⁴⁵. Dans ce cas, l'article 68 de l'AUDCG ne leur sera pas appliqué dans un délai ni proche, ni lointain. De surcroît, la société commerciale qui n'a pu être immatriculée involontairement ou à la suite de la contrainte ne saurait être prise comme une société en participation. Elle pourra néanmoins être qualifiée de société de fait si l'on s'en tient à la définition qu'en donne l'article 865 de l'AUSCGIE⁴⁶. Encore faut-il cerner la notion de vice

45. Cf. art. 114 de l'AUSCGIE.

46. Aux termes de ce texte en effet, « *lorsque deux (2) ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par le présent Acte uniforme mais qui comporte un vice de formation non régularisé ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le présent Acte uniforme, il y a société de fait* ». Par cette nouvelle définition, le nouvel AUSCGIE innove en mettant un terme à la confusion qui existait jusque-là entre la société de fait et la société créée de fait. En effet, le législateur désignait sous le même vocable de société de fait, c'est-à-dire la situation dans laquelle « *deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des formes de sociétés reconnues par le présent Acte uniforme* » (art. 964 de l'ancien AUSCGIE) et de celle dans laquelle « *deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par le présent Acte uniforme mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont institué entre elles une société non reconnue par le présent Acte uniforme* » (art. 865 de l'ancien AUSCGIE). Sur la critique de cette confusion, cf. Charles MBA-OWONO, « Société de fait et société créée de fait : une distinction empreinte de confusion en droit uniforme OHADA », dans Xavier HENRY (dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation*, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2009, D-10-19 (Ohadata). Sur la référence aux dispositions imprécises des articles 864 et 865 de l'ancien AUSCGIE, cf. CA Centre (Yaoundé-Cameroun), arrêt n° 380/Civ/2008 du 05 novembre 2008, aff. KAGO LELE Jacques c/ TCHOUPO Christophe. Désormais, la notion de société de fait correspond à la catégorie de société de droit dégénérée tandis que la société créée de

de formation. Elle peut renvoyer à l'irrégularité ou à l'incomplétude des statuts, aux formalités de publicité prévues pour les sociétés de personnes, à celles applicables à toutes les sociétés commerciales au rang desquelles l'immatriculation et les inscriptions conséquentes.

Cette qualification n'est cependant possible que lorsque la société commerciale en cause a été constituée sous la forme de société de personnes, pour la simple raison que dans ce cas, l'immatriculation ne constitue pas, en principe, la condition de mise à disposition des fonds destinés à faire fonctionner la société⁴⁷. Néanmoins, puisque ce qui n'est pas interdit est permis, il n'est pas exclu que les associés de ces sociétés conditionnent la disponibilité des fonds à l'immatriculation au RCCM. Cette hypothèse rejoindrait alors celle des sociétés de capitaux; les chances de ces dernières de fonctionner en fait semblent être énormément réduites ou purement inexistantes. En effet, qu'il s'agisse de la société à responsabilité limitée ou de la société anonyme faisant ou non appel public à l'épargne, les fonds provenant de la libération des parts sociales font l'objet d'un dépôt immédiat par le fondateur, en banque ou dans tout autre établissement de crédit ou de microfinance dûment agréé, contre récépissé, dans un compte ouvert au nom de la société en formation ou à l'étude d'un notaire⁴⁸. Les fonds ainsi déposés sont rendus indisponibles⁴⁹ et ne peuvent être retirés qu'après l'immatriculation de la société au RCCM. Ce qui veut dire que, tant que l'immatriculation n'a pas eu lieu, la société ne peut théoriquement fonctionner pour cause d'indisponibilité des apports en numéraire qui pourraient, par hypothèse, constituer une portion importante du capital social. Ceci est d'autant vrai que s'agissant par exemple des sociétés à responsabilité limitée, si les parts

fait renvoie à la catégorie de société qui s'ignore. En ce sens, il y a société créée de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par l'Acte uniforme (art. 864 du nouvel l'AUSCGIE).

47. Aucun dépôt de fonds n'ayant d'ailleurs été effectué auprès d'une banque.

48. Cf. art. 313, 393, 827-4 de l'AUSCGIE applicables respectivement aux SARL, SA et SA faisant appel public à l'épargne.

49. Cass. Com., 19 mai 1998, (1998) 10 *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, n° 1144.

sociales doivent être souscrites en totalité par les associés, elles ne peuvent être intégralement libérées que lorsqu'elles représentent les apports en nature⁵⁰. Les parts représentant des apports en numéraire ne sont libérées lors de la souscription du capital que de la moitié au moins de leur valeur nominale; la libération du surplus devant intervenir dans le délai de deux ans à compter de l'immatriculation au RCCM⁵¹. Ainsi, en l'absence d'immatriculation, les gérants ne peuvent avoir accès aux fonds libérés. La possibilité de libération du surplus ne peut alors avoir lieu. Cette analyse vaut pour les sociétés anonymes dont les actions représentant les apports en numéraire sont libérées lors de la souscription du capital d'un quart au moins de leur valeur nominale et dont la libération du surplus doit intervenir dans le délai de trois ans à compter de l'immatriculation au RCCM⁵².

L'AUSCGIE donne la possibilité aux associés d'obtenir le retrait de leurs fonds lorsque l'immatriculation n'a pu avoir lieu dans le délai de six mois à compter du premier dépôt. Pour cela, il leur suffit de solliciter de la juridiction compétente statuant en référé la désignation d'un mandataire chargé d'y procéder⁵³. Le retrait n'est possible que si, jusqu'à la date de la décision du juge, l'immatriculation n'est pas intervenue. La régularisation est alors possible jusqu'au jour où le juge statue au fond sur la requête aux fins de désignation du mandataire. Une fois le retrait opéré, la société est vouée à la disparition. Cela est vrai pour le cas du retrait total. S'il arrive qu'un seul ou que certains des associés seulement récupèrent leur dû, l'immatriculation peut encore être possible à condition que les prescriptions légales ne soient pas remises en cause. À ce sujet, trois cas de figure peuvent alors être explorés.

50. Cf. art. 311-1, al. 1 de l'AUSCGIE.

51. Cf. art. 311-1, al. 2 et 3 de l'AUSCGIE.

52. Cf. art. 389 de l'AUSCGIE applicable aux sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et 827-2 du même Acte uniforme applicable aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

53. Les fonds sont restitués aux souscripteurs sous déduction des frais de répartition. Cf. art. 398, al. 3 de l'AUSCGIE.

D'abord, le montant des apports en numéraire déposé peut être strictement supérieur au minimum légal exigé; soit un quart pour les sociétés anonymes et la moitié pour les sociétés à responsabilité limitée. Le retrait emportant la réduction des fonds en deçà de ces fractions minimales constitue indubitablement un obstacle à l'immatriculation. Au cas où lesdites fractions ne sont pas entamées, l'immatriculation peut toujours avoir lieu.

Ensuite, lorsque le montant déposé est strictement égal au minimum requis, le retrait d'une part sociale ou d'une action aussi réduite soit-elle empêche l'accomplissement de l'immatriculation de la société au RCCM.

Enfin, dans les deux cas cités ci-dessus, il ne semble pas possible de procéder à une nouvelle souscription. La raison est évidente : la souscription entière de tous les apports des sociétés anonymes et la libération du quart des apports en numéraire doivent être faites avant la date de la signature des statuts⁵⁴. De même, en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, la souscription totale du capital social doit avoir lieu lors de la constitution de la société et la libération de la moitié au moins des apports en numéraire doit être effectuée à cette même époque.

Finalement, l'option de l'immatriculation forcée du commerçant au RCCM est appréciable. Il est néanmoins souhaitable que les actions en vue de sa mise en œuvre soient exercées avec diligence afin d'éviter les pertes inutiles de temps et par ricochet d'opportunités d'implantation et de croissance des investissements en toute transparence. À ce besoin de diligence, s'ajoute nécessairement celui de l'amélioration des conditions de mise en œuvre de cette mesure d'injonction de faire.

54. Cf. art. 388 de l'AUSCGIE.

B. Le pouvoir du juge dans la mise en œuvre de l'obligation d'immatriculation

Engagé à promouvoir l'effectivité des obligations auxquelles sont soumis les commerçants, le législateur a pris soin de définir le régime de mise en œuvre de l'immatriculation forcée. S'il découle de ce régime que la saisine du juge est largement ouverte (1), il n'en demeure pas moins que l'office du juge tel qu'il en résulte reste extensible (2).

1. La saisine du juge

La saisine est l'acte par lequel le litige est soumis à la juridiction afin que celle-ci y applique son activité jusqu'à son dessaisissement⁵⁵. La saisine du juge relève en principe de l'initiative des parties. Exceptionnellement, le juge peut accéder au litige par la saisine d'office⁵⁶. L'AUDCG prévoit effectivement deux modes de saisine de la juridiction compétente pour ordonner l'immatriculation du commerçant, à savoir la saisine d'office et la saisine sur requête⁵⁷. La première pose surtout un problème d'efficacité.

55. Cf. G. CORNU (dir.), préc., note 26, p. 931.

56. Se dit du pouvoir que le juge tire de sa fonction de se saisir lui-même de certaines affaires. *Id.*, p. 931. La saisine d'office est toujours justifiée par la nécessité de protéger l'ordre public. Ainsi, le juge des tutelles, protecteur du mineur (art. 391, al. 1 du C. civ.) ou du majeur incapable (art. 491-5, al. 2; 493, al. 1 et 509 du C. civ.), a le pouvoir de se saisir d'office. En droit des affaires, ce mode de saisine est plus accentué dans le domaine des procédures collectives. Ainsi, en cas de cessation des paiements, le juge peut s'autosaisir pour prononcer soit l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens (art. 29 de l'AUPCAP), soit les sanctions contre les dirigeants fautifs (art. 183 et 189 de l'AUPCAP). Cf. à ce propos : Paul-Gérard POUGOUE et Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, P.U.A., 2008; Émilie Yolande TCHATCHUING DJETHEGE, *Le rôle du greffe dans les procédures collectives OHADA*, Dschang, Faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Dschang, 2011.

57. La requête est l'acte par lequel est formée la demande en justice dans les procédures non contradictoires et qui, consistant en un écrit motivé, est directement présentée au juge afin que celui-ci statue sur la requête par décision en bas de celle-ci, sans que, s'ils existent, la partie adverse ou

En effet, en droit OHADA, la constitution des sociétés commerciales n'est pas soumise au contrôle *a priori* du juge. Par hypothèse, celui-ci est censé n'avoir aucune information sur l'existence d'une société commerciale qui, constituée, tarde à être immatriculée à cause de l'inertie ou de la négligence des fondateurs ou qui ne peut simplement pas être constituée parce que les fondateurs veulent abandonner leur projet. Sur quelle base la juridiction compétente pourra-t-elle s'informer sur l'état des sociétés commerciales qui restent non immatriculées un mois après leur constitution? La réponse n'est fournie ni par l'AUDCG, ni par l'AUSCGIE⁵⁸. Doit-on admettre que cette information pourra provenir de la connaissance personnelle du juge à la suite d'une rumeur publique ou d'enquêtes informelles qu'il diligente⁵⁹? Rien ne s'y oppose. Il faudrait tout de même qu'il puisse s'informer dans les meilleurs délais, et ce, à partir d'éléments fiables et objectifs. L'information en question est facilitée par l'article 256-2 de l'AUSCGIE qui impose l'accomplissement des formalités de publicité par dépôt d'actes ou de pièces au greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent dans l'État partie du lieu du siège social. Le dépôt d'un exemplaire des statuts au greffe pourra permettre au juge de s'autosaisir pour faire immatriculer la société si elle ne l'a pas été dans le délai d'un mois suivant sa constitution. L'article 256-2 étant d'application commune à toutes les formes de sociétés assujetties à l'immatriculation, il est presque certain que l'objectif de promotion des sociétés commerciales par la

d'autres intéressés aient été avisés ou convoqués par le requérant ou le juge, mais à charge d'en référer à celui-ci en cas de difficulté. Cf. G. CORNU (dir.), préc., note 26, p. 899.

58. Contrairement à l'AUPCAP qui indique à son article 29 les sources d'informations pouvant aider le juge à s'autosaisir. Cet article dispose en son alinéa 1 que «*la juridiction compétente peut se saisir d'office notamment sur la base des informations fournies par le représentant du Ministère Public, les commissaires aux comptes des personnes morales de droit privé lorsque celles-ci en comportent, les associés ou membres de ces personnes morales ou les institutions représentatives du personnel qui lui indiquent les faits de nature à motiver cette saisine*».
59. Cf. Filiga-Michel SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles 2002, p. 116.

transparence et la sécurisation des transactions pourra atteindre son optimum.

L'information du juge est davantage accentuée dans le cadre de la constitution des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne. Il pourra s'informer plus facilement par la publicité d'une notice dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales de l'État partie du siège social et le cas échéant, des États parties dont l'épargne est sollicitée⁶⁰. Cette mesure de publicité constitue une bonne source d'information pour le juge. Cependant, celle-ci n'est pas décisive dans la mesure où la notice, qui ne vaut pas acte de société⁶¹, a pour unique objet l'information du public sur le début des opérations de souscription. Seul le dépôt d'un exemplaire du projet de statuts au greffe de la juridiction compétente du lieu du siège social ou de l'organe compétent dans l'État partie⁶² peut permettre au juge d'exercer son autosaisine. Comme il a été précédemment indiqué, une fois informé de la constitution de la société, il lui suffira de constater par ses propres diligences le défaut d'immatriculation de cette dernière dans le délai imparti pour enclencher sa saisine d'office.

Bien plus, il peut arriver que le juge constate le défaut d'immatriculation de l'assujetti au cours d'un procès dans lequel ce dernier est impliqué. Le non-respect de l'exigence de l'immatriculation pourra être établi par l'absence dans les documents du commerçant des indications qui attestent son immatriculation au RCCM⁶³. La saisine d'office ne sera concevable dans ce cas de figure que si s'agissant de la personne morale, il est prouvé que ses statuts ont été signés.

60. Cf. art. 825 de l'AUSCGIE aux termes duquel « *les fondateurs publient avant le début des opérations de souscription des actions une notice dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales de l'État partie du siège social et, le cas échéant, des États parties dont l'épargne est sollicitée* ».

61. Quand bien même les mentions qu'elle devra comprendre sont identiques à celles qui doivent être contenues dans les statuts.

62. Cf. art. 827-1 de l'AUSCGIE.

63. CA Abidjan (Côte d'Ivoire), Chambre civile et commerciale, 5^e div., n° 691, préc., note 35.

À titre d'application, l'on peut se référer à l'arrêt de la Cour d'appel⁶⁴ de Port-Gentil au Gabon. Dans cette espèce où les faits étaient assez simples, M. François Yeno avait été embauché à la Société d'Aconage, de Transit et de Manutention (SATRAM) en qualité de patron de remorqueur. Devant appareiller pour Port-Gentil le 25 octobre 2003, il avait autorisé l'embarquement de deux passagers au départ de Libreville en violation des prescriptions édictées par l'employeur. Le 10 novembre 2003, après entretien préalable, il avait été licencié pour faute lourde. Justifiant son acte par des fins humanitaires, notamment à l'effet de permettre à son pilote de transporter sa famille, M. François Yeno concluait au caractère abusif du licenciement entrepris à son encontre. Il sollicitait alors divers paiements représentant notamment l'indemnité de préavis, des services rendus, des retenues sur primes et les dommages et intérêts. En réponse, la SATRAM évoquait la gravité de l'acte posé par M. François Yeno alors qu'elle le lui avait formellement interdit dans le but d'éviter des accidents. La société ajoutait par la même occasion que les nombreuses sanctions préalablement encourues par M. François Yeno l'exposaient au licenciement.

Saisi à propos de ces faits, le tribunal de première instance de Port-Gentil avait condamné la SATRAM à payer au demandeur la somme de 1 230 000 francs représentant l'indemnité de préavis. Non satisfaite de cette décision, la SATRAM n'avait pas hésité à saisir la Cour d'appel de Port-Gentil qui eut ainsi l'ultime occasion de relever l'incapacité de la SATRAM à ester en justice. Pour ce faire, la Cour remarqua au préalable qu'en vertu des dispositions des articles 19 (b) et 38, al.3 de l'AUDCG d'une part, 2, 29 et 98 de l'AUSCGIE d'autre part, toute société établie sur le territoire d'un État partie de l'OHADA acquiert la personnalité juridique à dater de son immatriculation au RCCM. Elle observa ensuite que l'accomplissement de cette formalité, vérifiable sur tout document social, est placé sous le contrôle du juge qui peut en enjoindre la régularisation. Il ressortait effectivement des dossiers de la SATRAM

64. CA Port-Gentil, arrêt du 22 janvier 2007, aff. Société SATRAM c/ François Yeno, J-08-0 (Ohadata).

que cette dernière est une société anonyme au capital social d'un milliard de francs ayant son siège social à Port-Gentil. Elle revêtait ainsi la qualité d'assujetti à la formalité d'immatriculation. Pourtant, les différents documents produits par cette société ne comportaient aucune indication de nature à attester sa conformité aux dispositions légales citées ci-dessus. Au regard de leur caractère impératif, la Cour indiqua que la régularisation de cette situation est préjudicielle à l'examen plus ample de la procédure. Par conséquent, elle ordonna, aux fins de droit, sa mise en conformité dans un délai de quinze jours à compter du prononcé de sa décision. Il convient, cependant, de noter que tous les juges ne se montrent pas ouverts à cette possibilité de saisine d'office. En effet, dans une autre espèce⁶⁵ qui mettait également en cause une société impliquée dans un procès alors qu'elle n'était pas dotée de la personnalité juridique, le tribunal de grande instance du Moungo avait plutôt conclu à l'irrecevabilité de l'action en justice de ladite société.

Dans le but appréciable de multiplier les chances de l'immatriculation du commerçant, le législateur a reconnu à certaines personnes le droit de saisir la juridiction compétente au moyen d'une simple requête, ce qui est assez avantageux dans ce domaine où la célérité doit être de mise. Lesdites personnes habilitées à saisir le juge sont le greffier ou l'organe compétent dans l'État partie en charge du RCCM et tout autre requérant⁶⁶.

Il reste à connaître ce que renferme l'expression « *tout autre requérant* ». Il s'agirait de toute personne ayant un intérêt à demander l'immatriculation de la société. Il peut en être ainsi logiquement des associés. Dans ce cas, leur action permettra de vaincre l'inaction des fondateurs. La preuve de cette qualité pourra être rapportée par la production soit de l'acte notarié de déclaration de souscription et de versement des parts sociales, soit d'un exemplaire des statuts. Lorsque le moyen de preuve en cause est un exemplaire des statuts, il ne peut être accepté comme tel que s'il

65. Cf. TGI Moungo, ordonnance n° 04/CC du 27 janvier 2006, préc., note 35.

66. Cf. art. 68 de l'AUDCG.

comporte l'identité et la signature du requérant. C'est ce qui résulte en substance de la décision de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 16 novembre 2006⁶⁷. S'il arrive que les associés n'agissent pas, les tiers peuvent-ils demander l'immatriculation de la société?

Aucune disposition de l'Acte uniforme ne permet d'y répondre. À notre avis, si le *penitus extranei*⁶⁸ ne peut agir, le commissaire aux apports devrait pouvoir solliciter l'immatriculation des sociétés de capitaux constituées qui ont eu recours à ses services. Les créanciers du commerçant, qu'ils soient des personnes physiques ou des personnes morales, pourraient aussi agir. La saisine du juge par les tiers semble s'imposer comme l'option prépondérante dans le cadre de la mise en œuvre de l'immatriculation forcée des personnes physiques. Dans tous les cas, il n'est pas suffisant de connaître les modes de saisine du juge, il faut encore déterminer sa compétence.

Le premier alinéa de l'article 36 de l'AUDCG précise en ce sens que le RCCM est placé sous la surveillance du président de la juridiction compétente ou du juge délégué par lui à cet effet ou de l'autorité compétente dans l'État partie. Sans rompre la tradition qui consiste pour le législateur OHADA à employer, par mesure de prudence⁶⁹, le terme générique de « *juridiction compétente* », cet article institue une nouvelle autorité compétente dans l'État partie. Dans le but d'en avoir une idée précise, il convient de distinguer la compétence *ratione materiae* de la compétence *ratione loci*. La juridiction compétente matériellement est sans nul doute celle chargée des affaires commerciales. Elle varie en fonction de la carte judiciaire de chaque État partie. Il pourrait ainsi s'agir soit du

67. CCJA, arrêt n° 024/2006 du 16 novembre 2006, aff. Samalia Dan-Ali Mare c/ Hamidou Abdou dit « Crise », n° J024-11/2006 (Juris-Data).

68. Il s'agit d'une personne tout à fait étrangère à une situation juridique. Cf. G. CORNU (dir.), préc., note 26, p. 746.

69. Cf. François ANOUKAHA, « L'OHADA en marche » dans *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang*, t. 6, P.U.A., 2002, p. 14.

tribunal de première ou de grande instance⁷⁰, soit du tribunal de commerce⁷¹, soit encore d'un tribunal hors classe⁷². Cette variation concerne également l'autorité étatique compétente. Mais, quelle que soit la désignation qu'elle pourrait revêtir dans chaque État partie, il est certain que cette autorité renvoie au fond au juge commis⁷³ à la surveillance du RCCM. La juridiction territorialement compétente est quant à elle celle du lieu où s'exerce l'activité de la personne physique ou celui du siège social de la personne morale. Cette règle est maintenue même en cas de transfert de ce lieu d'un ressort territorial à un autre⁷⁴. L'issue escomptée de la saisine du juge compétent est l'immatriculation de l'assujetti. Tout dépend néanmoins de la qualité, voire de l'étendue de l'office du juge.

2. L'office extensible du juge

La qualité de l'office du juge peut s'apprécier non seulement au regard de sa nature et de sa célérité, mais aussi de l'exécution de la décision qui ordonne l'immatriculation de la société au RCCM.

En ce qui concerne la nature de l'office du juge, l'article 68 de l'AUDCG offre au juge une simple possibilité d'intervention⁷⁵. Que cette intervention soit sollicitée d'office ou sur requête, le juge n'a aucune obligation d'enjoindre le commerçant, personne physique, ou les fondateurs et les premiers dirigeants des sociétés commerciales à procéder à l'immatriculation. Il lui revient

70. Au Cameroun et au Gabon par exemple.

71. Au Mali.

72. Au Sénégal.

73. Cf. P. AKUETO et K. ALEMAWO, préc., note 9, n° 40, p. 1523.

74. Cf. art. 51, al. 1, 2^e tiret aux termes duquel « *en cas de transfert du lieu d'exercice de son activité dans le ressort territorial d'une autre juridiction, l'assujetti doit demander : une nouvelle immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de la juridiction dans le ressort de laquelle son activité est transférée* ».

75. Aux termes dudit article 68 de l'AUDCG, « *la juridiction compétente ou l'autorité compétente dans l'État Partie, peut, soit d'office, soit à la requête du greffe ou de l'organe compétent dans l'État Partie en charge du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ou de tout autre requérant, rendre une décision enjoignant à l'intéressé de faire procéder à la formalité en cause* ».

d'apprécier l'opportunité de rendre la décision d'immatriculation forcée.

Objectivement, cette option se comprend fort aisément : le juge devra, sous les diligences du greffier, s'assurer notamment que les formalités de constitution de la société ont été régulièrement accomplies. L'absence de celles-ci ne constitue-t-elle pas le motif de l'irrecevabilité par le greffier de la demande d'immatriculation? Il va sans dire qu'elle peut aussi amener le juge à ne pas faire droit à la requête ou à ne pas s'autosaisir.

Cependant, lorsque la requête aux fins de l'immatriculation émane du greffier, l'on peut imaginer que ce dernier a pris la peine de s'assurer de la constitution régulière de la société commerciale en question. Si tel est le cas, le juge ne peut avoir d'autre choix que celui d'ordonner la mesure sollicitée. Par hypothèse, même si l'immatriculation va devoir être accomplie par contrainte, la demande ne peut néanmoins échapper au contrôle formel que doit exercer le greffier. C'est dire en fin de compte que la nature facultative de l'office du juge vise à concilier l'effectivité de l'obligation d'immatriculation et l'efficacité de la procédure d'inscription. Cette efficacité est aussi tributaire de la célérité avec laquelle le juge aura à rendre sa décision. À ce sujet, la loi prévoit que le juge est appelé à statuer à bref délai⁷⁶.

L'exécution de la décision qui ordonne l'immatriculation de la société au RCCM dépend quant à elle de la bonne ou mauvaise volonté de l'assujetti enjoint. Si ce dernier se soumet volontairement à ladite décision, il n'aura qu'à respecter la procédure à suivre pour obtenir son inscription. Mais s'il se montre récalcitrant, la décision du juge risque de ne pas produire l'effet immédiat escompté, à

76. Aucun texte ne définit la notion de bref délai. Mais on peut dire que d'après l'esprit de l'AUDCG, le recours à cette notion signifie simplement que le juge doit se prononcer dans toute la promptitude requise. C'est à lui que revient donc la tâche d'apprécier le bref délai en question. Cf. Louis Jean Bedel TCHOUAMBIA TOMTOM, obs. sous CS Cameroun, arrêt n° 249/CC du 13 septembre 2007, aff. Sté des Brasseries du Cameroun c/ FONKWE Joseph FONGANG, (2009) 79 *Juridis Périodique*, 39-43.

savoir l'immatriculation de la société ou du commerçant individuel. En l'absence de moyen reconnu au juge pour vaincre la résistance de l'assujetti, la procédure restera en suspens⁷⁷. C'est dire qu'il est important d'envisager une issue. Pour ce faire, il convient de se référer à l'article 69, al. 1 et 2 de l'AUDCG. Conformément à ce texte, toute personne tenue d'accomplir une des formalités prescrites et qui s'en est abstenue ou encore qui a effectué une formalité par fraude est punie des peines prévues par la loi pénale nationale ou le cas échéant par la loi pénale spéciale prise par l'État partie. Il est loisible de constater que le refus d'obtempérer à l'injonction du juge peut bien être sanctionné au plan pénal, puisque cet article incrimine, entre autres, le fait de s'abstenir d'accomplir une des formalités prescrites par l'Acte uniforme. Il peut ainsi s'agir soit de l'abstention initiale, soit de l'abstention consécutive à l'injonction. Pourtant, la condamnation infligée à celui qui s'est rendu coupable de la violation de l'obligation de procéder à l'immatriculation n'a pas pour effet d'obtenir l'exécution de cette obligation, puisque la sanction complémentaire que prévoit l'alinéa 2 de l'article 69 de l'AUDCG ne vise que l'hypothèse dans laquelle la formalité prescrite a été accomplie par fraude.

Pratiquement, la limitation du champ d'application de ladite sanction est justifiable. Il faut éviter de tenter de faire respecter l'injonction d'immatriculation par une autre injonction, car c'est moins la succession de cette mesure que sa réalisation qui compte. Tout au plus, le législateur pourrait assortir le non-respect de l'injonction d'une amende⁷⁸. Ensuite, la piste de l'immatriculation

77. Cf. A. P. SANTOS et J. Y. TOE, préc., note 8, n° 198, p. 121.

78. À titre d'exemple, l'art. 50, 2^e tiret de la loi française n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VII du Code de commerce relatif aux sanctions encourues par une personne qui n'aurait pas déféré à l'injonction du juge commis à la surveillance du registre lui enjoignant de requérir l'une de ces formalités dispose que « *la personne tenue de requérir une immatriculation (ou une mention complémentaire ou rectificative ou une radiation) au RCS et qui n'a pas déféré à l'ordonnance du juge commis à la surveillance du registre lui enjoignant de requérir l'une de ces formalités, dans le délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'ordonnance est devenue définitive, est punie d'une amende de 3 750 €. Elle peut échapper à la sanction au bénéfice d'une excuse jugée valable* ».

d'office⁷⁹ peut être explorée. Celle-ci peut être considérée comme la suite logique de la saisine d'office du juge. Elle permettrait alors de surmonter efficacement la résistance observée.

Le pouvoir du juge qui consiste à ordonner l'immatriculation de la société commerciale au RCCM est réel et justifié. Néanmoins, compte tenu de certains écueils relevés, sa mise en œuvre reste perfectible. Le règlement judiciaire des incidents de la procédure d'immatriculation regorge également de quelques insuffisances.

II. Le traitement judiciaire des incidents de la procédure d'immatriculation

Le RCCM est une institution hybride. Elle est à la fois administrative dans son organisation et son fonctionnement et judiciaire dans son contentieux. Au regard de ce dernier aspect, il revient au juge de connaître des incidents éventuels de la procédure d'immatriculation (A) et d'y apporter des solutions envisageables (B).

A. Les incidents éventuels de la procédure d'immatriculation

Le greffier de la juridiction compétente est la cheville ouvrière de la procédure d'immatriculation⁸⁰. Concrètement, il est non seulement le dépositaire de la demande⁸¹, mais aussi celui qui décide de la suite à donner à ladite demande. Il doit procéder, dès réception du dossier, à l'inscription et à l'affectation d'un numéro

79. Elle est consacrée par exemple par la loi togolaise dont l'article 18, al. 3 dispose que « *le juge ordonne que l'inscription omise sera faite dans le délai de quinzaine* ». Cf. B. SAINTOURENS, « Obligation d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés : rectification apportée au nouveau Code de commerce », (2003) *RTD com.*, 269.

80. L'article 36 de l'AUDCG dispose d'ailleurs que « *le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier est tenu par le greffe de la juridiction compétente ou l'organe compétent dans l'État Partie sous la surveillance du Président de ladite juridiction ou du juge délégué par lui à cet effet ou de l'autorité compétente dans l'État Partie* ».

81. Ou de la déclaration d'activité fournie par l'entrepreneur.

d'immatriculation à l'assujetti. Cependant, avant toute inscription, le greffier devra s'assurer que le demandeur a accompli les formalités antérieures au dépôt du dossier d'immatriculation. Le non-respect desdites formalités peut constituer un motif de rejet dudit dossier. Il dispose par ailleurs d'un délai de trois mois pour effectuer le contrôle formel de régularité et de conformité de la demande d'immatriculation aux exigences de l'Acte uniforme, ce qui suppose que toute inexactitude ou irrégularité constatée au terme de ce contrôle peut, le cas échéant, donner lieu au retrait de l'immatriculation ou à la radiation de l'inscrit. Dans cette double logique, on se rend bien compte que de l'enclenchement à l'aboutissement de la procédure d'immatriculation au RCCM, deux types d'incidents peuvent survenir. Il en est ainsi d'une part du rejet de la demande d'immatriculation (1) et d'autre part du retrait de l'immatriculation ou de la radiation de l'inscrit (2).

1. Le rejet de la demande d'immatriculation

Le rejet est entendu comme la sanction qui atteint une demande d'immatriculation non conforme aux exigences légales⁸². La conformité se rapporte à la production non seulement d'une demande contenant toutes les indications requises tant des personnes physiques que des personnes morales, mais aussi des pièces justificatives y afférentes. L'ancien article 26 de l'AUDCG qui était applicable au commerçant, personne physique, prévoyait qu'« à l'appui de ses déclarations, le requérant est tenu de fournir les pièces justificatives suivantes ». L'emploi de la forme impérative augure de la sanction qui peut suivre en cas de transgression de cette disposition. L'article 28 du même Acte uniforme qui était relatif aux personnes morales en donnait ainsi : « à cette demande, sont jointes, sous peine de rejet, les pièces justificatives suivantes ». Pourtant, l'ancien article 41 dudit Acte uniforme qui traitait de l'un des aspects du contentieux de l'immatriculation ne faisait aucune suite au pouvoir de rejet ou de refus d'inscription du greffier⁸³. Le

82. Cf. P. AKUETO et K. ALEMAWO, préc., note 9, n° 137, p. 1544.

83. Cet article disposait simplement que « le greffe en charge du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier s'assure, sous sa responsabilité, que les demandes sont complètes et vérifie la conformité de leurs énonciations aux

greffier ne pouvait pas refuser de procéder à l'immatriculation au RCCM parce qu'il existait par exemple une irrégularité de fond⁸⁴.

Avec l'article 66 du nouvel AUDCG, le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie est désormais doté d'un véritable pouvoir décisionnel. Il peut, en vertu de l'alinéa 4 de cet article, refuser de recevoir une déclaration ou une demande d'immatriculation ou de faire droit à une demande de pièces ou d'information d'un assujetti ou d'un tiers. Pour ce faire, il est tenu non seulement de motiver sa décision, mais aussi de la notifier à la partie intéressée. Compte tenu de l'extrême diligence avec laquelle le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie doit agir, il est certain que les dossiers pouvant fonder le refus d'inscription sont ceux qui sont manifestement déficients⁸⁵.

Il pourra en être ainsi, pour ce qui est d'une part du dossier d'immatriculation de la personne morale, de l'absence de la déclaration de régularité et de conformité ou de la déclaration notariée de souscription et de versement. À ce sujet, conformément à l'article 73 de l'AUSCGIE, l'établissement et le dépôt de la déclaration de souscription et de versement constituent une exigence impérative dont le non-respect peut avoir un impact sur la suite du processus de création des sociétés commerciales. Le greffier de la juridiction compétente qui reçoit une demande d'immatriculation⁸⁶ doit avant toute inscription procéder à la

pièces justificatives produites. S'il constate des inexactitudes, ou s'il rencontre des difficultés dans l'accomplissement de sa mission, il en saisit la juridiction compétente».

84. Cf. OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 2^e éd., Poitiers, Juriscope, 2002, p. 210.

85. Cf. P. AKUETO et K. ALEMAWO, préc., note 9, n° 137, p. 1544.

86. Cette demande mentionne : la raison sociale ou la dénomination sociale ou l'appellation suivant le cas; le cas échéant, le sigle ou l'enseigne; la ou les activités exercées; la forme de la personne morale; le cas échéant, le montant du capital social avec l'indication du montant des apports en numéraire et l'évaluation des apports en nature; l'adresse du siège social, et le cas échéant, celle du principal établissement et de chacun des autres établissements; la durée de la société ou de la personne morale telle que fixée par ses statuts ou le texte fondateur; les noms, prénoms et domicile

vérification de l'accomplissement de cette formalité par les dirigeants. La même vérification doit être faite lorsqu'il s'agit d'enregistrer les actes modificatifs des statuts des sociétés commerciales⁸⁷. Si le greffier constate après vérification que les dirigeants ont respecté cette exigence légale, il reçoit la demande et procède à l'inscription de la société ou de la mention modificative selon le cas⁸⁸. *A contrario*, l'absence de déclaration de régularité et de conformité constitue un motif de rejet par le greffier de la demande d'immatriculation de la société au RCCM⁸⁹.

Ce rejet peut également avoir lieu en cas de défaut des autres pièces complémentaires prévues par l'article 47 de l'AUDCG, à savoir la copie certifiée conforme des statuts ou de l'acte fondateur de la société dont l'immatriculation est requise, la liste certifiée conforme des gérants, administrateurs, dirigeants ou associés tenus indéfiniment et personnellement responsables ou ayant le pouvoir d'engager la société ou la personne morale, une déclaration

personnel des associés tenus indéfiniment et personnellement responsables des dettes sociales avec mention de leur date et lieu de naissance, de leur nationalité, le cas échéant, de la date et du lieu de leur mariage, du régime matrimonial adopté et des clauses opposables aux tiers restrictives de la libre disposition des biens des époux ou l'absence de telles clauses ainsi que les demandes en séparation de biens; les noms, prénoms, date et lieu de naissance, et domicile des gérants, dirigeants, administrateurs ou associés ayant le pouvoir général d'engager la personne morale ou les noms, prénoms, date et lieu de naissance, domicile des commissaires aux comptes, lorsque leur désignation est prévue par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique; ou toute autre indication prévue par une disposition légale particulière. Cf. art. 46 de l'AUDCG.

87. Cf. art. 73-1 de l'AUSCGIE aux termes duquel « *les dispositions de l'article 73 ci-dessus sont applicables en cas de modification des statuts. Dans ce cas, la déclaration de régularité et de conformité est déposée par les membres des organes de gestion, d'administration et de direction.* ».

88. Cf. art. 74 de l'AUSCGIE qui dispose que « *les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicable lorsqu'une déclaration de notariée de souscription et de versement des fonds a été établie et déposée dans les conditions déterminées par le présent Acte uniforme ainsi que l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.* ».

89. Cf. art. 73, al. 2 de l'AUSCGIE.

sur l'honneur signée du demandeur et attestant qu'il n'est frappé d'aucune interdiction.

D'autre part, le dossier⁹⁰ d'inscription de la personne physique peut être rejeté pour défaut ou pour inexactitude d'une des pièces justificatives spécifiques suivantes : l'extrait de l'acte de naissance ou de tout autre document administratif justifiant de son identité, l'extrait de l'acte de mariage en cas de besoin, le certificat de résidence, une copie du titre de propriété ou du bail ou du titre d'occupation du principal établissement et le cas échéant de celui des autres établissements et succursales, en cas d'acquisition d'un fonds ou de location-gérance, une copie de l'acte d'acquisition ou de l'acte de location-gérance, le cas échéant une autorisation préalable d'exercer le commerce et les pièces prévues par des textes particuliers.

La déclaration sur l'honneur devant être fournie tant par la personne physique que par la personne morale est régie par les articles 45 et 47 de l'AUDCG. Ces articles prévoient en des termes similaires que ladite déclaration doit être complétée dans un délai de soixante-quinze jours à compter de l'immatriculation par un extrait de casier judiciaire ou à défaut par le document qui en tient lieu. Qu'en est-il du cas où le requérant omet de fournir cet extrait dans le délai imparti? Par hypothèse, l'immatriculation ayant déjà eu lieu, il n'est plus question dans ce cas de rejet de la demande d'immatriculation, mais de radiation. Il ne fait donc point de doute que le rôle qu'exerce le greffier préalablement à toute décision de rejet ou non de la demande d'immatriculation consiste uniquement à s'assurer de la complétude du dossier. Un auteur⁹¹ affirme à ce propos que le contrôle effectué à ce stade est probablement rapide et « lâche ». En revanche, le contrôle de régularité et de l'exactitude des informations qui s'y trouvent peut plutôt aboutir au retrait de l'immatriculation et à la radiation de l'inscrit.

90. La demande doit contenir les mentions exigées par l'article 44 de l'AUDCG.

91. Cf. P. AKUETO et K. ALEMAWO, préc., note 9, n° 137, p. 1544.

2. Le retrait de l'immatriculation et la radiation de l'inscrit

Lors du contrôle formel de régularité et de conformité de la demande d'immatriculation aux exigences de l'AUDCG, le greffier est tenu à une obligation de diligence, voire de « *vélocité* »⁹². En effet, dès réception du formulaire de demande d'immatriculation dûment rempli et des pièces prévues par l'AUDCG, le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie délivre au demandeur un accusé d'enregistrement qui mentionne la date de la formalité accomplie et le numéro d'immatriculation⁹³. *A priori*, l'on peut penser que le souci de célérité pourrait sacrifier l'objectif de sécurité juridique si cher au législateur OHADA. Fort heureusement, le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie en charge du RCCM s'assure, sous sa responsabilité, que la demande et la déclaration sont complètes et vérifie la conformité de leurs énonciations aux pièces justificatives produites comme prévu aux articles 50 et 58 de l'AUDCG⁹⁴. Il doit ainsi exercer le contrôle sur la régularité formelle de la demande qui lui est soumise⁹⁵. Il ne lui est pas permis d'exercer un contrôle d'opportunité. Précisément, s'il peut rejeter une demande irrégulière, il ne peut en revanche s'opposer à une demande en raison de l'irrégularité qui entacherait la condition de la personne physique ou la constitution de la société dont l'immatriculation est requise⁹⁶.

92. Cf. P. LE CANNU et B. DONDERO, préc., note 34, n° 367, p. 234.

93. Cf. art. 50, al. 1 de l'AUDCG. Il s'agit d'une simple application de l'article 35 du même Acte qui prévoit que « *L'immatriculation donne lieu à l'attribution dès le dépôt de sa demande par l'assujetti d'un numéro d'immatriculation qui est personnel à chaque personne immatriculée* ».

94. Cf. art. 66, al. 1 de l'AUDCG.

95. Cf. art. 66, al. 2 de l'AUDCG. Ce contrôle consiste à vérifier que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et qu'elles correspondent aux pièces justificatives et aux actes déposés en annexe du dossier d'immatriculation.

96. Les risques peuvent provenir par exemple de l'identité entre la société dont l'immatriculation est sollicitée et une société existante ou du vice de consentement d'associés.

L'important est de savoir ce que peut faire le greffier lorsqu'il constate des inexactitudes ou rencontre des difficultés dans l'accomplissement de sa mission. L'Acte uniforme lui offre une double alternative. D'abord, le greffier peut convoquer le demandeur pour recueillir toutes explications et pièces complémentaires⁹⁷. Ensuite, si ces dernières ne permettent pas de couvrir les irrégularités relevées, le greffier peut notifier à la partie intéressée le retrait de son immatriculation et procéder à sa radiation⁹⁸.

Le retrait est un moyen de droit qui permet à l'autorité ou plus généralement à l'auteur d'un acte juridique de rapporter ce dernier et de lui retirer tous ses effets pour l'avenir⁹⁹. Par le retrait, le greffier ou l'organe compétent dans l'État partie rapporte l'immatriculation ou les inscriptions modificatives ultérieures effectuées par la personne physique ou par la personne morale.

La radiation quant à elle est l'opération qui consiste à rayer sur le RCCM toute ou partie des données concernant une matière ou un assujetti. En pratique, il s'agit d'une mention portée en marge d'une mention précédente en vue de lui enlever ses effets¹⁰⁰. Qu'elle soit totale ou partielle, la radiation résulte soit d'une convention,

97. Cf. art. 66, al. 3 de l'AUDCG.

98. Cf. art. 50, al. 2 de l'AUDCG.

99. Cf. P. AKUETO et K. ALEMAWO, préc., note 9, n° 138, p. 1544.

100. Cf. A. P. SANTOS et J. Y. TOE, préc., note 8, n° 230.

soit de la loi¹⁰¹, soit encore d'une décision de justice¹⁰². Mais, envisagée dans le cadre de cette analyse, la radiation serait la conséquence logique de la décision de retrait prise par le greffier ou par le responsable de l'organe compétent dans l'État partie¹⁰³. Décidée par ces derniers, la radiation est donc un moyen de droit permettant l'interruption du cours de l'inscription au RCCM¹⁰⁴.

La décision de retrait de l'immatriculation et de radiation est à coup sûr assez lourde de conséquences. En effet, au-delà de l'exigence de célérité, le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie dispose du délai de trois mois pour

101. Cf. pour les personnes physiques l'art. 55, al. 1 de l'AUDCG qui prévoit que « *toute personne physique immatriculée doit, dans le délai d'un mois à compter de la cessation de son activité, demander sa radiation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier* ». Lire aussi l'al. 2 du même article qui traite de la radiation de l'inscription à la suite du décès du commerçant. En ce qui concerne la radiation des personnes morales, celle-ci doit être demandée dans le délai d'un mois à compter de la clôture des opérations de liquidation (art. 58, al. 3 de l'AUDCG). Par application de cette disposition, l'article 220 de l'AUSCGIE prévoit que « *sur justification de l'accomplissement des formalités prévues à l'article précédent, le liquidateur demande la radiation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier dans le délai d'un mois à compter de la publication de la clôture de la liquidation* ». Les formalités dont il s'agit consistent au dépôt par le liquidateur de comptes définitifs de la société au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales en annexe au RCCM (cf. art. 219 de l'AUSCGIE). Dans tous les cas, la radiation ne doit être prononcée que lorsque les conditions requises sont constatées par le juge. Ainsi, dans une espèce où le requérant invoquait l'existence d'un litige relatif à la gestion de l'établissement comme motif de radiation, la demande a été jugée infondée (Trib. com. Pointe Noire, jugement n° 399 du 22/09/2010, aff. Me Claude Coelho liquidateur de la société Orléan Invest Congo, (2000-2001) *Recueil de jurisprudence commerciale congolaise*, 280-282). Cf. en jurisprudence comparée : Avis 03-11 du Comité de coordination de registre du commerce et des sociétés (CCRCS), 1 avril 2003, *Bull. RCS* 21 — 22/2003, 29.

102. Cf. art. 55, al. 3; 58, al. 5 et 68 de l'AUDCG.

103. L'article 50, al. 2 de l'AUDCG dispose en effet que « *le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie dispose d'un délai de trois mois pour exercer son contrôle tel que prévu par l'article 66 du présent Acte uniforme et le cas échéant notifier à la partie intéressée le retrait de son immatriculation et procéder à sa radiation* ».

104. Cf. P. AKUETO et K. ALEMAWO, préc., note 9, n° 80, p. 1532.

exercer le contrôle de régularité de la demande d'immatriculation¹⁰⁵. Le retrait apparaît ainsi comme une sorte de droit de rétractation reconnu à l'autorité en charge du RCCM qui, contrainte de répondre avec célérité, peut commettre des erreurs d'appréciation sur lesquelles elle est en droit de revenir au plus tard dans les trois mois suivant la réception de la demande¹⁰⁶. Cette démarche pose, à n'en point douter, un problème de cohérence sur le plan juridique et pratique. Juridiquement, l'on se demande quel avantage il y a à inscrire une demande d'immatriculation et à y affecter un numéro si celui-ci est susceptible d'être retiré bien après à la suite du contrôle exercé *a posteriori* par le greffier. Il aurait été préférable d'admettre la situation inverse où le numéro n'est affecté que postérieurement au contrôle formel de régularité de la demande d'immatriculation. Dans cette optique, le greffier ne serait tenu, dès réception de ladite demande, que de l'obligation de délivrer un accusé de réception qui servirait de preuve du dépôt du dossier.

Pratiquement, le retrait de l'immatriculation plus ou moins trois mois après l'inscription du demandeur est de nature à causer un grave désagrément tant pour les associés que pour les tiers. En plus, la décision de retrait qui équivaut à la perte de la personnalité juridique n'est pas sans conséquence sur le développement des investissements. En effet, même si la société peut continuer à fonctionner comme une société de fait, ce n'est certainement pas avantageux pour les associés qui avaient au départ créé une société dans laquelle leur responsabilité était limitée au montant de leurs apports. S'ils décident pour cette raison de reprendre leurs apports, cela engendre la perte d'un investissement alors que le cheval de bataille de toute la réforme du droit des affaires OHADA repose sur le développement des activités commerciales par des règles simples, modernes et adaptées au contexte économique des États. C'est dire qu'il y a lieu de reconsidérer le moment de la décision de retrait de l'immatriculation ou de la radiation. En fait quelle que soit la diligence du greffier, il est certain que cette décision interviendra

105. Cf. art. 50, al. 2 de l'AUDCG.

106. Cf. P. AKUETO et K. ALEMAWO, préc., note 9, n° 139, p. 1544.

postérieurement à l'attribution du numéro d'immatriculation à la société commerciale en cause. L'immatriculation immédiate aurait ainsi un revers qui risque de ne pouvoir être réparé que par le recours au juge.

B. Les solutions judiciaires envisageables

Pour les besoins de justice et de sécurité, l'AUDCG a prévu les voies de recours contre les décisions de rejet de la demande d'immatriculation et de retrait de l'immatriculation ou de radiation de l'inscrit susceptibles d'être rendues par le greffier¹⁰⁷. Dans tous ces cas, le régime dudit recours est pratiquement le même. À ce titre, toutes les décisions rendues par le greffier doivent être motivées et notifiées au demandeur de l'immatriculation et l'action de ce dernier doit être intentée dans le délai de quinze jours suivant la notification. Encore faut-il savoir devant quelle juridiction doit être porté le recours en question. L'AUDCG indique simplement que le recours contre la décision du greffier ou du responsable de l'organe compétent dans l'État partie est fait devant la juridiction compétente ou l'autorité compétente statuant à bref délai dans l'État partie. Logiquement, il n'est pas d'autre juridiction que celle du lieu de localisation du RCCM qui puisse normalement être compétente pour connaître du contentieux relatif à l'immatriculation. Il y a là un gage de simplification et de sécurité judiciaire¹⁰⁸.

107. Cf. art. 66, al. 4 de l'AUDCG qui dispose que « *la décision du greffier ou du responsable de l'organe compétent dans l'État Partie prise en application de l'article 50 ci-dessus doit être motivée et notifiée à la partie intéressée. Cette décision est susceptible de recours dans le délai de quinze (15) jours à compter de sa notification. Le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État Partie qui a refusé de recevoir une déclaration ou une demande, ou de faire droit à une demande de pièces ou d'information d'un assujetti ou d'un tiers, doit motiver sa décision et la notifier à la partie intéressée. Cette décision peut faire l'objet d'un recours dans un délai de quinze (15) jours à compter de sa notification* ».

108. Celle-ci s'intensifie par le double degré de juridiction prévu dans ce cadre par le législateur OHADA. La décision de la juridiction compétente ou de l'autorité compétente dans l'État partie est susceptible de recours dans un délai de quinze jours à compter de la date de son prononcé devant la

Toutefois, la véritable interrogation demeure celle de savoir quelle est la suite que le juge peut donner au recours exercé par l'assujetti contre la décision du greffier ou de l'organe compétent dans l'État partie. La loi ne fournit pas d'éléments explicites de réponse. Mais, lorsqu'on prend en compte le fait que la décision du premier juge peut être contestée devant la juridiction de recours compétente, trois séries de solutions sont envisageables.

La première est relative à la confirmation de la décision du greffier. C'est le cas de figure qui correspond nettement à la lettre de l'article 66, al. 6 de l'AUDCG qui prévoit le recours contre la décision d'instance¹⁰⁹. À supposer que la décision du greffier ait été définitivement confirmée, la question qui se pose est celle de savoir si l'assujetti peut encore soumettre un autre dossier d'immatriculation. À notre sens, rien ne s'y oppose. Il suffirait que les inexactitudes précédemment sanctionnées aient été corrigées.

La deuxième tient à l'injonction faite au greffier de procéder à l'immatriculation. Cette solution semble difficilement réalisable. Mais elle n'est pas impossible. Il suffit de se souvenir que le RCCM est tenu par le greffe de la juridiction compétente ou l'organe compétent dans l'État partie sous la surveillance du président de ladite juridiction ou du juge délégué par lui à cet effet ou de l'autorité compétente dans l'État partie¹¹⁰. L'on peut ainsi supposer que la surveillance dont il s'agit permettra par ailleurs au juge de déceler quelques erreurs qui pourront être corrigées au besoin.

La dernière tient à l'injonction faite au greffier de rétablir l'immatriculation de la personne physique ou morale injustement radiée. Cette option n'est possible que s'il est prouvé que le greffier a une fois encore commis des erreurs dans l'exercice du contrôle de

juridiction de recours compétente statuant également à bref délai. Cf. art. 66, al. 6 de l'AUDCG.

109. Au cas où le requérant n'est toujours pas satisfait de la décision du second juge, il peut saisir la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Il reviendra à cette dernière par son contrôle de l'application des Actes uniformes de mettre un terme au contentieux.

110. Cf. art. 36 de l'AUDCG.

régularité de la demande d'immatriculation qui lui a été soumise. La décision de rétablissement de l'immatriculation au RCCM servira alors à les rectifier. Ajoutées à la responsabilité du greffier, ces contraintes permettraient d'accroître la crédibilité de la procédure d'immatriculation.

CONCLUSION

Le juge bénéficie de pouvoirs non négligeables dans le contentieux du déclenchement et du déroulement de la procédure d'immatriculation du commerçant au RCCM. L'exercice de ces pouvoirs suscite une double observation : l'une est positive et l'autre négative. Positivement, l'intervention du juge paraît davantage être la garantie nécessaire non seulement de l'accomplissement de la publicité légale qu'est l'immatriculation, mais aussi de sécurité pour les assujettis par le règlement des incidents auxquels ils peuvent faire face. Négativement, le rôle d'appui que le législateur a assigné au juge dans le cadre de la procédure d'immatriculation du commerçant au RCCM risque d'être biaisé pour plus d'une raison.

D'abord, s'agissant de la mise en œuvre du pouvoir d'injonction, le juge ne dispose légalement d'aucun moyen de contrainte devant lui permettre de faire exécuter l'ordonnance d'injonction de s'immatriculer adressée au commerçant, personne physique ou personne morale, récalcitrant. Pour surmonter la difficulté, le législateur pourrait assortir l'injonction soit d'une amende, soit surtout de l'astreinte. La piste de l'immatriculation d'office devrait aussi être explorée. Ensuite, à l'issue du règlement des contestations entre les assujettis et le greffier ou l'organe compétent dans l'État partie, le juge pourrait, en cas de silence de la loi, prononcer trois sortes de décisions.

La première peut être la confirmation de la décision querellée du greffier; elle n'appelle pas d'observation particulière. Les deux dernières peuvent être des décisions d'injonction d'immatriculer le commerçant ou de rétablir l'immatriculation du commerçant radié décernées au greffier. L'efficacité de l'injonction dépendra, à coup

sûr, du sens de diligence et de responsabilité attendu du greffier ou du responsable de l'organe compétent dans l'État partie, lequel occupe une place centrale dans la réalisation des objectifs assignés au RCCM.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE DOIT RESPECTER LES
PRESCRIPTIONS DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, QU'ELLE REVÊTE OU
NON UN CARACTÈRE RELIGIEUX
- Auteur(s) :** Alain ROY et Michel MORIN
- Revue :** *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 1
- Pages :** 183-203
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11319>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11319>

Page vide laissée intentionnellement.

**LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE DOIT RESPECTER
LES PRESCRIPTIONS DU CODE CIVIL DU QUÉBEC,
QU'ELLE REVÊTE OU NON
UN CARACTÈRE RELIGIEUX**

par Alain ROY *
Michel MORIN **

Le ministre du culte habilité à célébrer le mariage a-t-il le devoir légal d'en déclarer l'existence au directeur de l'état civil de sorte à lui procurer les effets juridiques que la loi rattache au statut matrimonial? Non, si l'on en croit le récent jugement de la Cour supérieure rendu dans l'affaire Droit de la famille — 16244, 2016 QCCS 410. Souscrivant à l'interprétation de la Procureure générale du Québec, le tribunal estime que les règles adoptées lors de la réforme du Code civil de 1994 permettent aux ministres du culte de célébrer des mariages exclusivement religieux. Une telle interprétation prête flanc à la critique. Conjuguée à l'analyse du contexte juridique prévalant avant la réforme, l'étude des différents textes provinciaux et fédéraux qui gouvernent aujourd'hui la célébration du mariage confirme la volonté du législateur de maintenir le lien indissoluble entre les dimensions religieuse et civile des mariages célébrés par un ministre du culte.

If a minister of religion is authorized by law to solemnize a marriage, is he legally bound to declare its existence to the registrar of civil status, so that it will benefit from the consequences attached by law to matrimony? If one is to believe the recent judgment of the Superior Court rendered in Droit de la famille — 16244, 2016 QCCS 410, the answer would be no. Accepting the argument put forward by the Attorney General of Quebec, the Court opined that the rules adopted during the 1994 revision of the Civil Code would allow ministers of religion to solemnize purely religious marriages. This interpretation is flawed. An analysis of the prevailing legal context prior to the reform, combined with an examination of provincial and federal legislation pertaining to the solemnization of marriage, confirms that the legislature intended to maintain the indissoluble link between the religious and civil dimensions of marriages solemnized by a minister of religion.

*. Professeur titulaire spécialisé en droit de la famille et de l'enfant à la Faculté de droit de l'Université de Montréal; président du Comité consultatif sur le droit de la famille – Ministère de la Justice du Québec (2013-2015).

** Professeur titulaire spécialisé en histoire du droit à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

*La célébration du mariage doit respecter
les prescriptions du Code civil du Québec, (2016) 46 R.D.U.S.
qu'elle revête ou non un caractère religieux*

SOMMAIRE

- 1. Le contexte juridique précédant la réforme de
1994 188**
- 2. Le contexte juridique prévalant depuis la réforme..... 191**
- 3. Les objectifs visés par la réforme 194**
- 4. Les indications fournies par le texte du Code 199**

Le jugement *Alary*, rendu le 2 février dernier¹, a provoqué une véritable onde de choc dans le monde généralement paisible du droit de la famille québécois. À l'origine de l'affaire, Monsieur D., un croyant baptiste marié à l'église, conteste l'existence même de son mariage sur la base de la liberté de religion et du droit à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*². La cause, que certains avaient pressentie il y a quelques années³, n'est pas dénuée d'intérêt. Contrairement aux non-croyants qui peuvent choisir de vivre leur conjugalité en mariage ou en union de fait, les croyants sont quant à eux tenus d'adhérer au sacrement du mariage. En raison des conséquences juridiques impératives que le *Code civil du Québec*⁴ rattache en toutes circonstances au statut matrimonial, Monsieur D. soutient que les croyants sont discriminés par rapport aux non-croyants qui, libres de demeurer en union de fait, conservent le pouvoir d'établir le cadre juridique de leurs rapports patrimoniaux en fonction de leurs aspirations particulières⁵. Tant que le législateur québécois imposera en mariage un cadre juridique auquel il n'est pas possible de se soustraire⁶, les croyants ne bénéficieraient donc pas des valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle sur lesquelles

-
1. *Droit de la famille* — 16244, 2016 QCCS 410.
 2. *Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 2(a) et 15(1).
 3. Alain ROY, « *Affaire Éric c. Lola : une fin aux allures de commencement* », (2013) 1 *C.P. du N.* 259, 295-296; Benoît MOORE, « *Passé et avenir de l'union de fait : entre volonté et solidarité* », dans *Conférences des juristes de l'État 2013*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 65, à la page 79.
 4. RLRQ, c. C-1991.
 5. Essentiellement, la contribution proportionnelle aux charges du mariage (C.c.Q., art. 396); la solidarité à l'égard des dettes du ménage (C.c.Q., art. 397); les mesures de protection de la résidence familiale (C.c.Q., art. 401-413); le patrimoine familial (C.c.Q., art. 414-426), la prestation compensatoire (C.c.Q., art. 427-430) et l'obligation alimentaire (C.c.Q., art. 511).
 6. Comme le suggère le Comité consultatif sur le droit de la famille : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE (Alain ROY prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 160-166.

le législateur québécois s'appuie pour distinguer le statut juridique des uns et des autres⁷.

En avalisant la position du procureur général du Québec suivant laquelle le ministre du culte habilité à célébrer le mariage n'a nullement l'obligation d'en déclarer l'existence au directeur de l'état civil, la juge Alary a clairement déboulonné l'argument constitutionnel du demandeur⁸. Aux dires du tribunal, les croyants peuvent fort bien se marier religieusement, tout en demeurant conjoints de fait d'un point de vue civil⁹. Bien que sommaire, l'analyse du tribunal trouve son principal appui dans la réforme du Code civil adoptée en 1991 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994¹⁰. En déposant les ministres du culte de la responsabilité qui leur était autrefois conférée de dresser et de conserver les actes de mariage à titre de dépositaires civils, le législateur aurait manifesté sa volonté de désunir les dimensions religieuse et civile du mariage. Ainsi, écrit la juge :

Dans la mesure où des conjoints font appel à un ministre du culte pour célébrer un mariage uniquement religieux, le tribunal ne voit pas pourquoi ce ministre du culte devrait faire parvenir au directeur de l'état civil la déclaration de mariage. Certes, les parties ne seront pas alors mariées civilement et ne pourront nullement réclamer ce statut juridique du point de vue civil¹¹.

-
7. Rappelons que cette distinction a été jugée constitutionnelle par la Cour suprême dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] R.C.S. 61 (connue du public sous le nom de *Éric c. Lola*).
 8. Bien qu'il ne lui était pas nécessaire d'analyser l'argument constitutionnel pour disposer de la demande, la juge conclut néanmoins que les articles du Code civil n'enfreignent en rien les prescriptions de la Charte canadienne des droits et libertés. À son avis, « ce ne sont pas les convictions religieuses de Monsieur qui sont heurtées par l'application des règles du patrimoine familial et de la société d'acquêts, mais l'évaluation qu'il en fait en tant que comptable » : *Droit de la famille — 16244*, préc., note 1, par. 49.
 9. Id., par. 55 et 66-67.
 10. *Code civil du Québec*, préc., note 4.
 11. *Droit de la famille — 16244*, préc., note 1, par. 66. À l'appui de son raisonnement, la juge se réfère à différentes décisions québécoises qui ne nous apparaissent nullement concluantes. Outre *Droit de la famille —*

Jamais n'avait-on auparavant interprété ainsi les modifications apportées par la réforme du Code civil. Nul auteur de doctrine ne semble avoir vu dans la centralisation et la laïcisation du registre de l'état civil intervenues en 1994 un tel changement de cap. Selon toute vraisemblance, le ministre du culte dûment autorisé à célébrer le mariage agirait donc encore et toujours à double titre. En sa qualité de célébrant religieux, le mariage auquel il préside sera constaté dans le registre de la congrégation à laquelle il se rattache; les époux seront dès lors unis devant Dieu (ou Jéhovah, Allah, Buda...). En sa qualité de célébrant civil, il lui reviendra de déclarer sans délai le mariage au directeur de l'état civil. Ainsi reconnu par l'État, le mariage qu'il aura célébré sera aussitôt assorti des conséquences juridiques que prévoit le droit de la famille.

Conjuguée à l'analyse du contexte juridique prévalant avant l'entrée en vigueur de la réforme (1), l'étude des différentes règles provinciales et fédérales qui gouvernent aujourd'hui la célébration du mariage (2) permet de confirmer cette dernière lecture et, partant, de récuser l'interprétation soutenue par la procureure générale et retenue par la juge Alary. Si la volonté législative d'attribuer un double rôle au célébrant religieux du mariage ne souffrait aucun doute avant le 1^{er} janvier 1994, elle a été réaffirmée

093038, 2009 QCCS 5794, dont la conclusion contredit clairement son interprétation (infra note 21), la juge cite *Droit de la famille — 072364*, 2007 QCCS 4751, une affaire mettant en cause le droit d'un État étranger qu'on ne saurait transposer en droit québécois. Elle s'en remet également à l'affaire *Emami c. Bahamin*, 2004 CanLII 39201 (C.Q.) où il était question d'un mariage religieux célébré par un ministre du culte qui n'était pas autorisé à célébrer le mariage au sens de l'art. 366 C.c.Q. Notons que l'interprétation de la juge Alary est partagée par la professeure Anne-Marie Savard : Anne-Marie SAVARD, « À quand une véritable séparation de l'Église et de l'État en matière de mariage? », en ligne : <<https://blogueaquidedroit.wordpress.com/2016/03/14/a-quand-une-veritable-separation-de-leglise-et-de-letat-en-matiere-de-mariage/>> (consulté le 14 mars 2016) et Anne-Marie SAVARD, « À quand une vraie séparation de l'Église et de l'État », *La Presse*, 21 mars 2016, en ligne : <http://plus.lapresse.ca/screens/80d2695c-a039-453c-84de-f23d1d6037d0%7C_0.html> (consulté le 22 mars 2016).

constamment tout au long du processus ayant conduit à l'adoption du nouveau code (3). En témoignent également la formulation des dispositions pertinentes et les principes d'interprétation des lois qui permettent d'en éclairer le sens et la portée (4).

1. Le contexte juridique précédant la réforme de 1994

Jusqu'au 1^{er} janvier 1994, la règle attribuant au ministre du culte compétence pour célébrer le mariage se dégageait de la lecture combinée des articles 411 et 419 C.c.Q. (1980)¹² et 44 C.c.B.C.:

411. Sont des célébrants compétents les ministres du culte autorisés par la loi à célébrer les mariages ou à tenir les registres de l'état civil ainsi que, dans le district judiciaire pour lequel ils sont nommés, le protonotaire et chacun des adjoints qu'il désigne¹³.

419. Le célébrant inscrit sans délai l'acte de mariage dans les registres de l'état civil [...].

44. Les registres sont tenus par les curés, vicaires, prêtres ou ministres desservant ces églises, congrégations ou sociétés religieuses, ou par tout autre fonctionnaire à ce autorisé [...]¹⁴.

12. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Rappelons que cette loi contenait uniquement une première version du Livre deuxième du nouveau code portant sur la famille.

13. Notons que l'ajout de célébrants laïcs remonte à 1968 : *Loi concernant le mariage civil*, S.Q. 1968, c. 82. Sans retirer les prérogatives déjà accordées aux officiers religieux aux termes du Code civil et de lois privées, l'État permit alors aux protonotaires et aux protonotaires adjoints de la Cour supérieure de célébrer le mariage, indépendamment de toute considération religieuse. Dès lors, les couples n'appartenant pas à l'une ou l'autre des confessions religieuses reconnues purent se marier dans un cadre exclusivement laïque. Voir Anne-Marie BILODEAU, « Quelques aspects de l'influence religieuse sur le droit de la personne et de la famille au Québec », (1984) 15 *R.G.D.* 573, 579.

14. À l'époque, les curés, vicaires et autres desservants d'une paroisse catholique étaient nommés par l'évêque du diocèse (*Loi sur les fabriques*, RLRQ, c. F-1, art. 1 b), e), f), i) et 4) e)); cette règle est toujours en vigueur.

Les actes de l'état civil devaient être inscrits sur deux registres de la même teneur, chacun bénéficiant du caractère authentique¹⁵. Dans les six premières semaines de chaque année, les curés, vicaires, prêtres ou autres ministres se voyaient confier la responsabilité de transmettre un des doubles au protonotaire de la Cour supérieure du district de la paroisse concernée¹⁶. En cas de manquement, les mesures punitives prévues à l'article 53 C.c.B.C. trouvaient application :

53. Toute contravention aux articles du présent titre [soit le Titre deuxième – Des actes de l'état civil] de la part des fonctionnaires y dénommés, qui ne constitue pas une offense criminelle punissable comme telle, est punie par une amende qui n'excède pas quatre-vingts piastres et n'est pas moins de huit¹⁷.

La *Loi sur les églises protestantes autorisées à tenir des registres de l'état civil*, L.R.Q. 1977, c. E-2) visait uniquement certaines dénominations, tandis que l'article 9 f) de la *Loi sur les corporations religieuses*, RLRQ, 1977, c. C-71 conférait le pouvoir de tenir des registres d'état civil aux corporations créées au moyen de lettres patentes délivrées par le ministre des consommateurs, coopératives et institutions financières. Cette loi et cette disposition ont été abrogées en 1992 (*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 531 et 572).

15. C.c.B.C., art. 45.

16. C.c.B.C., art. 47.

17. Les codificateurs n'expliquent pas ce qui pourrait constituer à leurs yeux une « offense criminelle punissable comme telle » (*Code Civil du Bas Canada, Premier, Second et Troisième Rapports*, Québec, Desbarats, 1865, p. 158). Toutefois, à cette époque, l'article 14 de l'Acte concernant les registres des mariages, baptêmes et sépultures, S.R.B.C. 1861, c. 20 prévoit l'imposition d'une amende et d'une peine d'emprisonnement « de pas moins de douze mois » à tout personne qui falsifie un registre d'état civil ou qui « répand et publie comme vrai aucun enregistrement faux, changé ou contrefait ». Pour sa part, Jacques Crémazie cite une loi anglaise de 1753 interdisant de célébrer un mariage sans que les bans n'aient été publiés (à moins qu'une dispense de cette formalité n'ait été obtenue) ou dans un lieu autre que celui où ils l'ont été (*Marriage Act*, 1753 (Ang.), 26 Geo. II, c. 33; Jacques CRÉMAZIE, *Les lois criminelles anglaises : traduites et compilées de Blackstone, Chitty, Russell et autres criminalistes anglais et telles que suivies en Canada : arrangées suivant les dispositions introduites dans le Code criminel de cette province par les statuts provinciaux 4 et 5 Victoria, chap. 24, 25, 26 et 27 : Comprenant aussi un précis des statuts pénaux de la ci-devant province du Bas-Canada*,

Le législateur de l'époque envisageait également le cas des mariages célébrés par des ministres du culte compétents sur le plan religieux, mais non sur le plan civil. Tel était le cas, par exemple, de certains rabbins juifs qui présidaient des cérémonies de mariage sans avoir le pouvoir légal d'en consigner l'inscription dans un registre sous leur responsabilité :

419. [...] Si le célébrant n'est pas autorisé à tenir les registres, il dresse un acte de mariage et le transmet, dans les trente jours de la célébration, au protonotaire du district où le mariage a été célébré avec une déclaration en attestant la vérité¹⁸.

Québec, Fréchette, 1842, p. 59). Cette loi semble toutefois viser uniquement l'Angleterre et les autorités religieuses anglicanes. Il est douteux qu'elle ait été appliquée au Bas-Canada. Il faut attendre jusqu'en 1886 pour que la célébration d'un mariage sans autorisation légale ou en violation des lois provinciales constitue clairement une infraction au Québec : *Acte concernant les infractions aux lois du mariage*, S.R.C. 1886, c. 161, art. 1 et 3.

18. En fait, cette règle reproduisait, en matière de mariage, la disposition prévue depuis 1894 à l'art. 53b C.c.B.C. : « Toute personne compétente à célébrer un mariage, ou à présider à une inhumation, qui n'est pas autorisée à tenir registre des actes de l'état civil, doit dresser aussitôt, conformément aux dispositions du Code civil un acte de tout mariage qu'elle célèbre ou de toute inhumation à laquelle elle préside, et le transmettre, avec une déclaration solennelle en attestant la vérité, dans les trente jours du mariage ou de l'inhumation, au protonotaire du district où le mariage a été célébré ou dans lequel l'inhumation a eu lieu ». Comme l'explique l'un des auteurs de ce texte, la « compétence à célébrer un mariage » à laquelle réfère cette disposition ne peut logiquement renvoyer à la condition de base, celle de pouvoir tenir les registres de l'état civil : « Cette disposition est mal formulée, car elle vise une personne qui est compétente pour célébrer des mariages sans être autorisée à tenir des registres. Or, aux termes de l'article 129, cette autorisation constitue l'unique condition à remplir pour détenir cette compétence. Certains auteurs en ont conclu qu'aucune personne ne pouvait se trouver dans une telle situation et que l'article 53b ne pouvait recevoir application en cas de mariage. Mais la version anglaise de cette disposition parle d'une personne autorisée à célébrer des mariages plutôt que d'une personne "compétente". Il semble donc que cette autorisation ne soit pas liée à la tenue de registres et qu'elle pourrait être d'origine religieuse ou encore provenir d'une loi particulière. Autrement, la disposition aurait été inutile dans ce cas de figure » : Michel MORIN, « De la reconnaissance officielle à la tolérance des

En toutes circonstances, le mariage célébré par un ministre du culte devait donc être rapporté à l'État. Autrement dit, le législateur de l'époque ne reconnaissait d'aucune manière au ministre du culte, dûment habilité ou non, le droit ou le pouvoir de soustraire le mariage aux conséquences civiles et juridiques prévues par le Code civil et par les autres lois pertinentes. Cela étant, bien qu'ils aient été célébrés au même moment, le mariage religieux et le mariage civil pouvaient connaître avec le temps un sort différent. Ainsi, un jugement de divorce ne mettait pas (et ne met toujours pas) fin à un mariage considéré comme valide par le droit canonique. Inversement, l'annulation d'un mariage par un tribunal ecclésiastique n'avait (et n'a toujours) aucun effet sur le mariage civil, seule la Cour supérieure étant habilitée à en prononcer l'annulation en se fondant sur les articles pertinents du *Code civil du Québec*¹⁹. Malgré la fusion des rôles religieux et civils du ministre du culte, il est donc incontestable que le mariage religieux et le mariage civil devaient (et doivent toujours), après la célébration, être distinctement appréhendés.

2. Le contexte juridique prévalant depuis la réforme

Le pendant de la règle autrefois prévue aux articles 411 et 419 C.c.Q. (1980) et 44 C.c.B.C. se retrouve aujourd'hui à l'article 366 C.c.Q. Compte tenu de la centralisation et de la laïcisation du registre de l'état civil, la compétence du célébrant religieux ne dépend plus de son habilitation à tenir les registres, mais plutôt de l'autorisation que le ministre de la Justice est appelé à lui délivrer :

366. Sont des célébrants compétents pour célébrer les mariages, les greffiers et greffiers-adjoints de la Cour supérieure désignés par le ministre de la Justice, les notaires habilités par la loi à recevoir des actes notariés ainsi que, sur le territoire défini dans son acte de

religions : l'état civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours », dans Jean-François GAUDREAU-Desbiens (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 53, aux pages 86-87 (références omises dans la citation).

19. C.c.Q., art. 380-390; sur la non-reconnaissance des empêchements de mariage religieux, voir *Despatie c. Tremblay*, [1921] A.C. 702.

désignation, toute autre personne désignée par le ministre de la Justice, notamment des maires, d'autres membres des conseils municipaux ou des conseils d'arrondissements et des fonctionnaires municipaux.

Le sont aussi les ministres du culte habilités à le faire par la société religieuse à laquelle ils appartiennent, pourvu qu'ils résident au Québec et que le ressort dans lequel ils exercent leur ministère soit situé en tout ou en partie au Québec, que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession aient un caractère permanent, qu'ils célèbrent les mariages dans des lieux conformes à ces rites ou aux règles prescrites par le ministre de la Justice et qu'ils soient autorisés par ce dernier.

Les ministres du culte qui, sans résider au Québec, y demeurent temporairement peuvent aussi être autorisés à y célébrer des mariages pour un temps qu'il appartient au ministre de la Justice de fixer.

[...].

Afin d'en permettre l'inscription formelle au registre de l'état civil, le mariage est déclaré sans délai par le ministre du culte au directeur de l'état civil, seul officier de l'état civil légalement reconnu depuis 1994²⁰ :

108. *Les actes de l'état civil sont dressés, sans délai, à partir des constats, des déclarations et des actes juridiques reçus par le directeur de l'état civil, relatifs aux naissances, mariages, unions civiles et décès qui surviennent au Québec ou qui concernent une personne qui y est domiciliée.*

118. *La déclaration de mariage est faite, sans délai, au directeur de l'état civil par celui qui célèbre le mariage.*

375. *Le célébrant établit la déclaration de mariage et la transmet sans délai au directeur de l'état civil.*

20. C.c.Q., art. 103. Tout comme autrefois, les actes de l'état civil doivent être conservés en double exemplaire (C.c.Q., art. 105) et bénéficient du caractère authentique (C.c.Q., art. 107 al. 2).

On ne retrouve pas dans le Code civil de règle équivalente à l'ancien article 53 C.c.B.C. En effet, le législateur ne prévoit plus d'amende en cas de manquement aux devoirs prescrits par le Code qui ne constituent pas « une offense criminelle punissable comme telle ». Sans doute le droit commun de la responsabilité est-il apparu suffisant. Selon toute vraisemblance, un ministre du culte qui ne transmettrait pas la déclaration de mariage au directeur de l'état civil pourrait être tenu responsable des dommages résultant de son manquement. Une des rares décisions judiciaires portant sur les articles 118 et 375 C.c.Q. après le 1^{er} janvier 1994 semble d'ailleurs envisager les choses sous cet angle²¹.

En outre, la réforme du Code civil de 1994 n'a en rien affecté les sanctions prévues par le *Code criminel*²² qui demeurent donc aujourd'hui intégralement applicables:

294. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, selon le cas :

a) célèbre ou prétend célébrer un mariage sans autorisation légale, dont la preuve lui incombe;

-
21. Après avoir constaté le manquement du célébrant, le tribunal rejette la réclamation en dommages-intérêts punitifs et exemplaires intentée contre lui, non pas en raison de l'inapplication des principes de responsabilité civile en la matière, mais des circonstances particulières de l'affaire : « [111] Il faut noter qu'il n'existe pas de pénalité pour le non-respect de la transmission de la déclaration "sans délai". [112] L'intensité de l'obligation du célébrant exige une conduite prudente et diligente en tenant compte des circonstances de faits extérieurs qui entourent l'acte ou l'omission reprochée. Le co-défendeur agit de bonne foi, convaincu que les parties ne consentent plus et qu'elles se marieront civilement au palais de justice. [113] La preuve de dommages subis par la demanderesse est, à toutes fins utiles, inexistante. Elle se limite à réclamer des dommages punitifs et exemplaires pour sanctionner la conduite du co-défendeur et ne précise pas quel dommage matériel ou moral elle aurait subi » : *Droit de la famille* — 093038, préc., note 11.
22. L.R.C. 1985, c. C-46. Ces infractions existent depuis 1886 : *Acte concernant les infractions aux lois du mariage*, préc., note 17.

b) amène une personne à célébrer un mariage, sachant que cette personne n'est pas légalement autorisée à le célébrer.

295. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, étant légalement autorisé à célébrer le mariage, célèbre sciemment un mariage en violation du droit fédéral ou des lois de la province où il est célébré²³.

Le ministre du culte qui célébrerait un mariage sans détenir l'autorisation du ministre de la Justice prévue à l'article 366 C.c.Q. contreviendrait clairement à l'article 294 C. cr. Si, comme nous le démontrons ci-après, le célébrant religieux qui détient cette autorisation est tenu, aux termes des articles 118 et 375 C.c.Q., de déclarer au directeur de l'état civil le mariage qu'il a célébré, l'infraction prévue à l'article 295 C.cr. trouvera application en cas d'omission volontaire. Il en sera de même du ministre du culte qui célébrerait un mariage en violation des conditions de fond prévues par la *Loi sur le mariage civil*²⁴ ou des conditions de célébration prévues par le Code civil.

3. Les objectifs visés par la réforme

Le ministre du culte préside donc à une seule cérémonie de mariage où les aspects religieux et civils s'entremêlent. En vertu de la double mission qui lui est confiée, il lui revient de s'assurer que le mariage respecte tant les conditions relevant de son ordre religieux que celles prescrites par la loi. De son intervention résulteront deux mariages, l'un religieux, l'autre civil, dont l'organisation et la dissolution relèvent de normes distinctes.

Comme c'était le cas avant la réforme, la double mission du célébrant religieux se reflète encore et toujours dans le Code civil, notamment par le pouvoir qui lui est accordé de refuser la célébration d'un mariage qui, bien que conforme à la loi, s'avérerait

23. La référence au droit fédéral a été ajoutée en 2015 : *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*, L.C. 2015, c. 29, art. 10.

24. L.C. 2005, c. 33.

contraire à ses convictions²⁵. Par exemple, à la différence de l'officier laïc qui ne pourrait refuser de célébrer le mariage de conjoints de même sexe²⁶, le prêtre catholique pourra quant à lui se retrancher derrière ses convictions religieuses pour refuser son ministère. Or, c'est précisément parce que le prêtre agit à la fois comme célébrant religieux et célébrant civil, sans pouvoir dissocier l'un ou l'autre de ces rôles, que cet accommodement s'avère nécessaire. Si le prêtre pouvait se limiter à célébrer le mariage religieux, sans qu'il ne soit question de lui attribuer des effets civils, la disposition serait parfaitement inutile : le prêtre n'aurait qu'à décliner compétence sur la base du seul droit canon, sans avoir de compte à rendre à l'État ou sans avoir à justifier son inaction. A-t-on besoin d'écrire dans la loi que le prêtre ne peut être forcé à célébrer un baptême contraire à ses convictions?

Certes, la centralisation entre les mains du directeur de l'état civil des fonctions relevant de l'établissement, de la tenue et de la garde des actes et du registre de l'état civil a nécessité la création d'une nouvelle formalité, soit la transmission par le célébrant d'une déclaration de mariage au directeur de l'état civil. D'aucuns insisteront sur le fait que les articles 118 et 375 du *Code civil du Québec* n'imposent pas en termes exprès une obligation d'agir, tels que « le célébrant doit transmettre sans délai la déclaration de mariage au directeur de l'état civil ». Peut-on en déduire qu'une telle obligation n'existe pas, qu'il appartiendrait plutôt au célébrant de décider, à la demande des conjoints ou de l'un d'eux, de ne pas déclarer le mariage au directeur de l'état civil et, partant, d'en limiter les effets à la sphère religieuse? Après avoir confié aux ministres du culte la responsabilité de tenir les registres

25. C.c.Q., art. 367. La disposition se trouvait autrefois à l'art. 129 al. 2 C.c.B.C. : « [...] [a]ucun des fonctionnaires ainsi autorisés [prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir et garder registres de l'état civil] ne peut être contraint de célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement, d'après les doctrines et croyances de sa religion, et la discipline de l'église à laquelle il appartient ». L'article 3 de la Loi sur le mariage civil, préc., note 24, énonce une règle similaire : « Il est entendu que les autorités religieuses sont libres de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs convictions religieuses ».

26. Alain ROY, « Famille », (2005) 107 R. du N. 1, 31.

d'état civil et les avoir obligés à en transmettre annuellement un exemplaire au protonotaire de la Cour supérieure, le législateur aurait-il profité de la réforme de 1994 pour dénouer subtilement le lien jusqu'alors indiscutable entre le religieux et le civil?

Comme nous l'avons vu, tant le *Code civil du Bas Canada* que le *Code criminel* sanctionnaient sans l'ombre d'un doute la célébration d'un mariage qui n'était pas suivie d'une inscription dans les registres religieux, parce que sa validité aurait pu être contestée par la suite. L'objectif d'une telle règle n'est pas difficile à déceler : il fallait à tout prix éviter que des conjoints croient être mariés civilement sans que ce ne soit le cas. Dès lors, il faut se demander s'il existe une indication quelconque d'une volonté législative d'abolir cette règle. À cet égard, les *Commentaires du ministre de la Justice*²⁷(ci-après « **Commentaires** ») constituent une source de renseignements précieuse²⁸. Sous l'article 118 C.c.Q. (situé au chapitre « Du registre et des actes de l'état civil » du Livre premier sur les personnes), on peut lire ce qui suit²⁹:

Même s'il n'est plus officier de l'état civil, celui qui célèbre un mariage a toujours la responsabilité de le déclarer au directeur de l'état civil. Cette déclaration est tout aussi importante, puisqu'elle tient lieu à la fois de constat et de déclaration. La corroboration du constat n'est pas nécessaire, puisque la déclaration est déjà signée non seulement par le déclarant et les personnes concernées, mais aussi par deux témoins conformément à l'article 121.

Cet article modifie le droit antérieur, en ce qu'il impose un délai de trente jours au célébrant pour faire la déclaration au directeur de l'état civil, alors qu'auparavant il dressait l'acte le jour même et transmettait annuellement un exemplaire de son registre au protonotaire.

27. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, 2 tomes, Québec, Publications du Québec, 1993.

28. *Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 12-24.

29. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, art. 118 C.c.Q., en ligne : <<http://elois.cajj.qc.ca/default.aspx>> (consulté le 2 avril 2016).

Les Commentaires indiquent comme « source » de l'article 118 C.c.Q. les articles 47 et 64 du *Code civil du Bas Canada*³⁰, ainsi que l'article 90 du Livre premier du projet de l'Office de révision du code civil³¹. Les auteurs de ce document expliquent ainsi l'objet de cette dernière disposition³² :

Il a paru souhaitable d'imposer au célébrant plutôt qu'aux parties l'obligation de transmettre au Directeur la déclaration de mariage. Le célébrant représente un élément de stabilité administrative au moment du mariage. Cette situation diffère de celle de la naissance où l'accoucheur ne transmet au Directeur que le constat alors que la déclaration est transmise par les parents.

Notons que l'article 118 C.c.Q. tire son origine de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*³³. Lors de l'étude détaillée du projet de loi devant la *Sous-commission des institutions*, un haut fonctionnaire du ministère de la Justice, le notaire André Cosette, explique en ces termes l'objet de cet article³⁴ :

-
30. L'article 47 C.c.B.C. prévoyait essentiellement que le deuxième registre tenu par le célébrant devait être transmis chaque année au protonotaire du district judiciaire où était située la paroisse. L'article 64 se lisait ainsi : « L'acte du mariage est signé par celui qui l'a célébré, par les époux, et par au moins deux témoins, parents ou non, qui y ont assisté; quant à ceux qui ne pouvaient pas signer, il en est fait mention ».
31. « Le célébrant fait parvenir au Directeur de l'état civil, dans les huit jours, la déclaration de mariage », OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, Projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 20).
32. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, Commentaires, tome 1, livres 1 à 4, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 45.
33. L.Q. 1987, c. 18, art. 128. Cette loi n'est jamais entrée en vigueur et a été entièrement remplacée par le *Code civil du Québec* (préc., note 4), Dispositions finales. Sur l'évolution des différents projets de loi de 1981 à 1991, voir Jean PINEAU, « La réforme d'un Code civil », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec, Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 233, aux pages 245 et suiv.
34. Jean PINEAU, id., à la page 245; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 5^e sess., 32^e légis., 30 mais

La célébration du mariage doit respecter les prescriptions du Code civil du Québec, (2016) 46 R.D.U.S. qu'elle revête ou non un caractère religieux

Le Président (M. Gagnon): Cela va? L'article 124 est adopté. L'article 125, Mme la députée de Maisonneuve.

Mme Harel: "Celui qui célèbre un mariage le déclare au directeur de l'état civil dans les trente jours de la célébration."

Le Président (M. Gagnon): Commentaire.

M. Cossette: Même s'il n'est plus officier de l'état civil, celui qui célèbre un mariage conserve la responsabilité de le déclarer au directeur de l'état civil. Cette déclaration est tout aussi importante, puisqu'elle tient lieu à la fois de constat et de déclaration. La corroboration du constat n'est pas nécessaire puisque la déclaration est déjà signée non seulement par le déclarant, c'est-à-dire l'auteur de la déclaration, et les personnes concernées, mais aussi par deux témoins.

Le Président (M. Gagnon): Cela va? L'article 125 est adopté.

Les Commentaires sous l'article 375 C.c.Q. (situé au chapitre « Du mariage et de sa célébration » du Livre deuxième sur la famille) vont d'ailleurs dans le même sens³⁵ :

Cet article reprend substantiellement l'article 419 C.C.Q. (1980) en lui apportant les modifications de concordance requises par les dispositions des articles 118 à 121 du Livre premier de ce code et le nouveau mode de

1985, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/sci-32-5/journal-debats/SCI-850530.html>> (consulté le 2 avril 2016). La disposition actuelle n'a pas été discutée lors de son adoption par la Sous-commission des institutions : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1^{re} sess., 34^e légis., 29 août 1991, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/sci-34-1/journal-debats/SCI-910829.html>> (consulté le 2 avril 2016).

35. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, art. 375 C.c.Q., en ligne : <<http://elois.cajj.qc.ca/default.aspx>> (consulté le 2 avril 2016). La disposition n'a pas été discutée lors de son adoption par la Sous-commission des institutions : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1^{re} sess., 34^e légis., 3 septembre 1991, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/sci-34-1/journal-debats/SCI-910903.html>> (consulté le 2 avril 2016).

nomination des personnes habiles à célébrer les mariages en application de l'article 366.

Il oblige le célébrant à établir la déclaration de mariage et à la transmettre, dans un certain délai, au directeur de l'état civil.

Que peut-on conclure de ces commentaires et échanges, sinon qu'il n'a jamais été question d'accorder au célébrant la faculté de ne pas transmettre la déclaration de mariage au directeur de l'état civil?

4. Les indications fournies par le texte du Code

La seule lettre des articles pertinents du *Code civil du Québec* peut-elle suffire à contredire ces commentaires, qui conduiraient normalement à conclure que l'état du droit n'a pas été modifié³⁶? Nous ne le croyons pas³⁷. Conformément au style de rédaction sobre et élégant généralement privilégié dans un code civil, les obligations imposées au célébrant sont parfois formulées d'une manière descriptive plutôt qu'impérative³⁸. Ainsi, le célébrant « s'assure de

36. Pour des exemples d'arrêts où l'on a conclu qu'une nouvelle formulation ne modifiait pas le droit antérieur en se fondant dans certains cas sur les Commentaires, voir *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] R.C.S. 758, par. 23-24; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*; *Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] R.C.S. 27, par. 56; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 72-75.

37. Notons que la version anglaise des dispositions pertinentes ne nous éclaire pas davantage que la version française : « The declaration of marriage is made without delay to the registrar of civil status by the person having solemnized the marriage » (art. 118 C.c.Q.); « The officiant draws up the declaration of marriage and sends it without delay to the registrar of civil status » (art. 374 C.c.Q.).

38. Comme l'explique Pierre-André Côté dans son traité sur l'interprétation des lois (Pierre-André COTE avec la collab. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 265, n^o 888-889 (référence omise)), il existe plusieurs manières de formuler une règle à caractère obligatoire : « La présence du terme "doit" ("shall") est souvent invoquée comme indice du caractère impératif d'une disposition. [...] Il faudrait se garder cependant d'accorder une importance

l'identité des futurs époux, ainsi que du respect des conditions de formation du mariage et de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi » (C.c.Q., art. 373), puis il « fait lecture aux futurs époux, en présence des témoins, des dispositions des articles 392 à 396 », il « demande à chacun des futurs époux et reçoit d'eux personnellement la déclaration qu'ils veulent se prendre pour époux » et il « les déclare alors unis par le mariage (C.c.Q., art. 374) ». Imagine-t-on un seul instant que le célébrant ait la liberté de ne pas respecter ces formalités? D'ailleurs, comme le précise l'article 380 C.c.Q., le non-respect des formalités prescrites par le code peut, dans certains cas, être sanctionné par la nullité du mariage³⁹. Comment justifier une telle sanction autrement que par le caractère obligatoire dont ces formalités sont assorties, peu importe la manière dont celles-ci ont été libellées?

démesurée à ce qui n'est après tout qu'un indice de volonté parmi d'autres ». Il illustre son propos par les trois formulations suivantes : 1) « Avant de procéder à la saisie, le créancier donne avis [...] »; 2) « Avant de procéder à la saisie, le créancier doit donner avis [...] »; 3) « Le créancier ne peut procéder à la saisie qu'après avoir donné avis [...] ». D'autre part, l'article 51 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16 dispose : « Chaque fois qu'il est prescrit qu'une chose sera faite ou doit être faite, l'obligation de l'accomplir est absolue; mais s'il est dit qu'une chose "pourra" ou "peut" être faite, il est facultatif de l'accomplir ou non ». La jurisprudence s'est fondée sur cette directive pour conclure que certaines dispositions n'employant ni le terme « doit », ni le terme « shall », avaient néanmoins un caractère impératif : art. 1064 C.c.Q. : *Syndicat des copropriétaires du Château Renaissance c. Industries d'Orcini Ltd.*, 2009 QCCA 159, par. 19; *Noël c. Syndicat des copropriétaires Domaine Rive St-Charles*, [1997] R.J.Q. 3057, 3085 (C.S.); *Dufromont c. Syndicat des copropriétaires du Manoir du carrefour*, [1999] R.D.I. 713, 715 (C.Q.); art. 1973 C.c.Q. : *Kowal c. Hiscock*, [2001] J.Q. no 2888, par. 18-20 (C.Q.); *Code de procédure civile du Québec*, RLRQ, c. C-25, art. 1005 : *Tétreault c. Agence métropolitaine de transport*, 2015 QCCS 5584, par. 36; *Loi sur le Ministère du revenu*, RLRQ, c. M-31, art. 15.2.1 : *Rawas c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2010 QCCS 5779, par. 116.

39. « Le mariage qui n'est pas célébré suivant les prescriptions du présent titre et suivant les conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité à la demande de toute personne intéressée, sauf au tribunal à juger suivant les circonstances. L'action est irrecevable s'il s'est écoulé trois ans depuis la célébration, sauf si l'ordre public est en cause ».

Certes, le défaut de transmettre une déclaration de mariage ne pourra donner lieu à l'annulation de l'acte de l'état civil, puisque celui-ci n'aura alors jamais été dressé. Le manquement au devoir n'en sera pas moins sanctionné : outre le recours en responsabilité civile dont il a déjà été question et les sanctions criminelles auxquelles il s'expose⁴⁰, le célébrant qui refuse ou néglige à plusieurs reprises de respecter les prescriptions du code pourrait se voir retirer l'autorisation qui lui a été accordée par le ministre de la Justice aux termes de l'article 366 al. 2 C.c.Q.⁴¹. Par ailleurs, avant même que ces recours soient exercés, rien n'exclut que l'acte de mariage soit subséquemment dressé sur l'initiative du directeur de l'état civil. Comme le précise l'article 130 C.c.Q., « [l]orsqu'une naissance, un mariage, une union civile ou un décès survenu au Québec n'est pas constaté ou déclaré, ou l'est incorrectement ou tardivement, le directeur de l'état civil procède à une enquête sommaire, dresse l'acte de l'état civil sur la foi de l'information qu'il obtient et l'insère dans le registre de l'état civil ».

Qu'en est-il des époux déjà mariés civilement qui désirent obtenir le sacrement du mariage? Le principe posé antérieurement permet de solutionner le problème apparent que soulève cette question : à partir du moment où un mariage a été célébré conformément aux exigences du *Code civil du Québec*, il a une existence indépendante du mariage religieux. Les deux peuvent naître à l'occasion de la même cérémonie et être dissous ultérieurement à des moments différents (ou ne pas l'être) conformément aux règles civiles ou religieuses pertinentes. De la même manière, une célébration religieuse peut venir se superposer à la célébration laïque. Les exigences du *Code civil du Québec* ayant été remplies antérieurement, elles n'ont pas lieu d'être lors de la deuxième cérémonie.

40. Supra, note 22.

41. « Le droit de nomination à un emploi ou fonction comporte celui de destitution » : *Loi d'interprétation*, préc., note 38, art. 55.

De là à affirmer qu'on peut célébrer un mariage pour la première fois⁴² sans se conformer aux exigences du *Code civil du Québec*, il y a un pas qu'on ne saurait franchir, compte tenu de l'historique des textes, des Commentaires et de l'intention clairement affirmée par les législateurs canadien et québécois de prévenir la célébration de mariages religieux qui, en raison du manquement dont se serait rendu responsable le ministre du culte, seraient dépourvus d'effets civils et juridiques sans que les conjoints ou l'un d'eux en soient pleinement conscients. Les nombreuses inquiétudes exprimées à la suite du jugement Alary⁴³ montrent que cette préoccupation n'a rien perdu de son importance de nos jours.

-
42. Évidemment, le remariage de conjoints dont le mariage a été dissous ou annulé antérieurement constitue aussi leur premier mariage depuis qu'ils sont redevenus célibataires.
43. Voir particulièrement la couverture médiatique du journal *Le Devoir* : Guillaume BOURGAULT-COTE, « Québec permet le mariage sans les obligations », *Le Devoir*, 29 février 2016, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/464210/la-valeur-des-mariages-religieux-remise-en-cause-par-quebec>> (consulté le 23 mars 2016); Guillaume BOURGAULT-COTE, « La brèche ouverte par Québec inquiète », *Le Devoir*, 1^{er} mars 2016, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/justice/464315/mariages-religieux-la-breche-ouverte-par-quebec-inquiete>> (consulté le 23 mars 2016); Guillaume BOURGAULT-COTE, « L'Église ne célébrera pas de "sous-mariage" », *Le Devoir*, 3 mars 2016, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/non-classe/464498/l-eglise-ne-celebrera-pas-de-sous-mariage>> (consulté le 23 mars 2016); Guillaume BOURGAULT-COTE, « Quand la confusion s'invite au mariage », *Le Devoir*, 5 mars 2016, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/non-classe/464713/justice-quand-la-confusion-s-invite-au-mariage>> (consulté le 23 mars 2016).

En somme, cette inquiétude est proportionnelle à l'importance du changement social et juridique que provoquerait la dissociation des dimensions religieuses et civiles du mariage célébré par un ministre du culte. Si le législateur avait vraiment voulu un tel changement, il aurait sans aucun doute pris la peine de l'exprimer clairement. Comme l'écrit le juge Cory dans l'arrêt *Rawluk c. Rawluk*⁴⁴, « il est banal mais juste d'affirmer qu'en règle générale le législateur est présumé ne pas s'écarter du droit existant [traduction] "sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire" ». Cette présomption, écrit le professeur Côté, « [...] est d'autant plus forte que le changement paraît important : l'auteur du texte étant sensé connaître le droit existant, il est peu vraisemblable qu'il ait voulu y introduire, sans le dire, des changements importants »⁴⁵. Faute d'indications contraires, les modifications introduites en 1994 pour permettre la centralisation du registre de l'état civil entre les mains du directeur de l'état civil doivent donc être interprétées en continuité avec le droit antérieur.

44. [1990] R.C.S. 70, 90. La Cour suprême du Canada a rappelé récemment l'importance de cette présomption, notamment lorsque le Code criminel prête à interprétation : *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22.

45. Pierre-André CÔTÉ, préc., note 38, p. 584, n° 1793.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : (RE) PENSER LE DROIT ADMINISTRATIF AVEC JACQUES CAILLOSSE

Auteur(s) : Lionel ZEVOUNOU

Revue : *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 1

Pages : 205-246

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11320>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11320>

Page vide laissée intentionnellement.

**(RE) PENSER LE DROIT ADMINISTRATIF
AVEC JACQUES CAILLOSSE**

par Lionel ZEVOUNOU*

*Au Canada comme en Europe, l'État connaît de profonds bouleversements. La France n'est guère épargnée par ce mouvement. Peut-être plus que les autres pays de l'Union européenne, l'interventionnisme traditionnel de l'administration française est soumis à des politiques publiques d'inspiration néolibérale; d'un autre côté, le dogme de l'État unitaire est de plus en plus ébranlé par un ensemble de réformes décidées au niveau de l'Union européenne. Le droit administratif français est, depuis plusieurs années, traversé par ces différentes tensions. Cet article propose d'introduire le lecteur à la pensée de Jacques Caillosse à travers son dernier ouvrage, L'État du droit administratif. Cette pensée d'inspiration critique permet de saisir les enjeux politiques qui traversent le droit et l'action publique contemporains en France**.*

In Europe as well as in Canada, governments are undergoing major changes. France is no exception. Possibly even more than in other countries of the European Union, the traditional interventions of the French government are subject to influence of neo-liberal politics. On the other hand, the doctrine of a unitary state has been increasingly weakened due to various reforms adopted by the European Union. For many years, French public law has also been affected by these various tensions. This article proposes to present the thought of Jacques Caillosse, as presented in his latest book, L'État du droit administratif. His critical study enables one to better understand the political issues at stake in contemporary French public law and public action.

* . Maître de conférences en droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, membre du Centre de Recherche en Droit Public (CRDP EA 381) et membre du CODESRIA (Conseil pour le développement et la recherche en sciences sociales en Afrique).

** . Je remercie chaleureusement le comité de rédaction ainsi que les évaluateurs de la présente revue. Je remercie par la même occasion deux collègues et amis qui se reconnaîtront pour leurs soutiens respectifs lorsqu'il s'est agi de publier ce travail.

SOMMAIRE

I-	Ce que penser le droit administratif veut dire	217
II-	Une réflexion pluridisciplinaire de juriste	226
III-	Un regret et deux critiques	236

Selon qu'elle est employée au Canada ou en France, l'expression « droit administratif » ne se réfère pas toujours aux mêmes objets. Que l'on sache, c'est au début des années 1960 que le droit administratif apparaît dans le champ académique québécois¹. Si l'on en croit l'avant-propos de Barbe à l'ouvrage *Droit administratif canadien et québécois*, il s'agit d'

(...) une étape dans l'évolution de la doctrine relative à notre droit administratif. Il [l'ouvrage] comble un vide dans la doctrine d'expression française. En faisant cette synthèse, ce livre permettra une évolution plus ordonnée de ce domaine du droit encore peu exploré, mais qui prend sans cesse de l'importance à cause de l'intervention de plus en plus considérable de l'État².

On peut se risquer à dire que ce point de vue défendu par Barbe est largement inspiré de la culture juridique française de droit administratif. Il n'est qu'à lire le plan suivi³, les parcours académiques des divers contributeurs ou, mieux encore, la définition proposée par Rambourg du droit administratif, inspirée par De Laubadère :

Le droit administratif est cette branche du droit public interne qui comprend l'organisation et l'activité de ce qu'on appelle couramment l'administration, c'est-à-dire l'ensemble des autorités, agents et organismes chargés, sous l'impulsion des pouvoirs politiques, d'assurer les

-
1. M. LALONDE, *Cours de droit administratif approfondi : le contrôle de l'administration par le contentieux judiciaire*, Ottawa, Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, 1960-1961; Patrice GARANT, *Notes du cours de droit public*, Québec, Faculté de droit de l'Université Laval, 1972. Nous tirons cette affirmation de la démonstration de René Dussault : René DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, t.1, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1974, p. 21-22.
 2. Raoul-P. BARBE (dir.), *Droit administratif canadien et québécois*, vol. 4, Ottawa, Université d'Ottawa, 1969, à la page 7.
 3. Le plan s'inspire fort largement de celui d'André de Laubadère : André DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 6^e éd., t. 1 et 2, Paris, L.G.D.J., 1973.

multiples interventions des pouvoirs politiques, d'assurer les multiples interventions de l'État moderne⁴.

En extrapolant encore, les références à Weil, Rivero, Eisemann⁵ ou Francis-Paul Benoit pourraient laisser accroire que les disciplines de droit administratif canadien et français s'attachent aux mêmes problématiques.

Ne nous y trompons pas : le droit administratif canadien, québécois en particulier, prend racine dans un système de common law. Certes, l'anathème de Dicey à l'encontre des systèmes juridiques latins ou continentaux est aujourd'hui largement derrière nous⁶. Plus personne ne soutient sérieusement que la soumission de l'administration à un juge de droit commun serait plus protectrice du justiciable que celle à un juge administratif spécial enclin à faire la part belle à l'exorbitance de l'administration⁷. Les avatars de l'histoire expliquent la prégnance du modèle anglais sur le droit administratif québécois. Le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1763 impose en effet « (...) qu'à moins de dispositions spécifiques contraires, les principes généraux du droit constitutionnel et du droit administratif copieront ceux du Royaume-Uni »⁸. Ce constat

-
4. Michel RAMBOURG, « Notions générales sur le droit administratif », dans Raoul-P. BARBE (dir.), *Droit administratif canadien et québécois*, Ottawa, Université d'Ottawa, 1969, à la page 11.
 5. R. DUSSAULT, préc., note 1, p. 3-9.
 6. On oserait même dire que la critique de Dicey a largement été exagérée dans la mesure où de nombreux juristes français ont eux aussi pris part à la critique de la justice administrative. Par exemple : Nibert FOULQUIER (prés.), « Une conception d'ensemble du droit administratif. René Jacquelin, Paris, V. Giard & E. Brière, 1899 », (2006) *R.F.D.A.* 527; Grégoire BIGOT, « H. Berthélémy ou la tradition du libéral-étatisme », dans Nader HAKIM et Fabrice MELLERAY (dir.), *Le Renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, aux pages 199-213.
 7. Jean-Bernard AUBY et Mark FREEDLAND (dir.), *La distinction droit public, droit privé : regards croisés français et britanniques*, Paris, Panthéon-Assas, 2004.
 8. R.-P. BARBE (dir.), préc., note 2, à la page 30.

n'autorise pas une vision hégémonique : le droit paroissial constitue à maints égards une spécificité, certes minime, du système québécois⁹. Telle qu'elle ressort de la doctrine, la spécificité du droit administratif québécois renvoie en définitive davantage aux dispositions du Code civil du Bas-Canada de 1866 qu'à l'existence d'une juridiction administrative proprement dite¹⁰. La question de l'originalité du droit administratif québécois s'est d'ailleurs posée à cet égard. Le juge Archambault de la Cour supérieure du Québec déclarant que « l'on ne doit pas rechercher dans les auteurs français et la jurisprudence française les principes de notre loi administrative publique, car celle-ci a été tirée entièrement du droit anglais »¹¹. Les choses sont, à l'analyse, plus complexes puisque l'administration est à la fois soumise au droit commun de la common law, au droit civil du Code de 1994 et

-
9. Le droit paroissial s'entend de cette branche du droit qui régit le droit temporel des paroisses. Ses sources sont nombreuses et éparses. On trouve parmi elles plusieurs décisions d'intendants, du Conseil Souverain et du Conseil d'État du Roi. L'expression « droit administratif » employée s'agissant du droit paroissial s'apparente plutôt à un avatar du droit public tel que pouvait l'entendre le droit romain (on renvoie sur ce point à Georges CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction "jus privatum" et "jus publicum" dans les œuvres des anciens juristes français », (1952) *A.D.P.* 5, 5-77. Sur cette question : Hector L. LANGEVIN, *Droit administratif ou manuel des paroisses et fabriques*, 2^e éd., Québec, Imprimerie du Canadien, 1878; Jean-François POULIOT, *Le droit paroissial de la province du Québec*, Fraserville, Imprimerie le Saint-Laurent, 1919.
10. Le système français se caractérise par l'institution de deux cours suprêmes : la Cour de cassation (ci-après Ccass) d'un côté pour ce qui concerne les litiges de droit privé, le Conseil d'État (ci-après CE) de l'autre pour ce qui concerne les litiges liés à l'administration. On parle usuellement de dualisme juridictionnel pour rendre compte de ce système. Chacun des deux systèmes comprend des juges du fond : Tribunaux administratifs, Cours administratives d'appel pour l'ordre administratif, Tribunaux d'instance, Tribunaux de grande instance, Cours d'appel pour l'ordre judiciaire. Rappelons que cette présentation n'est que synthétique. Elle ne tient pas compte des juridictions spécialisées présentes dans les deux ordres juridictionnels.
11. R. DUSSAULT, préc., note 5, p. 18.

à un ensemble de législations spéciales¹². De ce point de vue, le droit administratif canadien n'est pas différent d'un système de Rule of Law¹³ : si l'administration n'a pas de juge spécifique¹⁴, elle est en revanche soumise à des règles pour partie déroatoires du droit commun. Sans doute ce système explique-t-il l'éclectisme de la recherche canadienne dans le champ académique. Les thèmes abordés par la doctrine portent autant sur le contrôle du juge¹⁵ que sur la compétence des autorités administratives, la mondialisation¹⁶, le droit des autochtones ou le droit des nouvelles technologies¹⁷.

La formation du droit administratif français est toute différente. Historiquement, le Conseil d'État a d'abord été conseiller du gouvernement avant d'être juge¹⁸. Cette proximité a d'ailleurs alimenté un fort soupçon de partialité à l'encontre du juge administratif¹⁹. Le statut de la magistrature administrative

-
12. Pour une discussion de ce point : Pierre LEMEUX, « Le Code civil du Québec et l'administration publique », (2008) 1 *Acta Universitatis Lucian Blaga* 56, 56-66.
 13. On renverra sur ce point à : Richard A. COSGROVE, *The Rule of Law : Albert Venn Dicey, a Victorian Jurist*, London, Macmillan, 1980.
 14. Entendu de juge de droit commun spécifique, ce qui ne signifie pas que certains contentieux puissent relever de juridictions spéciales voire de juridictions plus générales, telles que la Cour fédérale du Canada. Sur cette question : Geneviève CARTIER et Suzanne COMTOIS, « La reconnaissance d'une forme mitigée de dualité de juridictions en droit administratif canadien », (1995) 47 *Revue Internationale de Droit Comparé* 51, 51-76.
 15. Par exemple, Suzanne COMTOIS, Paul DALY, Ian DEMERS, Dominique GUIMON, Nicolas LAMBERT et Mario NORMANDIN, *Contrôle judiciaire*, Montréal, Lexis-Nexis Canada, 2014.
 16. Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit, l'État : la question du droit dans la gouvernance publique*, v. 11, coll. « Mondialisation et droit international », Bruxelles, Bruylant, 2008.
 17. Nicolas W. VERMEYS, *Droit codifié et nouvelles technologies : le Code civil*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015.
 18. François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, coll. « Droit public », Paris, P.U.F., Éditions Thémis, 1995.
 19. Par exemple : Charles EISENMANN, *Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif*, Madrid, Instituto de estudios de administración local, 1969, p. 419-438; Roland DRAGO et Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Mystères

n'est prévu par aucun texte de la Constitution de la V^e République²⁰. À la fois juge et conseiller du gouvernement, il a longtemps été critiqué pour son manque de sensibilité à l'égard des droits du justiciable²¹. La jurisprudence du Conseil d'État reste essentiellement prétorienne : à l'inverse du droit civil, elle ne figure pas dans un code, même s'il convient de prendre acte du mouvement de codification du droit administratif mis en oeuvre par des commissions elles-mêmes présidées par des conseillers d'État²².

Le modèle d'État unitaire à la française est de plus en plus concurrencé par un fédéralisme européen qui ne dit pas son nom²³. Cette concurrence s'exerce tant sur le terrain du droit que

et mirages des dualités des ordres de juridiction et justice administrative », (1997) 41 *A.P.D.* 135, 135-148.

20. Sur la revendication d'un statut clair de la magistrature administrative sur le modèle du juge judiciaire, voir la tribune : CONSEIL SYNDICAL DU SYNDICAT DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE, « Halte au procès d'intention », *AJDA*, 2016, p. 809.
21. Jean RIVERO, « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », (1979) 31 *E.D.C.E.* 27, 27-30.
22. Jean-Marc SAUVÉ, « Les 25 ans de la relance de la codification », discours prononcé le 13 octobre 2015 à l'Institut Français des Sciences Administratives (IFSA), en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/48522/423945/version/1/file/2015-10-13%20-%20Colloque%20pour%20les%2025%20ans%20de%20la%20relance%20de%20la%20codification%20IFSA.pdf> (consulté le 21 avril 2016); Georges VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel? », (1979) 31 *E.D.C.E.* 31; Gilles J. GUGLIELMI, « L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX^e siècle », (1996) 8 *Annuaire d'histoire administrative européenne* 109, 109-133; Fabrice MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », (2005) 12 *A.J.D.A.* 637; Pascale GONOD et Olivier JOUANJAN, « À propos des sources du droit administratif, brèves notations sur de récentes remarques », (2005) 18 *A.J.D.A.* 992.
23. Dernier épisode juridique en date, l'avis défavorable du Conseil d'État sur l'introduction de la Charte des langues régionales : Cons. d'Ét. Ass., 30 juillet 2015, Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte des langues régionales ou minoritaires, Rec. Cons. d'Ét., n°390.268. On peut se référer à cet égard à la livraison de la revue

sur celui des politiques publiques. Depuis plusieurs années, l'office du juge administratif s'exerce dans le cadre d'un État unitaire et d'une administration en plein bouleversement sous l'influence de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur de nombreux aspects, son office s'est rapproché, au fil des jurisprudences, du droit administratif canadien. Les deux ordres juridictionnels partagent en effet une politique jurisprudentielle commune, recherchant l'équilibre délicat entre l'efficacité administrative et la protection des droits du justiciable. Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada sur le sujet dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* de 2008 :

Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit²⁴.

Si les objectifs de politique jurisprudentielle convergent, les moyens pour y parvenir diffèrent. Le juge canadien fait en effet application du principe de déférence – sous réserve que la décision prise par l'administration soit « déraisonnable », principe fondé sur la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration reconnu sous certaines conditions : l'expertise et la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire attribué à l'administration²⁵. Aussi, à la différence du droit français, le juge

Pouvoirs locaux de septembre 2013 : INSTITUT DE LA GOUVERNANCE TERRITORIALE ET DE LA DÉCENTRALISATION, « La territorialisation du droit. Quelle relation entre la norme et l'espace? », (2013), 98 *Pouvoirs locaux* 39, 39-110.

24. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, par. 47.

25. Geneviève CARTIER, « Le principe de précaution et la déférence judiciaire en droit administratif », (2002) 43 *C. de D.* 79, 79-101.

ne peut-il pas substituer son appréciation à celle de l'administration²⁶.

Sans entrer dans des développements trop complexes, évoquons deux points significatifs. La banalisation progressive de l'intervention administrative sur le modèle de l'entreprise, d'une part, et la protection accrue du justiciable, d'autre part. La politique jurisprudentielle du Conseil d'État s'est, à cet égard, sensiblement ouverte aux raisonnements et aux méthodes proposés par les cours de Luxembourg et de Strasbourg. S'y ajoute depuis quelques années l'extension du contrôle sur le droit souple²⁷ et l'introduction de la « question prioritaire de constitutionnalité » (ci-après : « QPC »), qui a accéléré la convergence des politiques jurisprudentielles entre le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel²⁸. En dépit de ces changements, abondamment soulignés par la

-
26. Conclusions de Madame Claire Legras, sous l'arrêt *Société ATOM* : Cons. d'Ét. Ass., 16 février 2009, *Société ATOM*, R.F.D.A. 2009. 268.
27. Sur cette question : Benjamin LAVERGNE, « Droit souple » dans Michel BAZEX, Gabriel ECKERT, Régis LANNEAU, Christophe LE BERRE, Bertrand DU MARAIS et Arnaud SÉE (dir.), *Dictionnaire des régulations*, Paris, LexisNexis, 2016, aux pages 598-606; CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, coll. « Études et documents », CONSEIL D'ÉTAT, Paris, La documentation française, 2013. Plus récemment deux arrêts étendent le contrôle du juge sur le droit souple des autorités administratives indépendantes : Cons. d'Ét. Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, Rec. Cons. d'Ét., n°3900023 et Cons. d'Ét. Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, Rec. Cons. d'Ét., n°368082, 368084.
28. Introduite par une réforme constitutionnelle de 23 juillet 2008, la question prioritaire de constitutionnalité se définit comme le « droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si les conditions de recevabilité sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État et la Cour de cassation de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative », en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/decouvrir-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html>> (consulté le 14 avril 2016).

doctrine²⁹, un certain nombre de particularismes demeurent. Au premier rang de ceux-ci : la place centrale occupée par le juge administratif dans l'espace académique français. Ce sont ces particularismes qui permettent de se figurer les questions traversant aujourd'hui la doctrine de droit administratif en France.

On ne reviendra pas, sauf pour en prendre acte, sur la prépondérance de la haute administration française, tant dans le fonctionnement de l'État que de son droit³⁰. Pour en prendre la mesure, il suffit de rappeler la place du Conseil d'État dans le droit public en général et dans le droit administratif en particulier³¹. Le jury du concours d'agrégation, qui désigne, pour l'ensemble des facultés de droit, les professeurs de droit public, comporte toujours un membre du Conseil d'État; les nouveaux professeurs ont d'ailleurs parfois le privilège d'être conviés par le vice-président du Conseil d'État, cette rencontre étant l'occasion pour l'institution d'exposer sa vision sur les rapports avec la doctrine³². En siégeant dans différents comités de revues et par le moyen d'articles, de contributions, de publications de conclusions

-
29. Pour un exemple parmi de multiples : Yves GAUDEMET, « L'avenir de la juridiction administrative », (1979) *Gaz. Pal.* 511, 511-519; Yves GAUDEMET, « Monde économique et justice administrative : la mesure d'une critique », (1995) 1 *Justices* 52, 52-62; Roland DRAGRO, *Un nouveau juge administratif (Écrits en hommage à J. Foyer)*, Paris, P.U.F., 1997, p. 451-462.
30. Grégoire BIGOT, *Ce droit que l'on dit administratif... Études d'histoire du droit public*, Paris, La Mémoire du Droit, 2015, p. 87-118; Jacques CHEVALLIER, « L'élite politico-administrative : une interpénétration discutée », (1997) 80 *Pouvoirs* 89, 89-100.
31. Par exemple : *Rapport public 2006 du Conseil d'État, Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La documentation française, 2006 et Cons. d'Ét. Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst et Young et autres*, G.A.J.A. 2011. 874-887 (conclusions Y. Aguila, R.F.D.A. 2006. 463).
32. Intervention du 12 septembre 2014 lors du petit déjeuner donné en l'honneur de la promotion 2013-2014 des agrégés de droit public, en ligne : <http://www.conseiletat.fr/content/download/33657/290790/version/1/file/promotiondesagregesdedroitpublic2013_2014_230892014.pdf> (consulté le 16 décembre 2015).

de rapporteurs publics, les membres du Conseil d'État participent activement à la production doctrinale française : il existe d'ailleurs, depuis février 2015, un prix de thèse du Conseil d'État. Le rapport annuel de l'institution initie très clairement un agenda doctrinal³³. Le statut de professeur associé des membres du Conseil leur permet de vulgariser une certaine vision du droit administratif, celle du Conseil d'État en l'occurrence³⁴. Faut-il ajouter que les juges français à la Cour de justice de l'Union européenne et à la Cour européenne des droits de l'homme proviennent pour certains... du Conseil d'État.

Ce rapide panorama donne une idée de la position centrale qu'occupe l'institution dans le champ du droit public français. Il est à peine besoin de souligner dans ces conditions que le droit administratif tel qu'il est généralement exposé dans les facultés de droit se réfère au droit de la jurisprudence administrative³⁵. La situation est en réalité plus complexe, dans la mesure où les solutions du juge administratif sont souvent critiquées par la doctrine; rares sont ceux, en revanche, qui se hasardent à une critique, à la fois desdites solutions, mais aussi de la manière dont fonctionne plus largement le champ disciplinaire du droit administratif. Jacques Caillosse est de ceux-là. Sa réflexion sur le droit administratif ramène à l'urgence d'en repenser la discipline d'un point de vue théorique, dans un contexte que traversent la plupart des États occidentaux : transformation de l'État sous l'impulsion de politiques néolibérales, crise de la représentation politique, complexité croissante des institutions et des normes applicables à l'administration.

-
33. Un exemple parmi d'autres : Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, t.1, Paris, Dalloz, 2007, p. 7-11 (préface R. Denoix de Saint Marc).
34. Sur la question du statut des personnels associés dans les universités françaises : Olivier BEAUD, « Les facultés de droit dans la réforme universitaire. Les personnels associés à l'université : une singulière discordance entre un statut privilégié et le mode d'accès à ce statut », (2009) 4 *R.D.P.* 959, 959-991.
35. Sur cette question : Jacques CAILLOSSE et Olivier RENAUDIE, *Le Conseil d'État et l'Université*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2015.

Sa pensée, laquelle nous proposons ici de mettre en perspective, permet de saisir les transformations profondes que connaît depuis plusieurs années le droit administratif français. Ces transformations, Jacques Caillosse les appréhende à partir de référents culturels communs à la culture juridique nord-américaine : on pense ici aux Critical Legal Studies³⁶. Ancré dans une culture de sciences sociales, son propos constitue l'un des meilleurs points d'entrée pour qui cherche à comprendre les évolutions du droit administratif français contemporain. L'urgence d'appréhender le droit administratif d'un point de vue critique se justifie dans un contexte où le monopole des facultés de droit est, depuis un certain temps, profondément remis en cause. Sur le modèle nord-américain, l'école de droit de Sciences Po³⁷ se pose en alternative d'une certaine tradition d'enseignement du droit : le droit des manuels s'opposant alors au droit des praticiens. Cette concurrence entre école et faculté de droit s'exerce pourtant à armes inégales : là où Sciences Po bénéficie de fonds publics et privés, l'Université peine à trouver des financements publics adéquats. Ainsi assiste-t-on à la transformation profonde, au-delà du droit administratif, du système français de l'enseignement

36. Sur la réception de ce courant dans la doctrine canadienne, voir : Patrick MACKLEM, « Of Texts and Democratic Narratives (Review Essay of Hutchinson, *Dwelling on the Threshold*) », (1991) 41 *U.T.L.J.* 114, 114-145.

37. Précisons que le système de l'enseignement supérieur français reste fragmenté entre les grandes écoles, les universités et les instituts de recherche (CNRS, EHSS, IRD). Les grandes écoles accueillent historiquement l'élite républicaine destinée à la haute administration ou à l'entreprise. Pendant longtemps, les facultés ont gardé le monopole de l'enseignement du droit. En autorisant la délivrance des diplômes de droit par l'IEP de Paris (Sciences Po), un arrêté du 21 mars 2007 met fin à ce monopole. Cet arrêté a été jugé valide par le Conseil d'État : Cons. d'État, 28 juillet 2008, *Syndicat autonome du personnel enseignant des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion des universités et Société des Professeurs des facultés de droit*, Rec. Cons. d'Ét., n°306321. Sur cette question de manière générale : Agnès VAN ZANTEN, « L'ouverture sociale des grandes écoles : diversification des élites ou renouveau des politiques publiques d'éducation? », (2010) 79 *Sociétés contemporaines* 69, 69-95.

supérieur. Ce processus de transformation touche autant l'institution des facultés de droit que le droit lui-même. Sur ce dernier point, le droit administratif global apparaît comme un sérieux concurrent du droit administratif français. Autant de problèmes auxquels la pensée de Jacques Caillosse apporte des clés de lecture.

I- Ce que penser le droit administratif veut dire

Chacun sait la place singulière que Jacques Caillosse, professeur émérite de droit public à l'université Paris II Panthéon-Assas, occupe au sein du droit administratif. Plus et mieux que nul autre, il ne se contente pas de décrire le droit administratif mais s'efforce, depuis de nombreuses années, d'en penser ses évolutions et ses modes si particuliers de production, ses influences et ses limites. Le regard qu'il porte sur le discours doctrinal est, à cet égard, loin d'être irénique. Il n'existe pas pour l'auteur un seul chemin pour comprendre le droit administratif. Son épistémologie se veut ouverte tant sur l'objet qu'est le droit administratif que sur la manière de l'appréhender, y compris par le recours aux sciences sociales.

Par les récents travaux consacrés au mouvement « critique du droit »³⁸, on sait la solide culture pluridisciplinaire que Jacques Caillosse a acquise au regard du brassage entretenu par le Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURRAP). Ce centre s'est distingué par son positionnement critique, tant sur le droit que sur l'action administrative. Voilà qui donne déjà un indice sur ce dont traite le présent ouvrage. Enrichi d'un index et d'une bibliographie, le plan s'ordonne autour de trois parties : « Droit administratif, État et management », « Droit administratif, État et Territoire(s) », « Droit administratif, État et dissension ». C'est dire qu'en l'ouvrant, on ne peut espérer y trouver certains thèmes classiques du droit

38. Xavier DUPRE DE BOULOIS et Martine KALUSZYNSKI, *Le droit en révolution (s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, vol. 23, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2011.

administratif. Et *L'État du droit administratif* constitue l'aboutissement d'un programme de recherche entamé avec l'écriture de *La Constitution imaginaire de l'administration* publiée en 2008³⁹ suivi de la rédaction *Des mises en scène de la décentralisation* en 2009⁴⁰. Chacun de ces ouvrages rassemble autour de thèmes communs les principaux travaux de l'auteur. Il s'agit en réalité de bien plus qu'une simple compilation d'articles, puisque l'auteur n'hésite pas à en approfondir certains points ou à y ajouter des réflexions clairement novatrices. Le propos tourne néanmoins autour de thématiques chères à l'auteur : « territoires/décentralisation », « service public/management » et « mutations de l'action publique ». Avec *L'État du droit administratif*, Jacques Caillosse propose plusieurs figures de l'État dont chacune rend compte des transformations profondes auxquelles il se trouve confronté à différents niveaux (local ou central).

Si Jacques Caillosse n'est bien entendu pas le seul à le faire, il est incontestablement l'un des rares à persévérer dans le chemin étroit d'une littérature critique sur le droit administratif, au risque parfois de se tenir en marge d'une certaine doxa universitaire. Quelques considérations méthodologiques sont alors nécessaires pour mieux en saisir l'intérêt. Séparons-nous un moment de l'ouvrage pour mieux y revenir.

Qu'entendre par l'intitulé « (Re)penser le droit administratif » ? Si l'on s'en tient à l'ouvrage éclairé par d'anciens travaux⁴¹ de l'auteur, (re)penser le droit administratif consiste d'abord à « faire entrer dans le champ assigné au droit

39. Jacques CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration : recherche sur la politique du droit administratif*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 2008.

40. Jacques CAILLOSSE, *Les « mise en scène » juridiques de la décentralisation : sur la question du territoire en droit public français*, vol. 52, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2009.

41. Jacques CAILLOSSE, « Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif. Aperçu du problème à la lumière du "changement" », (1982) 208 *La Revue administrative* 361, 361-368.

administratif des questions délaissées, la plupart du temps par les juristes de doctrine » (p. 22). Essayons d'aller plus loin. Il y aurait à cet égard quelque vanité à opposer, dans le champ du droit administratif, « penseurs » et « techniciens » ou, pour employer l'expression restée célèbre de Rivero, « faiseurs de systèmes »⁴². Disons-le tout net : cette opposition-là n'est nullement pertinente pour l'analyse des discours doctrinaux en droit administratif. Penser le droit administratif passe nécessairement par une compréhension des normes et des énoncés propres à la discipline. Or, c'est en partant d'un tel prérequis que le titre du présent article « (Re) penser le droit administratif » se révélera – du moins l'espèrera-t-on – utile d'un point de vue doctrinal. Penser le droit administratif ne peut être dissocié de la manière d'aborder le discours objet – droit administratif – en partant du principe qu'il désigne l'ensemble des normes que l'on suppose propres au champ de cette discipline.

À partir de ce point de vue, il est possible en effet de tenter une présentation schématique des manières de faire la « doctrine » universitaire en droit administratif. La plus répandue privilégie deux mots : « exégèse » — au sens de commentaire de décisions — et « systématisation » — au sens de tentative de mise en ordre d'une ou plusieurs grandes catégories du système juridique⁴³. Les résultats de cette démarche sont à plus d'un titre fructueux, surtout lorsqu'il s'agit d'évoquer « l'europanisation »⁴⁴ ou la

42. Jean RIVERO, *Apologie pour les faiseurs de systèmes*, Paris, Dalloz, 1951, chronique p. 99-102. Pour une tentative de présentation de ce « tournant » technicien de la doctrine : Anne-Laure GIRARD, *La transformation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Paris, Dalloz, 2013, p. 8-14 (préface J-J. Bienvenu).

43. Telle est l'approche proposée par exemple par Marcel Waline : Marcel WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Paris, Sirey, 1950.

44. Entre autres : Jean SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution au droit administratif européen*, Paris, L.G.D.J., 2011 (préface Y. Gaudemet); Jean-Bernard AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010.

« constitutionnalisation »⁴⁵ du droit administratif, par exemple. On ne peut dénier à cette manière de faire, communément qualifiée de dogmatique⁴⁶, une quelconque pensée, même si la démarche comporte parfois des limites évidentes. Les spécialistes⁴⁷ l'ont déjà fait savoir à maintes reprises : le champ du droit ne peut se concevoir sans la possibilité d'un travail de systématisation destiné au pouvoir, aux praticiens et à la doctrine universitaire elle-même lorsqu'elle s'adresse à un public d'étudiants.

Toute autre est la démarche qui cherche à comprendre les raisons d'une telle domination technicienne. Les réponses sont complexes et encore rares du côté des juristes⁴⁸. Jacques Caillosse évoquait l'institution de l'agrégation – comprise comme un rituel anthropologique –, laquelle ne favoriserait nullement l'essor d'une pensée pluraliste⁴⁹. Le sujet est vaste et, reconnaissons-le, n'a pas à ce jour fait l'objet d'une étude empirique déterminante, en dehors de quelques prises de position⁵⁰. De manière

-
45. Louis FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », (1982) 13 *Pouvoirs* 17, 17-26; Louis FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », *Mélanges en l'honneur de R. Drago. L'unité du droit*, Paris, Economica, 1997, p. 25-42.
46. Jacques CHEVALLIER, *Doctrines juridique et science juridique*, vol. 50, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J. 2002, p.103-119.
47. Par exemple : Jacques CAILLOSSE et Olivier RENAUDIE (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université : pluriel et singularité*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2015; ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *La doctrine en droit administratif*, coll. « Colloques & débats », Paris, Litec, 2010.
48. Olivier BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique? », (2013) 11 *Juspoliticum*, en ligne : <<http://www.juspoliticum.com/L-oeuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t.html>> (consulté le 19 décembre 2015).
49. Jacques CAILLOSSE, « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui? », (2002) 329 *Revue administrative* 454, 460-461. Une démonstration plus détaillée peut être consultée dans l'ouvrage de Christophe Charle : Christophe CHARLE, *La république des universitaires, 1870-1940*, coll. « L'univers historique », Paris, Seuil, 1994, p. 246-254.
50. Thierry LE BARS, *Agrégation de droit privé et de sciences criminelles : libres propos pour la suppression de « l'épreuve de 24 heures »*, Paris, Dalloz, 2004, p. 4; Jean-Marie CARBASSE, « L'agrégation des facultés de droit »,

complémentaire à l'intuition de Jacques Caillosse, on pourrait alors risquer l'hypothèse suivante : la technicité actuelle du droit administratif proviendrait moins de la domination d'un certain type de « positivisme »⁵¹ que de l'alliance objective entre une doctrine et les acteurs dominants du système juridictionnel

(2009) 2 *R.D.P.* 300, 300-319; Fabrice MELLERAY, « Les concours nationaux d'agrégation de l'enseignement supérieur », (2013) 2 *A.J.F.P.* 70, 70-74; Olivier BEAUD et Rémy LIBCHABER, « Où va l'Université? Les chemins de la liberté », (2014) 49 *La Semaine Juridique - Édition Générale* 1264; Didier TRUCHET, « La réforme du statut des universitaires : l'agrégation et le reste. À propos du décret du 2 septembre 2014 », (2014) 40 *La Semaine Juridique - Édition Générale* 983; Muriel FABRE-MAGNAN, « La réforme du statut des universitaires », (2014) 38 *Recueil Dalloz* 2232; Olivier BEAUD, « Libres propos sur le concours d'agrégation du supérieur », (2015) 16 *A.J.D.A.* 897, 920-927; on se reportera en outre à la dernière livraison de la revue *Commentaire* : Pierre DELVOLVE, Pierre LAROUCHE, Calixto S. FILHO et Edouard LEMOALLE, « Sur la formation des juristes en France », (2015) 152 *Commentaire*, 606-628.

La prudence s'impose à ce stade, même si l'héritage de Bourdieu, les mutations accélérées que connaît aujourd'hui l'université française ou la récente mise à mort de l'agrégation des sections 05 ou 06 au nom du pluralisme de la pensée en science économiques et de gestion rendent plus que jamais légitime une telle piste de réflexion : Pierre BOURDIEU et Jean-Claude PASSERON, *Les héritiers : les étudiants et la culture*, Paris, Éditions de Minuit, 1964; Pierre BOURDIEU, *Homo Academicus*, coll. « Le sens commun », Paris, Éditions de Minuit, 1984; Benjamin ELMAN, *Civil Examinations and Meritocracy in Late Imperial China*, Cambridge, Harvard University Press, 2013; *L'avenir des sciences économiques à l'université en France*, remis à Madame la Ministre de l'Enseignement supérieur par Monsieur Pierre Cyrille Hautcoeur, président de l'EHSS, Paris, 5 juin 2014, p. 6, 13, 30-31; *Décret n° 2014-997 du 2 septembre 2014 modifiant le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences*, J.O. 4 septembre 2014, art. 53; Erik NEVEU, *Rapport du président du jury d'agrégation de science politique*, 2014-2015, en ligne : <<http://www.afsp.info/omas/agregation/rapportagreg20142015.pdf>> (consulté le 14 octobre 2015).

51. Jacques CAILLOSSE, *Introduire au droit*, 2^e éd., coll. « Clefs », Paris, Montchrestien, 1995, p. 15. On pense ici au positivisme idéologique tel que défendu par exemple par Scarpelli; Uberto SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique?*, coll. « La pensée juridique moderne », Paris/Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 1996, préface.

français, le Conseil d'État ou la Cour de cassation. La composition du jury d'agrégation en serait peut-être le symptôme. La technicité d'un droit administratif pris dans un réseau de contraintes européen et international rejaillit nécessairement sur le discours doctrinal. Or, il semble que la légitimité d'une telle doctrine dépend de sa capacité à réduire les antinomies générées par le système juridique dans lequel elle s'insère. L'explication serait dès lors moins à rechercher dans une opposition entre juristes « techniciens » et « penseurs » que dans le mode de production des élites universitaires dans les facultés de droit⁵². Une question se pose à cet égard : comment s'est imposée dans les représentations des juristes universitaires la figure dominante du « jurisconsulte arrêtiériste »⁵³? Le développement d'une socio-histoire interrogeant les modes de production de la doctrine juridique permettra peut-être de saisir les causes de cette domination technicienne qui caractérise aujourd'hui la production doctrinale en droit

52. On pense, en économie, aux travaux de David Colander : David COLANDER, *The Making of an Economist*, Redux, Princeton, Princeton University Press, 2008.

53. En partant de « types » à la manière de Weber, Guillaume Richard propose plusieurs modèles dominants de conceptualisation du droit public qui mériteraient à eux seuls un travail complémentaire du sien (rappelons que son sujet portait sur le droit public sous la troisième République et non sur la manière dont s'est imposé la figure du juriste technicien) permettant de retracer la manière dont s'est imposé ce que l'on désigne usuellement sous le terme de juriste technicien. Guillaume RICHARD, *Enseigner le droit public à Paris sous la troisième République*, coll. « NBT », Paris, Dalloz, 2015, p. 345-389. Différemment mais dans le même sens : Marc MILET, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les engagements et les débats des juristes français (1914-1945)*, thèse de doctorat, Paris, Science politique, Paris II, 2000.

administratif⁵⁴. Les premières hypothèses soulignent à cet égard l'influence de la réforme dont est issu le décret du 27 mars 1954⁵⁵.

On recense ces dernières années une multiplication des travaux universitaires tentant d'opérer un retour aux fondements du droit public et privé⁵⁶. À ces travaux, s'ajoutent plusieurs tentatives de penser l'évolution du droit administratif à travers les mutations sociales et juridiques qui sont les siennes⁵⁷. Dans le

-
54. C. CHARLE, préc., note 49; Jean-Louis HALPERIN (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Études de socio-histoire sur la faculté de droit de Paris*, Paris, Rue d'Ulm, 2011; Guillaume SACRISTE, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011; G. RICHARD, préc., note 53.
55. Dans ce sens : Frédéric AUDREN et Jean-Louis HALPÉRIEN, *La culture juridique française; entre mythes et réalités, XIX^e-XX^e siècle*, Paris, C.N.R.S., 2013, p. 224-234; Cédric MOREAU DE BELLAING, *Un bon juriste est un juriste qui ne s'arrête pas au droit. Controverses autour de la réforme de la licence de droit de mars 1954*, vol. 83, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2013, p. 83-97.
56. On prendra, pour illustrer le propos, les récentes rééditions de textes classiques, par exemple dans les collections « tiré à part », « Rivages du droit » ou « Anthologie du droit » publiées chez les éditeurs Dalloz et LGDJ. Entre autres : Léon AUCOC et Benoît PLESSIX, *La juridiction administrative et les préjugés*, coll. « Tiré à part », Paris, Dalloz, 2012. Ou encore : Baptiste BONNET et Pascale DEUMIER, *De l'intérêt de la summa divisio droit public- droit privé?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2010.
57. Gérard TIMSIT, *Archipel de la norme*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1997; Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *R.D.P.* 659, 659-714; André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de philosophie du droit et de l'État*, vol. 40, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1998; Chales-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, vol. 26, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2000; André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique : entre mondialisation et post-mondialisation*, t.2, vol. 37, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2003; André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, vol. 20, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2003; Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., vol. 35, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2008.

même temps, on observe une spécialisation croissante du droit public. Le droit administratif n'est pas en reste : la sophistication des raisonnements mis en œuvre par le juge ne cesse de gagner du terrain, au point qu'elle nécessite désormais une vigilance constante – pour ne pas dire totale – si l'on ne veut pas se sentir dépassé par « l'actualité ». Un tel écart n'est pas toujours facile à maintenir. De fait, les limites de l'approche technique apparaissent au grand jour. L'obsession d'actualiser sans cesse un droit positif dont les raisonnements sont de plus en plus complexes à comprendre au regard de la porosité grandissante des ordres juridiques ne permet plus toujours de prendre du recul sur la matière⁵⁸. Pire encore : elle fait du juriste universitaire le débiteur perpétuel de l'agenda – et donc nécessairement des politiques jurisprudentielles – du Conseil d'État, de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est précisément ce qu'évoquait déjà Jacques Caillosse dans son article consacré à l'enseignement du droit administratif⁵⁹ à propos du fossé séparant le droit des professeurs et le droit des praticiens⁶⁰. Au reste, c'est bien ce dont semble témoigner l'évolution contemporaine des principaux manuels : les traités, devenus rares⁶¹, laissent place aux « précis »⁶² ou à des

-
58. On fera remarquer que le phénomène n'est pas propre au droit administratif. Une partie de la doctrine en droit de l'Union européenne l'a aussi exprimé en particulier dans l'ouvrage suivant : Ulla NEERGAARD, Ruth NIELSEN et Lynn ROSEBERRY, *European Legal Method. Paradoxes and Revitalization*, Copenhagen, DJØF Publishing, 2011.
59. Jacques CAILLOSSE, préc., note 49, p. 343-358 et 454-472.
60. Id., p. 345. Dans le même sens : Jean-Jacques BIENVENU, « Remarques sur quelques tendances contemporaines de la doctrine en droit administratif », (1985) 1 *Droits* 135, 153-160.
61. Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA, *Traité de droit administratif*, coll. « Traités Dalloz », Paris, Dalloz, 2011, où les auteurs affirment dans l'avant-propos : « Sans avoir la prétention de livrer une reconstruction scientifique du droit administratif français, ni d'ordonner ce que d'aucuns tiennent pour un inextricable chaos, ils [les auteurs] souhaitent apporter leur pierre à la réflexion sur les recompositions en cours (...) Par son caractère pluriel et la trentaine d'auteurs réunis, le présent Traité rompt ainsi avec une solide tradition de la doctrine française de droit administratif, où les solistes – plus rarement les

synthèses rigoureuses exposant les principes essentiels qui gouvernent la matière⁶³. Dans ce contexte, on mesure à quel point penser le droit administratif au sens où nous y invite Jacques Caillosse s'avère à plus d'un titre salubre d'un point de vue intellectuel. Car la prise de distance avec le droit administratif passe nécessairement par une mise en doute de la façon de faire la doctrine selon la manière de la doxa majoritaire. Un tel point de vue n'est pas toujours facile à maintenir : en effet, il implique parfois de n'être considéré ni tout à fait comme un « vrai » juriste, ni tout à fait comme un pur sociologue.

Ajoutons que penser le droit administratif au sens où Jacques Caillosse nous y invite ne signifie nullement prétendre reconstruire le droit administratif sur de nouvelles bases conceptuelles, à la manière de ce qui a été entrepris au début du XX^e siècle⁶⁴. Il ne s'agit pas non plus, derrière la rhétorique d'une supposée crise du droit administratif, de se complaire dans une forme de nostalgie à l'égard de la « belle époque » et des « écoles »⁶⁵. Le défi de penser le droit administratif contemporain consiste, si l'on suit Jacques Caillosse, à saisir la complexité contemporaine de la matière dans sa totalité. Cette complexité qui lui est inhérente traduit quelque chose de plus profond sur les transformations de l'État. Derrière ce mot se cachent plusieurs

formations de chambre – dominant, aux dépens de la musique d'orchestre » (p. 6-7).

62. Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 9^e éd., coll. « Domat », Paris, L.G.D.J., 2014.
63. Par exemple : Bertrand SEILLER, *Droit administratif*, 5^e éd., coll. « Champ. Université », Paris, Flammarion, 2014 (2 tomes); Didier TRUCHET, *Droit administratif*, 5^e éd., coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 2013. Sur cette question : Anne-Sophie CHAMBOST (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universel*, coll. « Contexte, culture du droit », Paris, L.G.D.J., 2014, p. 9-24.
64. Par exemple : Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1927; Maurice HAURIOU, *Cours de science sociale : La science sociale traditionnelle*, Paris, Larose, 1896; Gaston JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., vol. 6, Paris, Giard-L.G.D.J., 1925.
65. Jacques CHEVALIER, « La fin des écoles? », (1997) 3 *R.D.P.* 679, 679-700.

réalités fort différentes : celles relatives aux interventions administratives ou encore celles des légitimités inhérentes à son action. La tâche de penser le droit administratif suppose de construire un objet sans le réduire arbitrairement au contentieux. Car penser le droit administratif avec Jacques Caillosse, c'est se risquer à penser tout le droit administratif : celui du juge, mais aussi celui de l'administration. Un tel objet ne peut être appréhendé qu'en mobilisant une ouverture pluridisciplinaire en direction des politiques publiques et de la sociologie politique. Penser le droit administratif, c'est finalement reconstruire l'unité d'une authentique science de gouvernement⁶⁶ dans un contexte épistémologique de fragmentation disciplinaire entre des sciences sociales – sciences politiques et sociologie – qui s'intéressent aux politiques de l'administration et les juristes – gagnés eux aussi par l'hyperspécialisation – qui se concentrent principalement sur le droit du juge. Tel est selon nous l'apport majeur de l'ouvrage que les critiques que nous formulerons ne remettent nullement en cause.

II- Une réflexion pluridisciplinaire de juriste

De quel(s) « État(s) » Jacques Caillosse nous entretient-il? Car l'ouvrage n'est pas, à proprement parler, celui d'une théorie de l'État au sens où l'entendent communément les spécialistes de la discipline, c'est-à-dire un discours sur « l'État-Nation »⁶⁷. Il est plutôt question ici d'interroger ce que « (...) nous enseigne le droit administratif sur l'État »⁶⁸ et, plus précisément, sur les figures de l'État que, pour le dire avec les mots de Jacques Caillosse, le droit

66. Sur la cartographie d'un tel programme de recherche : Renaud PAYRE et Rachel VANNEUVILLE, « Les habits savants du politique ». Des mises en forme savantes du politique à la formation des sciences de gouvernement », (2003) 53 *R.F.S.P.* 219, 219-235.

67. Cette expression de Benoît est reprise par Olivier Beaud dans sa contribution au *Traité de droit administratif*. Elle réfère aux normes qui s'appliquent à la constitution, à la loi ou au décret : Olivier BEAUD, « L'État », dans Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, à la page 229.

68. Selon là encore la formulation qu'en propose Olivier Beaud : *Id.*, p. 208.

administratif « met en scène » (p. 26-28). En somme, l'auteur convoque le discours du juge administratif pour en extraire les transformations contemporaines des politiques publiques. Derrière la technicité vertigineuse qui le caractérise et dont les juristes demeurent friands au point parfois de l'ériger en « veau d'or », le droit administratif nous parle aussi des transformations de fond que traverse l'action administrative contemporaine. Voilà l'angle mort, souvent délaissé par la doctrine contemporaine, sur lequel l'auteur nous invite à réfléchir sans pour autant prétendre à l'exhaustivité intellectuelle. La démarche méthodologique est clairement d'inspiration sociologique, analysant les normes et les discours sur les normes comme un discours-objet⁶⁹. À son habitude, l'auteur convoque les réflexions plurielles de Pierre Legendre, Pierre Bourdieu, Bruno Latour, ou plus occasionnellement de Charles Eisenmann, afin de proposer une lecture originale du droit administratif.

Il convient dès à présent de mieux préciser l'affirmation selon laquelle la démarche de Jacques Caillosse serait d'inspiration sociologique. Par là, il ne s'agit certainement pas de disqualifier la qualité de juriste de l'auteur. Bien souvent, hélas, c'est en prenant prétexte de l'originalité d'une telle méthode que l'on en vient à en marginaliser le point de vue par la phrase désormais magique : « c'est un travail très intéressant, mais ce n'est pas du droit ». Sous l'emploi d'un tel obiter dictum, que l'on voudrait dès à présent prévenir, se cache la tentation d'éviter d'interroger les présupposés de l'emprise du droit administratif tel qu'il se pratique majoritairement au sein de la doctrine universitaire. Ainsi, *L'État du droit administratif* est un livre qui s'adresse en premier lieu aux spécialistes du droit public.

Outre qu'il interroge la pratique usuelle de la doctrine, l'ouvrage vient enrichir la connaissance scientifique du fonctionnement des institutions administratives. Plus

69. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2014, p. 24-28.

fondamentalement, *L'État du droit administratif* apporte une réflexion sur ce que nous dit le droit administratif sur les transformations de l'État. Ces transformations ne peuvent être appréhendées qu'en prenant au sérieux l'infra-droit produit par l'administration – circulaires, directives, instructions, etc. – et les pratiques qui l'accompagnent. En ce sens, le propos n'établit aucune frontière entre les politiques publiques, la sociologie politique et les institutions administratives telles qu'elles sont traditionnellement enseignées dans les facultés de droit. De la même manière, les aspects théoriques sont étroitement mêlés aux préoccupations techniques, ce qui rend stimulante la lecture entière de l'ouvrage. Les développements qui vont suivre s'inspirent de cette trame féconde. L'articulation de propos théoriques nourris d'analyses techniques ne doit, dès lors, pas surprendre. Cela précisé, entrons dans le sujet.

La démonstration qui sous-tend *L'État du droit administratif* est essentiellement juridique. Car Jacques Caillosse est avant tout un juriste qui se livre à une analyse très fine des phénomènes juridiques. L'analyse du territoire qu'il propose l'illustre. On pourrait en résumer ainsi la trame : la décentralisation s'opère et ne se pense qu'à travers les cadres et les formes de l'État central. On a encore en tête les développements passionnants qu'il consacre au déferé préfectoral (p. 157-179). Le lecteur y apprend les étapes qui ont conduit au contrôle de légalité animé par la volonté d'éviter

le fameux face à face du préfet et de ses notables, parce qu'il avait fini par y voir, lui aussi, l'expression condensée d'un centralisme aussi peu compatible avec les exigences de la démocratie locale qu'avec celles de l'efficacité de l'action publique (p. 160).

C'est précisément la réinstallation de cette ancienne logique qui a été validée *a posteriori* par le Conseil d'État dans son rapport public de 1993 : *Décentralisation et ordre juridique*. Ce que donne à voir ce rapport, c'est que le juge administratif n'entrevoit pas la décentralisation de la même manière que le législateur de 1982. Le rapport public de 1993 remet l'État au cœur de la politique de

décentralisation là où il s'agissait précisément de neutraliser l'influence des rapports entre le préfet et ses notables. Juridique, la démonstration de Jacques Caillosse sur le déféré l'est assurément. Son objet n'est nullement différent de celui dont se sert communément la doctrine administrativiste, à ceci près que Jacques Caillosse en propose une interprétation originale. Là réside la force d'un propos qui ne se limite pas à chercher une cohérence entre plusieurs normes ou énoncés parfois contradictoires. En ce sens, la méthode de l'auteur est davantage mue par le désir de « comprendre » que « d'ordonner », car Jacques Caillosse s'attache à mettre en évidence les réalités sociales et politiques que le droit administratif est supposé saisir.

L'intention du législateur a bien été à l'origine d'instaurer une décentralisation totale dans laquelle disparaîtrait la tutelle des Commissaires de la République, s'agissant du contrôle *a priori* des actes pris par les collectivités territoriales. Que s'est-il passé pour que cette tutelle se maintienne malgré tout? Le récit juridique de cette histoire comporte trois épisodes. Le premier se caractérise par l'intervention du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 25 février 1982⁷⁰, rappelle à l'ordre le législateur : « Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 72 de la Constitution que si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous la réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'État (...) »⁷¹. Ce dernier est sommé de « revoir sa copie » (p. 161). Le second épisode caractérise la manière dont le Conseil d'État va réorienter la pratique du déféré préfectoral⁷² en s'émancipant de l'intention

70. Cons. const. 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes des départements et des régions*, DC. 1982.137.

71. Id., pt. 4.

72. Le déféré préfectoral s'entend du pouvoir que détient le préfet de par la loi de saisir le juge administratif d'une éventuelle illégalité d'un acte pris par une collectivité territoriale (commune, département, région). En effet, les actes des collectivités territoriales sont nécessairement transmis avant leur promulgation officielle au préfet. Comme l'a jugé la jurisprudence, cette saisine du juge par le préfet n'est pas automatique, ce qui donne parfois lieu à un jeu d'influence des préfets sur les

initiale du législateur. Le résultat est désormais connu : les déférés préfectoraux sont peu nombreux. Quant au contrôle *a priori* des actes, c'est-à-dire aux observations adressées à leurs auteurs, il reste dérisoire au regard des demandes transmises⁷³. Mieux, en assimilant la procédure du déféré préfectoral à un simple recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence administrative prend le parti, nous dit Jacques Caillosse, d'en banaliser l'originalité initiale. Un tel choix n'a pas été sans conséquence, ainsi que le démontre avec conviction l'auteur. La banalisation du déféré préfectoral a grandement contribué à maintenir l'ancien système clientéliste centre/périphérie. Le point d'orgue de cette banalisation s'achève avec les jurisprudences *Brasseur* et *Préfet des Bouches-du-Rhône c. Commune de Belcodène*⁷⁴ (p. 178) par lesquelles le Conseil d'État énonce que, dans le cadre du contrôle de légalité, le préfet n'est pas tenu de saisir le juge lorsqu'il est confronté à l'illégalité d'un acte.

La compréhension théorique qu'offre *L'État du droit administratif* sur la décentralisation rappelle à nouveau que « les juristes » — entendons, les discours de la doctrine universitaire sur la décentralisation – ne parviennent pas toujours à l'aborder sans convoquer la figure de l'État central. La décentralisation des juristes se conçoit dès lors comme un « espace de jeu dont dispose l'État vis-à-vis des collectivités territoriales (...) lui-même borné par les interprétations que le juge a données à la notion de libre administration » (p. 146). La pertinence de la représentation usuelle d'un tel discours sur la décentralisation doit par conséquent être interrogée. Certes, il faut reconnaître que les manuels autorisés n'ont jamais pris pour argent comptant

collectivités territoriales. On renvoie au rapport « Mercier » mentionné ci-dessous.

73. SENAT, *Rapport d'information n°447 du 28 juin 2000 du Sénat réalisé au nom de la mission d'information par Monsieur Michel Mercier*, p. 87-94, en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/r99-447-1/r99-447-11.pdf>> (consulté le 18 décembre 2015).

74. Cons. d'État. 16 juin 1989, *Préfet des Bouches du Rhône c. Commune de Belcodène*, Rec. Cons. d'État., p. 512; Cons. d'État. 6 décembre 1999, *Société Aubettes SA*, n°196403, R.F.D.A. 2000. 1242.

l'analyse du phénomène⁷⁵. Il n'en reste pas moins que s'en tenir à une analyse de la décentralisation purement normative et classiquement institutionnelle comporte des limites évidentes. La plus importante tient à l'étroitesse d'une vision binaire, selon les cas, du type : l'évolution de la décentralisation masque un retour lancinant de l'État ou, au contraire, l'évolution de la décentralisation tend vers une émancipation progressive des territoires sur le modèle fédéral. Entre ces deux extrêmes, point de salut; comme s'il n'était pas possible de penser au sein de l'État unitaire différents modèles d'organisation des territoires. Là encore l'étroitesse de la question présuppose une impossibilité de penser en dehors d'un modèle « jacobin » d'État unitaire orchestrant sa propre décentralisation.

Le récent débat sur les nouvelles régions n'a pas manqué d'illustrer ce dernier point. La fusion a d'emblée été dénoncée comme annonçant un risque de dérive fédéraliste dont l'Union européenne aurait tout intérêt à ce qu'elle se réalise⁷⁶. La réalité est plus contrastée, puisque, à s'en tenir au projet actuellement discuté devant la représentation nationale, la création des grandes régions ne s'accompagne nullement d'un pouvoir accru de ces dernières dans le domaine financier. Comme le déplorait récemment un auteur : « Les élus ont dépensé beaucoup d'énergie à s'entredéchirer sur la carte, alors que l'essentiel, c'est le développement des territoires et la capacité politique à agir »⁷⁷. Le

75. Par exemple : Henri OBERDOFF et Nicolas KADA, *Les institutions administratives*, 7^e éd., coll. « Université », Paris, Sirey, 2013, p. 168-170.

76. Voir entre autres : Patrick LE GALES et Christian LEQUESNE (dir.), *Les paradoxes des régions en Europe*, coll. « Recherches », Paris, La découverte, 1997; Christian BATAILLON, *L'émergence du fait régional au sein de l'Union européenne : la coopération trans-frontalière comme stratégie de développement*, coll. « Études », Perpignan, Presses Universitaires de Perpignan, 2002; Marie-Thérèse BITSCH (dir.), *Le fait régional et la construction européenne*, coll. « Organisation internationale et Relation internationale », Bruxelles, Bruylant, 2003; Paul DIRKX, *La concurrence ethnique : la Belgique, l'Europe et le néolibéralisme*, coll. « Savoir/Agir », Bellecombes-en-Bauges, Le croquant, 2012.

77. Romain PASQUIER, « Pour réussir la régionalisation, il faut créer un gouvernement régional », interview, *Acteurs publics*, 24 mars 2015, en

discours sur la régionalisation semble en effet en rester au stade des mots : en maintenant d'un côté les départements et les services déconcentrés au niveau régional tout en accentuant d'un autre côté le pouvoir des métropoles⁷⁸, l'actuelle réforme territoriale confirme le caractère indépassable de la figure de l'État unitaire à la française.

L'usage fréquent par la doctrine du néologisme « déconcentration »⁷⁹, en ce qu'il oppose déconcentration et décentralisation, ne rend pas toujours justice de ce qui se joue en matière de réforme territoriale. Du côté de l'État, la critique de la décentralisation constitue un argument commode pour contraindre les collectivités territoriales à la réforme souhaitée par le centre. La récente baisse des dotations financières en est un exemple topique. En s'arrogeant le monopole de la « raison budgétaire », l'État, comme le montre Jacques Caillosse (p. 150-151), se donne les moyens de proposer les formes de regroupements juridiques les plus admissibles – généralisation du modèle de communauté de communes, par exemple. Du côté des collectivités territoriales, le discours de la victimisation n'est, ainsi que le montre l'auteur, guère plus crédible. Les « élus locaux occultent parfois (...) certaines des caractéristiques essentielles du pouvoir décentralisé, et tout spécialement le fait que ce dernier est lui-même largement conçu sur le modèle étatique » (p. 152).

Cette même hypothèse anime les développements consacrés au thème de la différenciation territoriale (chapitre 7). L'invocation

ligne : <<http://www.acteurspublics.com/2015/03/24/1-essentiel-est-de-casser-la-verticalite-de-l-action-publique>> (consulté le 20 avril 2015).

78. *Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles* : Michel DEGOFFE, « L'organisation des métropoles », (2014) 3 R.F.D.A. 481.

79. Eisenmann parle aussi de « semi-décentralisation » : Charles EISENMANN, *Centralisation, décentralisation, esquisse d'une théorie générale*, Paris, L.G.D.J., 1948; Charles EISENMANN, « Les structures de l'administration », dans Jean-Marie AUBY (dir.), *Traité de science administrative*, La Haye, Mouton & Co., 1966, aux pages 261-318; Charles EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t.1, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 157-300.

de ce thème, aujourd'hui repris en cœur par certains acteurs politiques en matière de décentralisation, n'a rien de nouveau. La possibilité juridique pour l'État de déroger à l'égalité supposée entre territoires existait dès le début des lois de décentralisation : le Conseil constitutionnel en a légitimé sous certaines conditions la pratique. Or, ainsi que le montre Jacques Caillosse, le thème de la différenciation territoriale est le fruit d'une contradiction insoluble : celle de prétendre pouvoir adapter une norme aux spécificités d'un territoire alors que cette norme n'est pensée qu'au travers du droit de l'État central. Toute tentative d'envisager les choses différemment se heurte à la fausse alternative : État unitaire versus État fédéral.

D'un côté on cherche à desserrer un maillage territorial invariablement reproduit par la norme nationale, en valorisant les singularités du local; de l'autre on reconstitue ce maillage national par une décentralisation normative qui dissout le local (p. 193).

Ici, l'État « territorial » cède la place à l'État « manager » : celui qui gouverne à distance⁸⁰ par l'élaboration d'une « standardisation des politiques publiques » (p. 192) à travers la LOLF, la RGPP puis la MAP. Si la loi permet l'expression de la différenciation, elle ne le permet que de manière relative et voulue par l'État central, qui n'hésite pas, si nécessaire, à s'emparer du discours sur l'inégalité des territoires afin de mieux légitimer une forme parfois masquée de recentralisation⁸¹.

La récente proposition législative relative à la possible fusion de Maisons de services au public et de la Poste en s'appuyant sur le réseau territorial de cette dernière est

80. Selon le titre qu'emprunte Jacques Caillosse à l'article de Renaud EPSTEIN, « Gouverner à distance. Quand l'État se retire des territoires », (2005) *Esprit* 96, 96-111.

81. Matthieu CONAN, « L'autonomie financière des collectivités territoriales », dans *Trente ans de décentralisation*, Paris, A.J.D.A., 2012, p. 759-763.

exemplaire de la thèse évoquée⁸². Ce sont bien les contraintes propres à l'État actionnaire, dans un contexte d'ouverture à la concurrence, qui sont à la base de la transformation des bureaux locaux de poste en Maisons de services au public. Autrement dit, c'est l'État qui pense la différenciation territoriale, sans nécessairement associer les territoires à la réflexion. Telle est la grille de lecture critique qu'il convient d'appliquer lorsque, dans un discours prononcé à Laon le 13 mars 2015, le premier ministre annonçait la création d'un comité interministériel consacré aux ruralités. Parmi les mesures, le gouvernement annonçait la création de 1000 Maisons de services au public à l'horizon 2016⁸³. On assiste, ce faisant, à une nouvelle manière de penser l'action dans laquelle l'État se retire des territoires « pour mieux les gouverner à distance »⁸⁴. Aussi, convient-il, pour comprendre la manière dont évolue l'administration des territoires, de se tourner vers le concept foucaldien de « gouvernementalité », dont la littérature sur les politiques publiques use à volonté (chapitre 8). Il permettrait, selon l'auteur, de mieux saisir la complexité des mutations administratives qui caractérisent aujourd'hui l'administration territoriale.

Il ne s'agit là que d'un simple aperçu sur un ouvrage intellectuellement très dense. Certaines parties sont le fruit de réflexions abouties : le chapitre consacré à la « surdétermination économique du service public » ou la partie intitulée « Droit administratif, État et territoires(s) », entre autres. D'autres

82. ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport présentée le 14 janvier 2015 par Jean Launay pour la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur les conditions de maintien du service public dans les territoires et la contribution que la Poste pourrait y apporter*, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i2495.asp>> (consulté le 22 mars 2015).

83. Manuel VALLS, « Les ruralités, avec toute la diversité des paysages, des métiers, des traditions, sont autant de chances pour la France », (2015) *Actualité*, en ligne : <<http://www.gouvernement.fr/les-ruralites-avec-toute-la-diversite-des-paysages-des-metiers-des-traditions-sont-autant-de-chances>> (consulté le 22 mars 2015).

84. R. EPSTEIN, préc., note 80, p. 111.

développements proposent, en revanche, des pistes de recherche. Ainsi, lorsque Jacques Caillosse évoque la création d'un champ d'études consacré au droit de la performance, qu'il interprète avec la surdétermination économique du service public comme une manifestation du déplacement de la « rationalité juridique », de quelles manières approfondir cette hypothèse d'un déplacement de la rationalité juridique? Quel contenu donner à cette dernière expression? Signifie-t-elle qu'il existerait une rationalité spécifique au droit? Encore faudrait-il pouvoir le démontrer, sachant que l'auteur n'en précise pas davantage le contenu. Quant aux pistes de recherche évoquées relatives au « droit de la performance », vers où s'orienter? Le management auquel est soumis l'ordre juridictionnel administratif lui-même, voire celui de la Cour des comptes, pourrait-il constituer un des objets de ce « droit du management »⁸⁵?

Comment les élites administratives se sont progressivement converties à la « culture » de l'évaluation et du management⁸⁶? L'étude de l'ordre administratif, c'est-à-dire des modes de travail et d'évaluation quotidiens des juges du fond ainsi que les relations de ces derniers avec le corps des membres du Conseil d'État, pourrait-elle constituer à cet égard une piste de réflexion fructueuse? Il est permis de penser que l'étude de l'ordre juridictionnel administratif et judiciaire constituerait peut-être un terrain privilégié de ce « droit de la performance » dont parle Jacques Caillosse au chapitre 2. Une autre thématique non moins originale est l'analyse des modes non juridictionnels de résolution des conflits internes à l'administration, encore peu répandue dans la doctrine de droit administratif (p. 255-266).

85. Elisa CHELLE, « Une politique de récompense dans la magistrature. Le cas des primes de rendement des magistrats de cours d'appel et de cassation », (2011) 79 *Droit et Société* 407, 407-427.

86. Une piste de réflexion peut être consultée dans la livraison de 2012 de la revue *Actes de la recherche en sciences sociales* : Julie GERVAIS, « Les sommets très privés de l'État », (2012) 194 *Actes de la recherche en sciences sociales* 4, 4-21.

III- Un regret et deux critiques

Que l'on nous permette d'exprimer à ce stade un regret et deux critiques. Le regret tout d'abord : *L'État du droit administratif* reste étrangement silencieux sur l'Europe en général et sur le droit européen en particulier – qu'il s'agisse du droit de la Convention ou du droit de l'Union européenne. L'auteur prend soin d'évacuer ce point dès l'introduction (p. 33). Certes, l'évocation du droit européen apparaît en creux dans l'ensemble du propos – la surdétermination économique du service public, par exemple –; on ne peut pour autant se satisfaire de ce silence à l'heure de l'émergence d'une littérature qui se consacre au droit administratif européen⁸⁷. Il aurait été intéressant d'entendre l'auteur sur la manière dont, en matière de pratiques administratives, une transformation de l'action publique s'opère sous l'influence de l'Europe. Si l'article 6 §1 reste abondamment commenté par les juristes, rien n'est dit sur la redéfinition des politiques publiques qu'engendrent les obligations liées au procès équitable dans les administrations concernées.

Un exemple récent : lorsque le Conseil constitutionnel⁸⁸ juge non conforme aux principes d'impartialité et d'indépendance

87. Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH et Richard STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », (2005) 3-4 *Law & Contemporary Problems* 1, 1-356; Matthias RUFFERT (dir.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Munich, European Law Publisher, 2007; Jurgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, coll. « Droit administratif », Bruxelles, Bruylant, 2009; Jurgen SCHWARZE, *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, coll. « Droit administratif », Bruxelles, Bruylant, 2010; Clémentine BORIES (dir.), *Un droit administratif global?*, coll. « Cahiers internationaux », Paris, Pedone, 2012; Paul CRAIG, *European Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012; Daniel MOCKLE, « Le débat sur les fondements du droit administratif global », (2012) 53 *C. de D.* 3, 3-48; Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, coll. « Droit administratif », Bruxelles, Bruylant, 2014; Emilie CHEVALIER, *Bonne administration et Union européenne*, coll. « Droit administratif », Bruxelles, Bruylant, 2014 (préface O. Dubos).

88. Cons. const. 8 juin 2012, Christian G, Rec. Cons. const., p. 50.

la composition des Commissions départementales d'aide sociale, quelle conséquence en tirer du point de vue de l'organisation administrative? Plutôt que d'envisager une réforme d'ensemble des juridictions sociales, l'Assemblée nationale, reprenant sur ce point le projet de loi présenté par le gouvernement, a décidé d'en complexifier le contentieux – par l'introduction d'un amendement relatif au recours administratif préalable obligatoire dont les juridictions administratives auraient eu à connaître. Fort heureusement, la rédaction de cet article a été retirée par un amendement sénatorial. Le problème n'en demeure pas moins latent : quelles politiques publiques l'État met-il en œuvre pour faire face aux exigences liées aux principes d'impartialité, qu'il s'agisse de juridictions ou d'autorités administratives indépendantes? Pour ce qui concerne les juridictions sociales, il semble que la réponse apportée s'inscrive dans le mouvement plus vaste d'un dispositif de « gouvernance des pauvres »⁸⁹.

L'ouvrage évacue un peu vite, à notre grand regret, la littérature se réclamant du droit administratif global⁹⁰ (Global Administrative Law). Fondé sur un ensemble de principes (« transparence », « prévention des conflits d'intérêts », « responsabilité des administrations », *soft law*⁹¹), ce discours participe puissamment à justifier l'uniformisation de nombreuses

-
89. Titre de l'ouvrage d'Elisa Chelle : Elisa CHELLE, *Gouverner les pauvres. Politiques sociales et administration du mérite*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012.
90. Voir en ce sens : Mikhaïl XIFARAS, « Après les théories générales de l'État : le droit global? », (2012) 8 *Juspoliticum*, en ligne : <<http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP8-Xifaras.pdf>> (consulté le 26 avril 2015); Jean-Yves CHEROT et Benoît FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, coll. « Penser le droit », Bruxelles, Bruylant, 2012.
91. On se demande dans quelle mesure le Conseil d'État s'inscrirait dans ce mouvement global : CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, coll. « Études et documents », CONSEIL D'ÉTAT, Paris, La documentation française, 2013. Dans le même sens : Benjamin LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, coll. « Les thèses de l'IFR », Paris, L.G.D.J., 2013; ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2008.

pratiques administratives au sein d'instances comme l'OCDE, le FMI et des institutions européennes. Est-il possible d'établir un lien entre les réformes liées au nouveau management public et l'avènement d'un droit administratif global⁹²? On voit émerger, depuis plus d'une vingtaine d'années, dans les politiques menées par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, une sémantique tirée des outils conceptuels dont se revendique le droit administratif global : « bonne gouvernance », « conflits d'intérêts », « lignes directrices », « bonnes pratiques »⁹³, etc. De quelle manière les droits de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe convergent-ils en matière d'utilisation d'instruments communs de ces outils de gouvernance? À l'évidence, une culture et des intérêts communs émergent depuis plusieurs années entre les élites administratives et les institutions européennes⁹⁴; s'y ajoute, même si l'on en parle moins, la création de réseaux transnationaux entre juges dont l'objectif vise à harmoniser un certain nombre de standards entre cours suprêmes⁹⁵. La présentation usuelle de tout ceci est résumée par l'expression

-
92. Jacques ZILLER, « Le droit public, un outil de gestion publique moderne et non un frein à la réforme », (2005) 71 *Revue Internationale des Sciences Administratives* 281, 281-292.
93. Par exemple : *Convention pénale sur la corruption adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999*; *Convention civile sur la corruption adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe du 4 novembre*; CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 90 (6) relative à un Accord partiel portant création de la Commission européenne pour la démocratie par le droit*, en ligne : <http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation> (consulté le 20 mars 2015).
94. Cette culture commune a des racines anciennes : Antonin COHEN, « De congrès en assemblées », (2006) 18 *Politique européenne* 105, 105-125; Antonin COHEN, « L'autonomisation du "Parlement européen". Interdépendance et différenciation des assemblées parlementaires (années 1950 - années 1970) », (2012) 85-6 *Cultures et conflits* 13, 13-33.
95. On pense encore ici à la Commission dite de Venise encore appelée « Commission européenne de la démocratie par le droit » créée par le Conseil de l'Europe en 1990 (*Résolution 90 (6)*, préc., note 93) ou encore, s'agissant du droit de l'Union européenne, au programme de formation : EUROPEAN JUSTICE, *La politique de formation judiciaire européenne*, en ligne : <https://e-justice.europa.eu/content_the_european_judicial_training_policy-121-fr.do>.

large « d'eupéanisation » ou, pour ce qui concerne les juges, de « dialogue », sans que l'on sache vraiment ce que recouvre clairement l'emploi de ces deux expressions. Or, il convient précisément de sortir du piège de « l'eupéanisation », si par là on entend les relations entre les rapports de systèmes juridiques, afin d'en cerner plus spécifiquement les effets en terme de pratiques administratives.

D'un point de vue institutionnel, l'eupéanisation s'entend principalement de l'attractivité des politiques européennes dont la multiplication des agences, experts et autorités administratives indépendantes serait le symptôme. À cela, on ajoute, s'agissant plus spécifiquement du droit de l'Union européenne, que les rapports entre administrations nationales et européennes s'organiseraient de plus en plus sur le modèle d'une administration fédérale. Comment appréhender une telle influence sans, là encore, tomber dans le piège d'un simple transfert de culture administrative au profit de l'Union européenne? Nul ne doute que le modèle administratif européen exerce indéniablement une influence plus ou moins grande sur les administrations nationales; la question est ailleurs. Elle est dans le degré d'influence et d'attractivité de ce modèle européen. Topique de cette affirmation, l'application du droit de concurrence s'organise désormais en « réseau » en apparence coordonné par la Commission européenne. L'institutionnalisation de ce réseau nécessite cependant la mise en œuvre d'instruments divers et variés : vulgarisation d'un registre technocratique commun par le recours à une rhétorique économique, programme de formation des juridictions ou administrations nationales, etc. L'objectif affiché ici est la création d'une communauté épistémique commune, autrement dit, un ensemble d'acteurs qui partagent un ensemble de valeurs communes⁹⁶. Pourtant, contrairement aux idées reçues, les rapports entre administrations nationales et européennes ne se posent pas en terme de gouvernance

96. Michaela DRAHOS, Frans VAN WAARDEN, « Courts and (Epistemic) Communities in the Convergence of Competition Policies », (2002) 9 *Journal of European Public Policy* 913, 913-934.

hiérarchique, mais bien de transferts partiels de culture administrative⁹⁷. Bien plus, la création de ces réseaux, dont le droit de la concurrence n'a bien sûr pas le monopole⁹⁸, engendre parfois des situations fort complexes où les autorités nationales intégrées dans le réseau poursuivent des intérêts divergents des administrations centrales ou des autorités décentralisées⁹⁹.

C'est ce que donnent à voir les récents contentieux afférents aux organismes génétiquement modifiés ou celui des antennes-relais, lorsque le Conseil d'État fait primer la police spéciale sur la police générale¹⁰⁰. Au-delà des débats relatifs à l'articulation des polices ou à la répartition contentieuse, il y a aussi la prise en compte d'un phénomène de « réseau » d'autorités nationales qui s'insère pleinement dans le fonctionnement d'une politique désormais menée au niveau européen; cette dernière ne peut souffrir d'éventuelles politiques nationales contraires. Autrement

-
97. Andy SMITH, « Transferts institutionnels et politique de concurrence. Les cas communautaire, français et britannique », (2013) 3 *Gouvernement et action publique* 415, 415-440.
98. On pense ici au secteur de l'énergie dont les régulateurs se structurent autour de l'Agence des coopération de régulateurs de l'énergie (ACER) créée par un règlement n° 713/2009 du Parlement et du Conseil instituant une agence de coopération de régulateurs de l'énergie responsable de la surveillance du respect des codes de réseau européens par les réseaux européens des gestionnaires de réseau de transport pour l'électricité et le gaz; de la même manière, s'agissant du secteur audiovisuel, le CSA participe au réseau de l'ERGA (European Regulators Group for Audiovisual Media Services). Dans un arrêt remarqué, la Cour de justice semble attribuer aux autorités de régulation créées par le droit communautaire le monopole de la définition de l'intérêt communautaire dans les secteurs qui leur sont attribués : *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, Affaire C-424/07, [2009] Rec. C.E. I-11431; Aude BOUVERESSE, « Vers un statut communautaire des régulateurs nationaux? », (2010) 2 *Europe*; sur le même sujet : Jacques ZILLER, « Les autorités administratives indépendantes : entre droit interne et droit communautaire », (2010) *R.F.D.A.* 901.
99. *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, préc., note 98.
100. Sur ces questions : Aude ROUYERE, « Avantages et limites de l'orthodoxie juridique : le cas exemplaire du contentieux des antennes-relais », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 1099-1125.

dit, ces « réseaux » transnationaux produisent des énoncés, qui ne sont pas toujours normatifs en eux-mêmes, mais qui sont interprétés comme tels par les juges suprêmes nationaux dans un souci de cohérence. De fait, il n'est pas étonnant de constater, au nom de l'uniformité, que le pouvoir de police générale au niveau local cède, dans certaines hypothèses, face à l'exercice du pouvoir de police spéciale¹⁰¹. La montée en puissance d'un tel phénomène et des nouvelles pratiques administratives qu'il engendre ne peut que retenir l'attention.

S'il convient de suivre Jacques Caillosse lorsqu'il impute la diffusion d'une culture d'évaluation ou l'avènement d'une surdétermination économique du service public à un « libéralisme » ou, plus exactement « au néolibéralisme », l'argument mériterait d'être affiné. Comme l'a déjà montré Foucault¹⁰², le néolibéralisme, entendu comme technique de gouvernement, se décline en plusieurs formes ou « instruments »¹⁰³. La représentation la plus commune de cette domination néolibérale est celle qui voit dans le « marché » un modèle qui exerce son attraction sur les procédés de l'action publique. On dira par exemple, pour en revenir à la surdétermination économique du service public, qu'en faisant primer l'efficacité – ou l'efficience, c'est selon – sur l'égalité, la jurisprudence du Conseil d'État devient de plus en plus perméable

101. Cons. d'Ét. Ass., 26 octobre 2011, Commune de Saint-Denis, commune des Pennes-Mirabeau, A.J.D.A. 2011.2219. Sur la littérature relative à la montée en puissance des phénomènes de « réseaux » de certaines autorités administratives : François LAFARGE, « Administrative Cooperation between Member States and Implementation of EU Law », (2010) 16 *European Public Law* 597, 597-616; Irène BELLIER, « Unie dans la diversité : la culture administrative de l'Union européenne à la croisée des chemins », dans Pascal MBONGO (dir.), *Le phénomène bureaucratique européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, aux pages 67-93.

102. Michel FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, coll. « Hautes études », Paris, Gallimard/Seuil, 2004, qui inspire fortement les travaux de Jacques Caillosse.

103. Pierre LASCOURMES et Patrick LE GALES, *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004.

aux impératifs du marché¹⁰⁴. Une analyse plus poussée des causes de l'envahissement d'une telle surdétermination économique s'impose. Elle passe par un examen attentif des contraintes propres à cette « rationalité économique » triomphante. Les arrêts Million et Marais, Société EDA marquent certes un tournant. Ils ne sont pas les seuls pour autant. En effet, on aurait pu penser que l'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative aurait donné naissance à deux courants jurisprudentiels : l'un cherchant à tempérer le droit de concurrence aux nécessités d'intérêt général; l'autre plus rigoureux, se voulant une transposition pure et simple des exigences du droit communautaire de la concurrence. Il semble, contrairement aux intentions affirmées alors par le Conseil d'État¹⁰⁵, que le second courant soit en train de s'imposer lentement, mais sûrement. Au-delà du droit des concentrations¹⁰⁶, l'interprétation du Conseil d'État rejoint désormais à plusieurs égards celle du droit de l'Union¹⁰⁷. Ce choix ne doit pas être déconnecté d'un certain consensus politique sur les bienfaits du marché et de la libre concurrence¹⁰⁸. Telle est, en substance, notre première critique. Si l'on rejoint globalement l'auteur dans ses analyses, nous pensons qu'un examen plus affuté du déplacement

104. Cons. d'État, 25 février 2015, n°375724, A.J.D.A. 2015. 421.

105. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2002. Collectivités publiques et concurrence*, Paris, La documentation française, 2003.

106. Cons. d'État, 5 novembre 2014, *Société Wienerberger*, Rec. Cons. d'État, n°373065.

107. Cons. d'État, Ord., 5 février 2014, *SAS Allocab*, n°374524, A.J.D.A. 2014. 661 (étude M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser et Avis de l'Autorité de la concurrence, n° 13-A-23 du 16 décembre 2013 concernant un projet de décret relatif à la réservation préalable des voitures de tourisme avec chauffeur). La solution a été en partie suivie par le Conseil constitutionnel : Cons. const. 17 octobre 2014, VTC, A.J.D.A. 2015. 226, note A. Haquet. Dans le sens d'une convergence globale : Cons. d'État, Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, R.F.D.A. 2015. 57, concl. B. Dacosta; *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Services*, Affaire C-568/13, 18 décembre 2014, pts. 33, 34, 35 et 44.

108. Jacques ATTALI (prés.), *Rapport pour la libération de la croissance économique française*, Paris, La documentation française, 2008, p. 156-160.

des évolutions de la « rationalité économique » permettrait de mieux en prendre la mesure.

De récentes hypothèses théoriques pourraient servir à mieux identifier ce qui se joue derrière l'emploi des néologismes « marchandisation », « marchéisation » ou « surdétermination économique » du droit. On pense ici aux travaux de Béatrice Hibou¹⁰⁹, laquelle, revisitant les thèses de Weber, propose de lier la technicité grandissante du droit au développement du néolibéralisme plutôt que de dissocier le marché de l'État. L'originalité de ses travaux tient dans l'idée que le phénomène bureaucratique se développe aussi dans l'entreprise – celle transnationale. Car la représentation d'un marché dont les principaux acteurs seraient l'entrepreneur ou l'entreprise occulte précisément une autre bureaucratie concurrente, celle de l'entreprise. Dès lors, et contrairement à ce qu'une lecture rapide de l'ouvrage de Jacques Caillosse pourrait suggérer, il n'y a pas lieu d'opposer le « marché » à l'État. C'est, au contraire, en comparant le rapprochement des deux types de bureaucratie, celle de l'État et celle de l'entreprise, que l'on peut cerner au plus près ce qui se joue dans la « surdétermination économique » du service public ou la diffusion d'une culture d'évaluation au sein de l'administration. Aussi, l'examen de la recomposition administrative des entreprises transnationales sous l'influence du modèle administratif de la finance s'avère-t-il plus que nécessaire¹¹⁰. Une telle lecture prête davantage attention aux évolutions qui imposent une certaine standardisation des normes managériales communes aux secteurs public ou privé. Cette emprise du management privé, sur laquelle plusieurs auteurs ont attiré l'attention¹¹¹, se caractérise par une technique de

109. Béatrice HIBOU, *La bureaucratiation du monde à l'ère néolibérale*, Paris, La découverte, 2012.

110. Alexandra OUROUSSOFF, *Triple A. Une anthropologie dans les agences de notation*, coll. « Anthropolis », Paris, Belin, 2013 (trad. A. Blanchard).

111. Anne PEZET et Eric PEZET, *La société managériale : essai sur les nanotechnologies de l'économie et du social*, Paris, La ville qui brûle, 2010.

gouvernement indolore. C'est là, selon nous, qu'il conviendrait de concentrer les efforts d'une approche compréhensive¹¹² sur les transformations de l'action publique, au risque sinon de se tromper de cible en pointant l'influence grandissante de « l'économie »¹¹³ du droit sur le droit administratif. On se demande même, à bien y réfléchir, si la critique de la « surdétermination économique » du service public liée à l'influence de l'analyse économique du droit ne ferait pas la part belle aux thèses de ses thuriféraires compte tenu de sa trop grande généralité.

La seconde critique est d'ordre méthodologique. D'inspiration sociologique, la position de Jacques Caillosse se rapproche à notre sens de celle développée par le mouvement « critique du droit »¹¹⁴. Or, si cette approche entreprend à juste titre de dévoiler les enjeux politiques sous-jacents au discours des juristes, elle donne parfois des causes très générales à des phénomènes très complexes. Personne ne nie que le droit administratif soit à l'image d'un grand théâtre¹¹⁵ où se jouent les transformations de l'État. Ce qui apparaît plus contestable, en revanche, est la corrélation existant entre les transformations du droit administratif et celles de l'État. L'analyse de l'auteur semble partir du principe que les structures qu'elle dévoile n'appartiennent « (...) pas à la conscience mais au comportement, et l'individu n'en acquiert qu'une connaissance restreinte par des prises de consciences incomplètes (...) »¹¹⁶. Or, prendre au sérieux les apports épistémologiques de la philosophie analytique et, plus largement, d'une certaine critique libertarienne des sciences

112. Au sens wébérien du terme.

113. Eric PEZET et Juliette SENECHAL, *Normes juridiques et normes managériales*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2014.

114. Xavier DUPRE DE BOULOIS et Martine KALUSZYNSKI (dir.), « Droit administratif et critique du droit », dans *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, coll. « Droit et société », vol. 23, Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2011, aux pages 85-100.

115. Jacques CAILLOSSE, « Le droit administratif, ce grand théâtre... », dans Mathieu DOAT et Gilles DARCY (dir.), *L'imaginaire en droit*, coll. « Penser le droit », Bruxelles, Bruylant, 2011, aux pages 260-290.

116. Jean PIAGET, *Le structuralisme*, Paris, P.U.F., 1968, p. 88.

sociales¹¹⁷ incline à inverser la perspective. L'analyse se déploie dès lors vers une approche plus resserrée, permettant de mieux appréhender les causes plurielles de la complexité des phénomènes analysés. Une telle modestie n'a d'autre intérêt que de permettre d'affiner l'analyse des propositions formulées en sciences sociales.

Partant, n'aurait-il pas été plus judicieux que l'auteur circoncrive son objet de manière plus resserrée, ce qui lui aurait permis de mieux établir le lien entre l'exposé des thématiques qu'il aborde et les conclusions qu'il en tire? Autrement dit, la démonstration de Jacques Caillosse n'aurait, à notre sens, rien perdu de sa pertinence si elle avait pris le soin d'identifier plus précisément les contraintes qui pèsent sur les évolutions contemporaines du droit administratif. Or, parce qu'il ne prend pas toujours la peine d'entrer dans le détail de la technique qu'il prétend critiquer, l'auteur prend le risque d'éluder parfois son discours-objet¹¹⁸. Un exemple propre à notre champ de recherche : l'introduction d'un référentiel comptable ayant pour modèle celui de la comptabilité d'exercice constitue-t-elle un signe de la privatisation de l'État? Il serait hâtif de tirer une telle conclusion sans s'assurer auparavant de l'usage et des enjeux que présente l'outil comptable pour les principaux acteurs concernés¹¹⁹. Ceux-ci peuvent se cantonner, dans des cas ponctuels, à une recherche de valorisation du patrimoine des collectivités territoriales ou de l'État dans un contexte de raréfaction des deniers publics;

117. Friedrich HAYEK, *Scientisme et sciences sociales : essai sur le mauvais usage de la raison*, coll. « Agora », Paris, Plon, 1986 (trad. R. Barre); Friedrich HAYEK, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, University of Chicago Press, 1967; Paul K. FEYERABEND, *Knowledge, Science and Relativism*, par J. PRESTON (dir.), New York, Cambridge University Press, 1999.

118. Par discours-objet, on se réfère autant à celui des normes qu'à celui de la doctrine : Raymond BOUDON, *L'idéologie ou l'origine des idées reçues*, Paris, Fayard, 1986, p.106-128.

119. *Décret n°2014-524 du 22 mai 2014 portant modification des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement de Pôle emploi*, J.O. 24 mai 2014.

différemment, on peut assister à une utilisation de la comptabilité d'exercice dans un but de légitimation de la privatisation de certaines activités de l'État¹²⁰. Ces quelques illustrations ne sont que des exemples qui, en raison de la complexité dans laquelle ils s'insèrent, permettent de formuler des propositions empiriquement utiles.

Entamer ce débat, ce n'est nullement faire outrage aux travaux de Jacques Caillosse. Au contraire, c'est tirer pleinement les conséquences d'une démarche dont il a été l'un des précurseurs et qu'il convient de réhabiliter à sa juste valeur. Là réside tout l'intérêt d'une science administrative certes plurielle, mais réunie autour d'un socle méthodologique commun. Le coût d'entrée n'en sera pas négligeable à la fois pour les juristes, les politistes ou les sociologues. C'est ce prix qu'il convient pourtant de payer si l'on souhaite réconcilier une science administrative de moins en moins audible par des juristes universitaires toujours plus spécialisés avec les sciences sociales. Réciproquement, la critique adressée aux juristes par les sciences sociales ne peut s'avérer pertinente qu'à la condition qu'elle prenne au sérieux cette même technique juridique qu'elle entend dénoncer¹²¹.

120. Corine EYRAUD, *Le capitalisme au cœur de l'État. Comptabilité privée et action publique*, coll. « Dynamiques socio-économiques », Paris, Du croquant, 2013.

121. C'est d'ailleurs un point important que Jacques Caillosse souligne dans sa préface à l'ouvrage de Patrice Duran : Patrick DURAN, *Penser l'action publique*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J. 2010, p. 3-16.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DROIT CONSTITUTIONNEL

Auteur(s) : René PEPIN

Revue : *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 1

Pages : **247-249**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11321>

Page vide laissée intentionnellement.

DROIT CONSTITUTIONNEL*

par René PEPIN**

Quelle belle surprise que la deuxième édition de ce volume! Le regretté professeur François Chevrette et son collègue Herbert Marx, tous deux de l'Université de Montréal, avaient publié en 1982 leur propre ouvrage en droit constitutionnel. L'ouvrage n'avait jamais connu de mise à jour depuis. On peut deviner que M. Marx, une fois nommé juge, n'a pas voulu participer activement à un projet de nouvelle édition du volume. Quant à M. Chevrette, on ne connaît pas ce qu'ont pu être ses motivations, mais l'auteur de la deuxième édition, Han-Ru Zhou, nous explique dans la préface que le projet d'une telle édition du volume a tout de même germé dès 2005.

L'ouvrage original reflétait l'approche pédagogique des professeurs, fondée sur la méthode des cas. Il était composé surtout des grands arrêts de la jurisprudence canadienne en matière constitutionnelle. Plusieurs décisions du Comité judiciaire du Conseil privé et de la Cour suprême du Canada avaient été traduites pour les besoins du volume. D'autres étaient simplement présentées sur le plan des faits et de la question à trancher, et elles étaient suivies d'une série de questions destinées aux étudiants. Il comportait aussi plusieurs notes de recherche, i.e. des textes écrits par les auteurs. Certaines provenaient de textes distribués chaque année aux étudiants dans des recueils imprimés; d'autres ont été rédigées spécialement pour le volume. M. Zhou nous explique, toujours dans la préface, que la philosophie de M. Chevrette était que la seconde édition du volume « s'inscrive le plus fidèlement possible dans la continuité de l'œuvre de 1982, tant de par sa facture que dans son contenu ». Son vœu a été respecté.

L'ouvrage de 1982 se présentait dans un format surdimensionné, et couvrait environ 1650 pages. L'édition de 2016 a un format plus traditionnel, et comprend environ 400 pages en moins. Mais on est tout de suite frappé par la continuité entre les

*. Han-Ru ZHOU, F. CHEVRETTE et H. MARX, « Droit constitutionnel », Montréal, Éditions Thémis, 2016, 1245 p.

**.

Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

deux éditions. Les grandes décisions choisies pour l'édition initiale se retrouvent dans la nouvelle. C'est une surprise agréable de constater que des auteurs reconnaissent encore l'importance et la pertinence de décisions telles *Roncarelli c. Duplessis*¹, l'affaire *Ranasinghe*² ou *Re Chemicals*³. Cela illustre que notre droit constitutionnel est bel et bien un droit à caractère jurisprudentiel, et que les décisions qui contiennent les grands principes de ce droit demeurent, justement, fondamentales.

Évidemment, en 1982, la *Loi constitutionnelle de 1982* en était à sa première année d'existence, et on sait qu'elle a changé considérablement notre droit en ce qui concerne les libertés fondamentales. Ainsi donc plusieurs décisions ont été ajoutées, de même que d'autres notes de recherche spécifiques à des décisions, ou sur des problématiques plus générales. Il y a maintenant tout un chapitre consacré au sujet de la protection des droits et libertés. On y traite des articles fondamentaux de la Charte canadienne des droits et libertés, ceux qu'on appelle les articles-charnières, comme les articles 32, 33, 24 et 1. Mais il n'y a pas d'étude consacrée à un droit ou une liberté spécifique.

Pour mesurer l'ampleur des modifications apportées dans l'édition de 2016, on peut regarder ce qu'il en est pour un chapitre donné, par exemple celui sur la souveraineté du parlement. Dans l'édition initiale, ce thème couvrait 26 pages. Dans la nouvelle édition, ce thème s'étend sur plus de 150 pages. A quoi est due cette différence? Dans les deux éditions, on trouve une note introductive, une note relative aux privilèges et immunités des parlementaires, et des décisions relatives à ces thèmes. Dans l'édition de 1982 on traite essentiellement de trois sujets: si le parlement peut se lier pour l'avenir, la question de la démocratie directe (*In re the Initiative and Referendum Act*⁴), et les privilèges parlementaires. Dans la nouvelle édition, il y a longue introduction où on reproduit deux décisions importantes. Il y a le *Renvoi sur le régime d'assistance*

-
1. (1959) RCS 121.
 2. (1965) A.C. 172.
 3. (1943) RCS 1.
 4. (1919) A.C. 935.

*publique du Canada*⁵, sur la capacité du parlement de modifier le mandat donné à la Couronne quant au financement des programmes à frais partagés, et la décision *SEFPO*⁶, dans laquelle le juge Beetz traite du pouvoir des parlements provinciaux de modifier leur propre constitution. Il y a aussi des rubriques totalement nouvelles: l'une sur la souveraineté parlementaire au Canada et en Angleterre, une autre sur la souveraineté parlementaire en droit international, et enfin sur la réception du droit international public en droit interne.

On remarque enfin que la nouvelle édition reproduit souvent au long des décisions, avec les opinions minoritaires, ce que l'on trouvait moins dans la première édition. L'avantage que peut y voir un professeur est qu'il peut se contenter de faire distribuer ce volume à ses étudiants. Il n'a pas à leur fournir, en plus d'une monographie, un recueil d'arrêts. Il lui suffira de faire des choix relatifs à ses enseignements, vu que le volume couvre tout de même plus de mille pages.

Il y a un petit oubli regrettable: on ne trouve pas de table d'arrêts. C'est dommage, évidemment parce que cela empêche de trouver rapidement à quelle page est reproduite telle décision. Mais il y a plus. M. Zhou explique, au début du volume, que la même décision peut avoir été reproduite en partie seulement dans un chapitre, et en partie ailleurs dans un autre, vu qu'elle est relative aussi à une autre question. La tâche du chercheur s'en trouve augmentée.

Somme toute, c'est un ajout fort intéressant pour les professeurs en droit constitutionnel qui veulent utiliser un manuel. C'est qu'avec la présentation des problématiques faites par les auteurs, leurs commentaires, leurs questions fort à propos, c'est un outil très approprié pour faire apprendre de façon vivante le droit constitutionnel.

5. (1991) 2 RCS 526.

6. (1987) 2 RCS 2.