

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

L'expérience canadienne en matière d'uniformisation, d'harmonisation et de coordination des droits*

Gérald GOLDSTEIN**

Résumé

L'uniformisation des systèmes juridiques a une fonction politique de rapprochement de différents peuples, en admettant que des institutions communes favorisent un mode de pensée similaire; une fonction d'intégration économique et une fonction sociale de développement d'un sentiment de justice dans des situations se rattachant à plusieurs systèmes juridiques.

En effet, pour développer ce sentiment de justice dans de telles circonstances, on peut calquer les dimensions légales d'un système sur ses dimensions socio-économiques. Ainsi cherche-t-on à uniformiser le droit ou à harmoniser

Abstract

The standardisation of legal systems has a political function by which peoples are brought together, assuming that common institutions do favour a similar mode of thought; an economic integration function; and, a social function by which a sense of justice is developed for situations tied to many legal systems.

In effect, to develop this sense of justice in those situations, one could trace the legal dimensions of a system through its socio-economic dimensions. Thus, one tries to standardise the law or to harmonise its components into a legal whole which corresponds to its real eco-

* Ce texte a été rédigé dans l'optique d'un Colloque portant sur le thème « Un droit privé pour l'Union européenne? », tenu à Reims les 31 janvier et 1er février 1997, où l'auteur a présenté une conférence exposant l'expérience canadienne relative aux relations entre systèmes de droit privé dans les unions d'États.

** Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, docteur en droit (Univ. McGill), D.E.S.S. (Paris I).

ses composantes dans une unité légale qui correspond à ses vraies dimensions économiques.

Comment un pays aussi diversifié que le Canada a-t-il réussi à maintenir un tel sentiment de justice, donc à rapprocher ses peuples constitutifs, dans les relations juridiques naissant entre les systèmes de droit privé de ses différentes provinces? Son expérience en matière d'uniformisation ou d'harmonisation de ces systèmes dans un ensemble uni depuis plus de 100 ans présente un intérêt certain du point de vue comparatif. Quels moyens juridiques a-t-il utilisé, quels fondements furent invoqués pour parvenir à cette uniformisation, avec quels résultats?

Après une référence au contexte sociopolitique de l'uniformisation du droit au Canada, l'auteur s'efforce d'exposer les aspects juridiques caractéristiques de l'expérience canadienne en la matière, en examinant les types de processus de rapprochement des droits canadiens et les moyens utilisés pour les atteindre. En conclusion, il tente d'évaluer les résultats obtenus.

Quant au contexte, il présente des particularités notables, tenant notamment à ses dimensions multiples (uniformisation ou harmonisation entre le droit provincial et le droit fédéral; entre droits provinciaux de common law et droit civil ou entre les divers droits de common law des provinces anglaises; entre les droits des peuples autochtones du Canada

economic dimensions.

How has a country as diversified as Canada succeeded in maintaining such a sense of justice, in bringing together its constituent peoples, through legal relations arising among the private law systems of its provinces? Canada's experience in standardising and harmonising these systems into a unified whole over the last one hundred plus year holds some interest from a comparative perspective. What legal means did it use, what bases were called upon to achieve such standardisation, with what results?

After a reference to the socio-political context of the standardisation of laws in Canada, the author endeavours to explain the legal aspects characterising the Canadian experience in this area, by examining the types of processes which brought together Canadian laws and the means by which these processes were developed. In conclusion, the author attempts to evaluate the results obtained thereby.

As for the context, it presents some noteworthy features, given its multiple dimensions (standardisation or harmonisation of provincial and federal law, of the common law and the civil law, of the varieties of the common law in the English-speaking provinces, of aboriginal law and Canadian law) and it results from certain historical, political and legal factors.

et le reste du système juridique canadien) et il résulte de certains facteurs historiques, politiques et juridiques.

En ce qui concerne l'opposition entre droit civil et common law, on peut envisager, soit de tenter une unification entre eux, qui restera très générale, sans grands effets réels, soit de la limiter aux provinces de common law, en restreignant la dimension géographique du droit unifié, mais en unifiant plus concrètement le droit. En général, on a favorisé la seconde optique. En conséquence le droit civil québécois reste isolé ou, du moins, l'on crée une lourde impression d'isolement.

Néanmoins, dans certains domaines, la conscience de problèmes communs entravant la maximalisation des avantages d'une fédération incite à rechercher les mêmes solutions, notamment en matière de commerce et en droit international privé. Le gouvernement fédéral et la Conférence sur l'harmonisation du droit au Canada tendent donc à se concentrer de façon significative sur ces matières.

Au plan politique et historique, le principe de la diversité des compétences législatives reste profondément enraciné dans l'histoire et la Constitution canadiennes. Du point de vue du Québec, l'uniformisation du droit est encore souvent ressentie comme une tentative d'y instaurer la common law, plus que comme un réel effort d'harmonisation. On y a

With regard to the opposition between the civil law and the common law, one could imagine either an attempt to unit them, which attempt would be very general, without any real effect, or an attempt to limit standardisation to the common law provinces, restricting the geographical scope of the uniform law but standardising it more fully. Generally, the latter option has been favoured. Consequently, Quebec's civil law has been isolated or, at least, has seemed to have been isolated.

Nevertheless, in certain domains, notably those of commercial law and private international law, awareness of common problems hindering the maximisation of the advantages of a federation prompts a search for similar solutions. The federal government and the Uniform Law Conference of Canada, therefore, tend to focus in a serious manner on these domains.

Politically and historically, the principle of diversity of legislative competence has remained deeply rooted in history and the Canadian Constitution. From Quebec's perspective, the standardisation of law often is seen more as an attempt to impose the common law than as an effort to harmonise. Quebec, therefore, has not been receptive to it. Nevertheless, in addition to the legal standardisation in the considerable domains of federal competence, there exists natural harmonisation factors in Canada.

donc été peu réceptif. Néanmoins, en plus de l'unification juridique dans les domaines considérables de compétence fédérale, il existe quand même des facteurs d'harmonie naturelle au Canada.

Du point de vue des modes de rapprochement des droits canadiens, on constate que la substitution du droit civil par la common law et celle du droit provincial par le droit fédéral n'y est que partielle. Dans les domaines de compétence fédérale exclusive, l'unification y est évidemment totale. Dans les autres, elle nécessite leur coexistence, qui peut mener à des chevauchements ou à des conflits de lois, ce qui a créé des besoins d'harmonisation ou de coordination des droits.

La grande complexité de cette coexistence, marquée de chevauchements de compétence et de zones grises, est illustrée par le raffinement de théories jurisprudentielles, conséquences nécessaires d'un découpage constitutionnel incohérent, qui cherchent à la baliser.

Quant aux mécanismes juridiques utilisés en matière d'uniformisation des droits au Canada, on peut y observer, en plus de la répartition des compétences selon la Constitution : la réception de droits étrangers ou d'une autre province, la vocation universelle de la common law, le rôle du précédent et de la Cour suprême

From the perspective of how to bring together Canadian laws, one sees that the substitution of the common law for the civil law, and that of federal law for provincial law is partial only. In domains of exclusive federal competence, the standardisation is clearly complete. In other domains, it requires their coexistence, which can lead to overlap and conflicts, and which creates the need to harmonise or to co-ordinate the laws.

The great complexity of this coexistence, marked by overlapping competence and grey areas, is illustrated by the refinement of legal theories, a necessary consequence of incoherent constitutional divisions, seeking to mark the complexity with signposts.

As for the legal mechanisms used for the standardisation of laws in Canada, one can observe, in addition to the division of powers in the Constitution : the reception of foreign law or the law of another province, the universal vocation of the common law, the roles of precedent and of the supreme Court of Canada, the signing by Canada of international accords (the Hague Conventions on private international law), and the propensity on the part of provincial legislators to imitate one another and to adopt model laws, either Canadian or foreign.

As for harmonisation mechanisms, they can be spontaneous, or

du Canada, la signature par le Canada d'accord internationaux (Conventions de La Haye en droit international privé), la propension de la part des législateurs provinciaux à se copier et l'adoption de lois modèles, canadienne ou étrangère.

Quant aux mécanismes d'harmonisation, elle peut être spontanée ou être provoquée par des actions fédérales, comme celle entraînée par le pouvoir fédéral de dépenser ou par la menace fédérale d'occuper un champ de compétence législative. Elle peut aussi résulter de l'existence d'institutions œuvrant spécifiquement en ce sens, parmi lesquelles la principale est la Conférence pour l'harmonisation du droit au Canada, dont les résultats ne sont pas aussi satisfaisants qu'ils devraient l'être, pour de multiples raisons, comme le manque de moyens et l'absence d'intérêt de la part des gouvernements provinciaux.

L'activité du gouvernement fédéral dans le domaine de la coordination des droits a été significative : elle a entraîné un succès certain et un très net renouveau d'intérêt pour ce sujet, spécialement en droit international privé. De plus, dans plusieurs arrêts fondamentaux, la Cour suprême du Canada s'est efforcée, par le biais d'exigences constitutionnelles, d'orienter profondément les systèmes de droit international privé canadiens vers une harmonisation ou une coordination des législations. Elle affirme l'existence d'une obliga-

tion, telle que celle qui peut être provoquée par des actions fédérales, telles que le pouvoir fédéral de dépenser ou la menace fédérale d'occuper un champ de compétence législative. Harmonisation may result also from the existence of institutions working specifically to achieve harmonisation, among which the leader is the Uniform Law Conference of Canada, whose results are not as satisfying as they should be, for many reasons, such as the lack of means and the absence of interest on the part of provincial governments.

The activity of the federal government in the area of the coordination of laws has been significant : it has brought about real success and renewed interest in the field, especially for private international law. As well, in several landmark decisions, the Supreme Court of Canada strove, by way of constitutional exigencies, to orient profoundly the systems of Canadian private international law toward a new harmonisation or co-ordination of legislation. The court affirmed the existence of a constitutional obligation to respect a principle equivalent to that of full faith and credit, finding it implicitly imbedded in the Constitution and inherent to the federation. The rules of private international law in Canada, therefore, must respect minimal norms of order and equity. Similarly, the adoption by the Uniform Law Conference of Canada of model laws, notably in relation to the free circulation of Canadian and foreign

tion constitutionnelle de respecter un principe équivalent à celui du full faith and credit en faveur des décisions canadiennes, implicitement consacré dans la Constitution, inhérent à notre fédération. Les règles de droit international privé au Canada doivent donc respecter des normes minimales d'ordre et d'équité. De même, l'adoption par la Conférence pour l'harmonisation du droit au Canada de lois-modèles, notamment relatives à la libre circulation des jugements canadiens et étrangers devrait aussi favoriser cette coordination.

Au plan des résultats, l'unification du droit interne existe au Canada dans les domaines soumis au gouvernement fédéral, ce qui est considérable et qui ne doit d'autant pas être oublié que ce gouvernement dispose toujours de moyens de substituer du droit unifié aux divers droits provinciaux.

Pour le reste, l'uniformisation est assez difficile à obtenir. L'harmonisation connaît quelques succès en raison de facteurs constitutionnels et, parfois, grâce aux travaux de la Conférence sur l'harmonisation du droit. La coordination est assez poussée. Son instrument essentiel, le droit international privé, avance naturellement en ce sens. De plus, le Ministère fédéral de la Justice favorise grandement cette tendance et la Cour suprême du Canada a entrepris une véritable croisade dans cette direction.

judgements, also should favour co-ordination.

Regarding results, the standardisation of internal laws exists in Canada in domains subject to the federal government; the standardisation is considerable and must not be overlooked as the federal government has the means to substitute a uniform law for various provincial laws.

For the rest, standardisation is rather difficult to achieve. Harmonisation has had some success because of constitutional factors, and occasionally, thanks to the work of the Uniform Law Conference of Canada. Co-ordination is well advanced. Its essential instrument, private international law, moves naturally in its direction. In addition, the federal Minister of Justice favours co-ordination, and the Supreme Court of Canada has embarked on a veritable crusade in its favour.

Despite these observations, all of these partial breakthroughs resist precise examination. The results of methods used do not depend solely on those methods. To achieve a significant degree of standardisation, political will must head in that direction.

Malgré ces constatations, aucun de ces éclairages partiels ne permet d'évaluation précise. Le résultat des méthodes utilisées ne dépend pas uniquement d'elles : pour parvenir à un degré significatif d'uniformisation, il faut une volonté politique d'agir en ce sens.

Plan de l'article

Introduction. La justice et l'uniformisation des droits dans les relations évoluant dans un système juridique non unifié	235
I. Le contexte sociopolitique canadien de l'uniformisation ou du rapprochement des droits	235
A. Les particularités des dimensions de l'uniformisation ou du rapprochement des droits au Canada.....	235
1. Les multiples perspectives de l'uniformisation des droits au Canada	235
2. La question de la diversité québécoise	235
B. Les facteurs relatifs à l'uniformisation ou au rapprochement des droits au Canada.....	235
1. Contexte historique et politique.....	235
2. Contexte juridique — les facteurs d'harmonie naturelle au Canada	235
C. Les particularités canadiennes par rapport à l'Union européenne et aux États-Unis du point de vue de l'uniformisation ou du rapprochement des droits.....	235
1. Les particularités canadiennes par rapport à l'Union européenne	235
2. Les particularités canadiennes par rapport aux États-Unis	235
II. Les modes d'uniformisation ou de rapprochement des droits au Canada	235
A. La substitution des droits au Canada	235

B. La coexistence des droits au Canada	235
C. L'harmonisation des droits au Canada.....	235
1. Définition générale de l'harmonisation des droits.....	235
2. Sens de l'harmonisation des législations en droit communautaire européen.....	235
D. La coordination des droits au Canada.....	235

III. Les mécanismes juridiques utilisés en matière d'uniformisation ou de rapprochement des droits au Canada.....

A. Les mécanismes d'uniformisation des droits au Canada.....	235
1. La répartition des compétences selon la Constitution.....	235
2. La réception d'un droit.....	235
3. La vocation universelle de la common law, le rôle du précédent et de la Cour suprême du Canada.....	235
4. La convention internationale et la loi modèle	235
B. Les mécanismes d'harmonisation des droits au Canada.....	235
1. L'harmonisation spontanée — l'exemple des législations relatives au régime des biens des époux	235
2. L'harmonisation provoquée par le pouvoir fédéral de dépenser.....	235
3. L'harmonisation provoquée par la menace fédérale d'occuper un champ de compétence législative.....	235
4. L'harmonisation provoquée par des institutions spécifiques	235
a. La Conférence sur l'harmonisation du droit au Canada	235
<i>i. Historique.....</i>	235

ii. <i>Domaine d'intervention et organisation</i>	235
iii. <i>Évaluation de la portée du travail de la Conférence</i>	235
iv. <i>Les raisons de ces résultats décevants</i>	235
b. Les autres instruments d'harmonisation institutionnelle.....	235
i. <i>La Cour suprême du Canada et les autres cours</i>	235
ii. <i>Les commissions provinciales et fédérales de réforme du droit</i>	235
iii. <i>Les discussions organisées entre ministères provinciaux</i>	235
iv. <i>Le Comité de l'Association du Barreau canadien</i>	235
C. Les mécanismes de coordination des droits au Canada.....	235
1. Le cadre général de la coordination en droit international privé canadien	235
2. Les divers mécanismes de coordination du droit international privé canadien	235
a. La coordination provoquée par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada	235
b. La coordination volontaire par les lois uniformes en matière d'effet des décisions extraprovinciales ou étrangères.....	235
i. <i>La coordination par le Uniform Enforcement of Canadian Judgments Act (loi uniforme de 1991) et le Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act (loi uniforme de 1994)</i>	235
ii. <i>La coordination par le Uniform Foreign Judgments Act (projet de loi uniforme de juin 1996)</i>	235

- c. La coordination volontaire par le biais du système d'exécution réciproque des ordonnances de pension alimentaire..... 235
- d. La coordination provoquée par la Loi sur le divorce 235
- e. La coordination volontaire en matière de garde d'enfant..... 235
- f. La coordination volontaire en matière d'enlèvement interprovincial d'enfant 235

Conclusion. L'évaluation des résultats obtenus en matière d'uniformisation ou de rapprochement des droits au Canada..... 235

- A. Uniformisation matière par matière (*ratione materiae*)..... 235
- B. Uniformisation progressive géographique (*ratione loci*)..... 235
- C. Uniformisation sujette à l'adaptation dans le temps (*ratione temporis*) 235

La justice et l'uniformisation des droits dans les relations évoluant dans un système juridique non unifié

On peut assigner trois fonctions à l'uniformisation des systèmes juridiques : une fonction *politique* de *rapprochement de différents peuples*, en partant du principe que des institutions communes favorisent un mode de pensée similaire; une fonction d'intégration *économique* et une fonction *sociale* de *développement d'un sentiment de justice* dans des situations se rattachant à plusieurs systèmes juridiques.

Les deux premières sont connues : insistons sur la dernière. Le droit étant l'un des instruments majeurs des politiques socio-économiques étatiques, il est devenu un lieu commun de soulever la nature particulière et les besoins propres aux relations juridiques internationales, commerciales ou non. On doit pourtant concilier les spécificités de ce type de relations avec les exigences sociales « locales », au premier plan desquelles se trouve le maintien du sentiment de la *justice*, afin, notamment, d'assurer le respect des lois et de l'ordre social. Mais, pour diverses raisons, il est plus difficile d'atteindre la justice dans les situations internationales que dans les situations localisées dans un espace juridique unifié¹.

Le professeur von Mehren définit l'état ou le sentiment de justice par trois composantes : le principe *d'égalité* de traitement des cas semblables, qui suppose la cohérence des institutions; le principe de la *prévisibilité* des conséquences légales de ses actes, nécessitant la connaissance et la compréhension de ces conséquences; enfin le principe de la *promotion* des valeurs acceptées par l'ensemble de la communauté, qui suppose que l'« unité légale » coïncide avec l'unité socio-économique².

Le respect du principe d'égalité, dans les situations internationales, signifie notamment que l'on doit s'efforcer d'apporter la

¹ Voir Arthur Taylor von MEHREN, «Choice of Law and the Problem of Justice », (1977) 41 *Law and Contemporary Problems* 27, 29.

² *Id.*, 29.

même solution aux mêmes problèmes, quel que soit le lieu où ils se matérialisent. On recherche l'*harmonie* internationale des solutions, pour éviter le *forum shopping*³. Le principe de la prévisibilité est très menacé par la *diversité* du contenu des lois⁴. Si l'unité légale — le système juridique — est plus petite que l'unité socio-économique, ce qui est le cas à notre époque d'interdépendance économique internationale, les désaccords de conceptions légales doivent être résolus pour aboutir à un sentiment de justice proprement internationale. Or, il n'existe aucun mécanisme — hormis le cadre conventionnel — qui puisse naturellement accomplir cette fonction. Chaque unité légale conserve donc sa conception et l'on débouche sur un conflit de lois⁵.

Pour développer un sentiment de justice, même dans ces situations que les besoins économiques internationalisent (c'est-à-dire pour combattre le *forum shopping*, pour favoriser la prévisibilité et pour éviter les conflits de lois de trop grande intensité), l'une des solutions consiste à s'efforcer, par convention internationale, de calquer les dimensions légales d'un système sur ses dimensions socio-économiques. Ainsi cherche-t-on à *uniformiser* le droit ou à *harmoniser* ses composantes dans une unité légale qui correspond à ses vraies dimensions économiques. Les traités ayant mené à l'Union européenne, à la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, aux Conventions de Bruxelles et de Lugano sur la reconnaissance des jugements, à la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises et à la récente Convention de Mexico⁶ sur la loi applicable aux contrats internationaux sont quelques-uns des exemples frappants à cet égard.

Dans quelle mesure un pays aussi étendu et aussi divers que le Canada a-t-il réussi, par sa nature fédérale, à maintenir un tel sentiment de justice — donc à rapprocher ses peuples constitutifs — dans les relations juridiques naissant entre les systèmes de

³ Amos SHAPIRA, « "Grasp All, Lose All" : On Restraint and Moderation in the Reformulation of Choice of Law Policy », (1977) 77 *Columbia Law Rev.* 248.

⁴ Ainsi que par la multiplicité des méthodes et des instruments de «localisation», même dans le cas de la méthode savignienne.

⁵ Voir A.T. von MEHREN, *loc. cit.*, note 1, 29-30.

⁶ Voir son texte, adopté le 17 mars 1994, dans Louis PERRET, «La Convention interaméricaine sur la Loi applicable aux contrats internationaux adoptée par la C.I.D.I.P.-V avec des notes explicatives », (1994) 25 *R.G.D.* 625.

droit privé de ses différentes provinces? Son expérience en matière d'uniformisation ou d'harmonisation souple de ces systèmes juridiques, en raison de cette diversité dans un ensemble politiquement — au moins théoriquement — et économiquement uni depuis plus de 100 ans, présente un intérêt certain du point de vue comparatif et prospectif, pour des entités naissantes ou nouvelles comme l'Union européenne.

Quels moyens juridiques a-t-il utilisés, quels fondements furent invoqués pour parvenir à cette uniformisation et avec quels résultats? Telles sont les vastes questions auxquelles cette étude tentera d'apporter quelques éléments de réponse.

De façon générale, le professeur Graveson énumère les facteurs favorables à l'uniformisation du droit : alternativement à l'existence de facteurs purement politiques, comme les guerres, les colonisations et les conquêtes, il faut une *volonté politique* d'uniformisation⁷. Mais il faut en plus : 1° une *divergence législative* et une *similarité de faits* nécessitant une réglementation⁸; 2° une *équivalence* approximative de *maturité* dans chaque système, afin d'établir un dialogue intelligent préalable à l'uniformisation et mettre en vigueur, de façon continue, le droit uniformisé; et finalement 3° une *période* propice⁹.

Le professeur Graveson rappelle donc que le motif socio-économique est primordial pour uniformiser le droit, le travail du juriste étant non pas secondaire mais ultérieur¹⁰. L'uniformisation juridique n'est en effet que la seconde étape, hautement technique, d'un processus dont la première étape est de nature politique : l'atteinte d'un accord sur les politiques ou sur les objectifs visés. Cette distinction permet en effet de reconnaître ce

7 Ronald Harry GRAVESON, «Private International Law : A Century of Unification », dans *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 795, à la page 799.

8 Comme le rappelle judicieusement le professeur Graveson (*id.*, 799), il est plus facile d'uniformiser le droit international privé que le droit interne. En effet, les méthodes des divers États sont relativement semblables et les solutions choisies sont en nombre limité.

9 R.H. GRAVESON, *loc. cit.*, note 7, 799.

10 Ronald Harry GRAVESON, «The International Unification of Law », dans Alexander G. CHLOROS (dir.), *One Law*, New York, North-Holland, 1977, p. 202, à la page 206.

qui appartient à l'un et à l'autre et surtout de se rendre compte que le but de l'uniformisation du droit n'est pas un but légal¹¹.

En tenant compte de ces facteurs favorables à l'uniformisation, je ferai d'abord référence au *contexte* sociopolitique de l'uniformisation du droit au Canada (I). Je m'efforcerai ensuite d'exposer les aspects juridiques caractéristiques de l'expérience canadienne en matière d'unification, d'harmonisation ou de coordination des législations, ce qui, dans une perspective comparative, nécessite logiquement l'examen des *types* de processus de rapprochement des droits canadiens (II), puis enfin, les *moyens* utilisés pour les atteindre (III). Ceci permettra, en conclusion, d'évaluer les *résultats* obtenus au Canada par ces méthodes.

Auparavant, mentionnons, du point de vue terminologique, que pour les fins de cette étude, nous entendons par *uniformisation*, au sens *large*, tout processus, incluant *l'unification* (ou *l'uniformisation* au sens *strict*), *l'harmonisation* et la *coordination* des législations, tendant à leur rapprochement.

Enfin, implicitement, nous limiterons essentiellement nos développements aux domaines du droit privé.

I. Le contexte sociopolitique canadien de l'uniformisation ou du rapprochement des droits

L'uniformisation du droit est un moyen de le réformer. Ainsi, le droit des provinces de common law a progressé par bonds successifs, selon les générations de lois statutaires qui se succèdent¹².

¹¹ Ronald Harry GRAVESON, «The Scale of Unification of Law », dans A.G. CHLOROS (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 214, à la page 217.

¹² Au contraire, pour le Québec, sa réforme, effectuée sans le souci de tenir vraiment compte du droit privé des autres provinces, mais plutôt inspirée d'autres droits que les droits canadiens, notamment de certains droits civils ou des conventions internationales, pourrait constituer un obstacle à une plus grande unification canadienne. Toutefois, dans certains domaines, en matière d'arbitrage commercial international par exemple, on a donc procédé à une uniformisation internationale avant une uniformisation «régionale » canadienne.

Mais l'uniformisation du droit est aussi et surtout un outil puissant pour rapprocher les peuples¹³. Selon ses besoins, le Canada s'est donc efforcé soit d'adapter son degré d'uniformisation à l'ambiance politique du moment — en utilisant alors éventuellement une politique d'harmonisation ou de coordination —, soit, si elle s'avérait peu propice à un rapprochement, de l'élever dans le but de favoriser ce rapprochement.

Dans ce cadre très général, le processus d'uniformisation (au sens large) du droit au Canada présente des particularités notables, tenant en particulier à ses dimensions multiples (A) et résulte de certains facteurs tenant à son contexte historique, politique et juridique (B).

A. Les particularités des dimensions de l'uniformisation ou du rapprochement des droits au Canada

1. Les multiples perspectives de l'uniformisation des droits au Canada

L'uniformisation ou l'harmonisation du droit au Canada peuvent être envisagées selon au moins trois perspectives particulières :

- uniformisation ou harmonisation *entre le droit provincial* (common law ou droit civil) *et le droit fédéral* (en principe, de common law), puisqu'au Canada, d'un côté, certains domaines de droit public sont laissés à la compétence du gouvernement fédéral, alors qu'en principe, le droit privé relève de la compétence du pouvoir provincial, et que ce même gouvernement fédéral a aussi reçu certaines compétences en matière de droit privé, se rapportant par exemple à la faillite, au droit bancaire, au droit maritime, au mariage et au divorce¹⁴.
- uniformisation ou harmonisation *entre droits provinciaux de common law et droit civil*, notamment dans les relations interprovinciales privées, puisque le Québec est soumis au

¹³ R.H. GRAVESON, *loc. cit.*, note 11, 219.

¹⁴ Notamment par le biais de la Constitution et en tenant compte du fait que ce droit fédéral est un véritable droit privé commun dans son domaine.

droit civil dans les matières de droit privé relevant de sa compétence, alors que les autres provinces, dans ces mêmes matières, se sont tournées vers la common law¹⁵.

- uniformisation ou harmonisation *entre les divers droits de common law* des provinces anglaises, dans les relations interprovinciales privées¹⁶.

De plus, on devrait aussi envisager ce débat sous l'angle des rapports entre les droits de plus en plus reconnus aux peuples autochtones du Canada (Indiens, Inuits et Métis) et le reste du système juridique canadien¹⁷. Toutefois, étant donné l'état lacunaire et évolutif du droit à ce sujet, qui est probablement le facteur de diversité le plus difficile à concilier, nous n'en traiterons pas dans cette étude.

Quelques mots permettront de donner une idée de l'importance, de la difficulté et de l'actualité de ce problème. En vertu de l'article 91 (24) de la Constitution canadienne, le pouvoir fédéral est compétent pour légiférer relativement aux « Indiens » et aux terres indiennes (« réserves », etc.). Cette compétence a été exercée et il existe par exemple une Loi (fédérale) sur les Indiens, ainsi qu'un Ministère aux affaires indiennes. Toutefois, parallèlement, les provinces ont aussi toutes les compétences législatives qui leur sont reconnues par la Constitution relativement aux affaires locales, qui comprennent donc les nombreuses situations où des autochtones installés dans une province sont concernés, au même titre que tous les autres résidents (ainsi, le droit de pratiquer la médecine dans les « réserves » y est attribué aux détenteurs d'un diplôme approprié, les Indiens paient aussi des impôts aux gouvernements, etc.). Cependant, une loi provinciale qui les viserait *spécifiquement* serait déclarée inconstitutionnelle. Par ailleurs, la *Loi constitutionnelle de 1982* a admis dans son article 35 que tous les droits ancestraux reconnus, notamment par la

¹⁵ Notamment par le biais de l'appel, par les praticiens, aux *precedents* de la common law *en droit civil*, malgré les graves critiques, au plan de la cohérence du droit, que cette propension soulève, ainsi que grâce à la jurisprudence unificatrice de la Cour suprême du Canada.

¹⁶ On relève ici l'importance du rôle du *précédent* en common law (cette fois-ci à juste titre), ainsi que celui de la jurisprudence unificatrice de la Cour suprême du Canada.

¹⁷ Voir par exemple sur le sujet Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, pp. 551-568.

Couronne d'Angleterre, aux autochtones par traité (droits de pêche, de chasse, etc.) sont confirmés et constituent autant d'exceptions complexes au droit canadien, de source fédérale ou provinciale. La validité constitutionnelle de ces législations clairement discriminatoires eu égard à la race, au bénéfice des autochtones, est évidemment, en regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et spécialement de son principe d'égalité, une question d'importance extrême. Mais l'article 25 de la Charte affirme expressément que celle-ci ne peut être interprétée dans le sens d'une diminution des droits autochtones.

Enfin, on doit rappeler que l'intégration des droits autochtones dans la Constitution a entraîné la reconnaissance de ces peuples comme partenaires à part entière et, de ce fait, ils ont pleinement participé aux négociations constitutionnelles récentes, au même titre que chacune des provinces. En 1995, consultés sur l'hypothèse d'une éventuelle séparation du Québec, ils ont très majoritairement affirmé leur refus de cette possible situation et leur volonté de contrôler alors l'avenir de leurs terres, même situées au Québec ...

Par ailleurs, il est prévu qu'en 1999 le pouvoir fédéral constituera un nouveau « Territoire » (entité juridique pratiquement assimilable à une province, du point de vue constitutionnel), pourvu d'un véritable gouvernement autochtone autonome, à partir de terres non encore constituées en une province.

Pour être complet, il faut encore mentionner le problème délicat posé à l'uniformisation au Canada par le droit civil québécois, sur lequel nous nous étendrons un peu plus.

2. La question de la diversité québécoise

L'un des problèmes spécifiques du Canada est en effet, d'une part, la proximité des systèmes de common law et d'autre part, leur grande différence avec le régime de droit civil du Québec.

Effectivement, les différences de législation dans les lois statutaires canadiennes des provinces de common law ne résultent pas

de profondes divergences de conceptions ou de politiques, mais de différences accidentelles de rédaction¹⁸.

Elles restent pourtant la source de sérieux problèmes : à cause des règles d'interprétation de common law, ces divergences permettent de faire des distinctions (*distinguishing*) et en conséquence, la jurisprudence d'une province ne peut servir de *précédent* à celle des autres¹⁹. Il est donc plus difficile pour les juristes de donner des conseils et plus difficile pour les hommes d'affaires d'adopter une stratégie d'ensemble pour toutes les provinces : il faut multiplier les formulaires et les pratiques²⁰.

Quant au second aspect de cette diversité des législations, il est déraisonnable de penser qu'on puisse facilement harmoniser le contenu du droit civil québécois et celui des provinces de common law, même si les différences ne semblent pas si considérables. On doit en effet tenir compte de l'écart existant entre ces deux systèmes juridiques. Or, dans les lois uniformes canadiennes, on présuppose en général un contexte de common law et en conséquence, on considère au Québec que l'adoption du droit uniforme mène insensiblement à l'introduction graduelle du droit de common law anglais.

Pourtant, pour le Québec, le droit civil est considéré comme un rempart ou un pilier de la culture française²¹, comme l'un des éléments essentiels de la culture québécoise²², tout comme la langue. On veut protéger ses particularités; on craint l'assimilation du droit civil par la common law. Les valeurs culturelles sont ici plus fortes que celles que l'on peut attribuer à l'uniformisation ou à l'harmonisation du droit²³.

¹⁸ Jacob S. ZIEGEL, «Uniformity of Legislation in Canada. The Conditional Sales Experience », (1961) 39 *Can. Bar rev.* 165, 167.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

²¹ Ronald C.C. CUMING, *L'harmonisation du droit au Canada*, vol. 55, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985, pp. 22-25.

²² Valerie HUGHES, «Harmonization of Private Rules between Civil and Common Law Jurisdictions : A Canadian Perspective », dans Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit (dir.), *Droit contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 83, à la page 93.

²³ V. HUGHES, *loc. cit.*, note 22, p. 93.

Si l'on tient compte de ce facteur — milieu différent d'application du droit uniformisé — on peut soit envisager de tenter une unification générale entre ces deux derniers, mais qui restera très générale, sans grands effets réels, soit limiter l'unification aux provinces de common law, en restreignant la dimension géographique du droit unifié, mais en atteignant des dimensions plus pratiques, plus concrètes dans le droit unifié.

En général, la seconde optique est préférée, avec la conséquence que le droit civil québécois reste isolé ou, du moins, l'on crée une impression d'isolement. Cet isolement réel ou psychologique peut peser lourd dans le contexte politique actuel²⁴.

Néanmoins, dans certains domaines, la prise de conscience de problèmes communs entravant la maximalisation des avantages d'une fédération incite à rechercher les mêmes solutions, notamment en matière de commerce. On cite le droit des sûretés, des assurances et le commerce international. Ainsi, le Québec participe à toutes les institutions favorisant l'harmonisation du droit et a d'ailleurs adopté un certain nombre de conventions internationales auxquelles le Canada est partie (enlèvement d'enfant, arbitrage).

À cette liste, on peut ajouter le droit international privé en général. Il s'agit probablement du domaine où les progrès sont les plus faciles. En effet, les écarts ne sont jamais très grands entre les méthodes et les solutions du droit international privé d'un pays à l'autre. D'ailleurs, le droit international privé de common law a une origine en bonne partie civiliste. De même, le milieu d'application n'est pas très différent. Le gouvernement fédéral y agit donc beaucoup et la Conférence sur l'harmonisation du droit au Canada, dont nous parlerons en détail plus loin, tend également à se concentrer de façon significative sur cette matière.

En plus de ces particularités, il existe certains facteurs dont on doit tenir compte dans l'optique de l'uniformisation du droit au Canada.

²⁴ L'accord sur le rapatriement de la Constitution, en 1982, au sein duquel le Québec s'est retrouvé isolé, sinon abandonné ou même « trahi », est certainement à l'origine du très fort mouvement séparatiste actuel et de l'échec répété de toutes les tentatives récentes de réforme constitutionnelle (la récente campagne référendaire de 1995 était essentiellement bâtie sur un reproche relatif à cet événement).

B. Les facteurs relatifs à l'uniformisation ou au rapprochement des droits au Canada

On peut tenter de distinguer le contexte historico-politique (1) du contexte « purement » juridique (2) de l'uniformisation des droits au Canada. En réalité, ces facteurs sont inextricablement combinés.

1. Contexte historique et politique

La colonisation du Canada par l'Angleterre et la France et la conquête anglaise du Canada français ont abouti à une unification partielle du droit, se matérialisant dans la Constitution. L'évolution montre un stade de réception des deux systèmes juridiques, puis un conflit entre eux, au terme duquel, la common law a réussi à s'imposer en droit public, partout au Canada. Au plan des droits privés, il a cependant été nécessaire d'aboutir à une répartition des compétences législatives entre les deux systèmes. Le statu quo constitutionnel continue toutefois de porter la marque indélébile de la violente opposition politique entre les deux groupes culturels canadiens, anglophones et francophones. Les développements qui suivent vont tenter de témoigner brièvement de ces caractéristiques spécifiques à la question de l'uniformisation du droit au Canada²⁵.

Selon les auteurs qui se sont penchés sur la question, la réception des droits étrangers au Canada a conduit à deux résultats : la *construction d'un meilleur droit interne* et l'*alliance* ou l'*allégeance*²⁶.

D'un côté, à l'origine du droit canadien, les conditions de vie locales faisaient que l'on n'avait ni le temps, ni les moyens d'inventer du droit et l'on ne voyait pas l'utilité : on se servait du droit étranger²⁷ afin de constituer un système juridique local satisfaisant, sans se limiter à une famille juridique unique²⁸. Par exemple, en droit international privé québécois, jusqu'au nouveau

²⁵ Nous laissons de côté les développements concernant les rapports avec les peuples autochtones.

²⁶ H. Patrick GLENN, « Persuasive authority », (1987) 32 *R.D. McGill* 261, 265.

²⁷ *Id.*, 273.

²⁸ Selon le professeur Glenn (*id.*, 267) : « Aid is sought where it may be found, and there are no formal limits to the search ».

Code civil de 1994, on utilisait toutes les sources que l'on trouvait, en citant pêle-mêle le droit français d'avant le Code civil de 1804, les précédents anglais, ceux des autres provinces, et même ceux des États-Unis²⁹.

Néanmoins, au Québec, la réception de la coutume de Paris fut un acte d'*alliance* avec la France et un acte de reconnaissance de l'autorité persuasive de cette coutume³⁰. Mais elle fut *adaptée* aux besoins locaux³¹.

La réception du droit anglais s'est effectuée de la même manière dans les provinces canadiennes de common law : on admirait le droit anglais et par *loyauté* envers l'Angleterre on l'a adopté, mais en le particularisant selon les besoins locaux, après un processus d'évaluation menant à des diversités locales, et non en raison de l'existence d'une loi uniforme obligatoire³².

Ces allégeances et cette loyauté ont joué un rôle important lorsque le droit anglais est venu « concurrencer » le droit français³³.

À la suite de la conquête anglaise, une *Proclamation royale de 1763* imposa le droit anglais aux Canadiens français, non seulement en droit public, selon la tradition de common law (puisqu'il s'agissait de régir les institutions gouvernementales anglaises), mais aussi en droit civil — qui fut aboli —, ce qui dérogeait à cette tradition de common law³⁴. Toutefois, la situation juridique réelle qui en résulta, du fait que la grande majorité de la population ne connaissait pas le droit nouveau, rédigé dans une langue qu'elle ne comprenait pas, nécessita un recul sur ce dernier point. Par l'*Acte de Québec de 1774*, accord extrêmement important du point de vue de l'histoire du droit au Canada, le Québec, en rai-

²⁹ Jusqu'à très récemment d'ailleurs, toutes les décisions québécoises n'étaient pas publiées et elles dépendaient elles-mêmes des précédents que les praticiens pouvaient produire devant les cours afin de soutenir leurs arguments. Voir H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 26, 268, «There is [...] an ongoing commitment to better ideas, wherever they may be found ».

³⁰ *Id.*, 270.

³¹ *Id.*

³² *Id.*, 272.

³³ *Id.*, 271.

³⁴ Pour l'histoire constitutionnelle du Canada, voir entre autres P. W. HOGG, *op. cit.*, note 17. Les développements historiques qui suivent dans le texte sont inspirés de cet ouvrage.

son de la résistance du milieu social québécois, conservait son droit civil dans les matières de droit privé, mais restait soumis au droit anglais, c'est-à-dire à la common law, pour le droit public.

À la suite d'une forte immigration de Loyalistes anglais au Québec, l'*Acte constitutionnel de 1791* divisait le Québec en Haut-Canada (à prédominance anglaise, adoptant dès 1792 le droit anglais dans les matières de droit privé) et en Bas-Canada (à prédominance francophone, conservant le droit civil), avec deux assemblées législatives distinctes. En 1841, à la suite de rébellions armées contre le pouvoir central des Gouverneurs britanniques, le Haut-Canada (maintenant l'Ontario) et le Bas-Canada (le Québec), pour des motifs politiques — dont la recherche de la désintégration du fait canadien français dans un ensemble plus vaste — devinrent une union législative avec une assemblée unique. Mais on comprit, vers 1860, que cette solution était impossible à vivre : il y avait deux Canada de fait et le statu quo législatif fut maintenu, chaque province conservant son système juridique distinct. On aboutit, en 1867, à la création de la fédération canadienne, seule solution viable, qui laissait un certain contrôle aux « provinces » sur les affaires locales, tout en permettant l'unité représentée par un gouvernement fédéral pour les affaires de dimension nationale³⁵. Parmi les raisons à l'origine de cette décision, on trouve, face à la faiblesse des colonies britanniques géographiquement dispersées, la crainte de la victoire des armées du Nord de la République américaine, alors que le Royaume-Uni avait appuyé le Sud pendant la Guerre de Sécession de 1861-1865, l'instabilité des gouvernements canadiens, la faiblesse économique des provinces et la fin d'un traité de libre-échange entre elles et les États-Unis.

Ainsi s'est trouvée confirmée la compétence des provinces sur les matières touchant la propriété et les droits civils, ainsi que sur les domaines d'intérêt local, alors que le pouvoir fédéral recevait une compétence très large en matière de droit public.

Le principe de la *diversité des compétences législatives* est donc profondément enraciné dans l'histoire canadienne, dans la Constitution et l'esprit canadiens³⁶.

³⁵ W. H. HURLBURT, «Harmonization of Provincial Legislation in Canada : the Elusive Goal », (1986-87) 12 *Can. Bus. L.J.* 387, 391.

³⁶ *Id.*, 390-391.

Cette diversité de compétences législatives imposée par la politique se superpose donc à une diversité de sources juridiques. Du point de vue du droit des provinces de common law, les domaines de compétence fédérale et de compétence provinciale sont régis par des droits de même famille, mais de sources différentes, surtout si l'on tient compte du développement des lois statutaires, qui divergent non quant à leur fond, en général, mais quant à la formulation des règles. Ceci entraîne quand même une diversité jurisprudentielle.

Du point de vue québécois, la diversité juridique est encore plus vive, étant donné que les matières de droit public, réservées soit au fédéral, soit au provincial, sont régies par la common law, inspirée de celle des autres provinces, alors que le droit privé est en majorité soumis au droit civil, à l'exception de certains domaines soumis au droit fédéral, tiré de la common law.

Au plan politique, l'unification du droit national limite en général la volonté d'unification internationale, afin de conserver les acquis de chaque système³⁷. En droit canadien, ceci s'est donc matérialisé par une tendance des gouvernements provinciaux à ne pas céder aux pressions unificatrices fédérales, afin de conserver leurs sphères de compétence.

Au Québec, ceci a été ressenti encore plus vivement et le droit civil québécois est resté campé sur ses principes, sur la défensive³⁸ vis-à-vis des incursions répétées de la common law, par le biais des praticiens et de la Cour suprême du Canada, qui n'a jamais disposé de chambre spécialisée en droit civil. De plus, du point de vue du Québec, l'uniformisation du droit est encore souvent ressentie comme une survivance de la conquête anglaise, comme une tentative récurrente et délibérée d'asseoir la common law au Québec, beaucoup plus que comme un effort d'harmonisation des deux grands systèmes juridiques. On a donc été peu réceptif à l'effort d'unification tenté en général au Canada³⁹.

³⁷ H. Patrick GLENN, «Unification of Law, Harmonization of Law and Private International Law », dans *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 783, à la page 785.

³⁸ Il en est résulté un droit civil parfois un peu archaïque, qui s'est modernisé en 1994.

³⁹ H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 26, 291.

Au contraire, le courant nationaliste québécois a favorisé la codification en tant que moyen de fermeture, de refus de recevoir l'autorité persuasive étrangère (la common law), dans un but politique avoué de démarcation culturelle, afin d'asseoir un système juridique *national*, liant strictement, jugé comme un instrument puissant en faveur d'un *État* québécois.

Ce processus de « nationalisation » du droit s'est aussi produit dans les provinces de common law, dans une moindre mesure. On a assisté à la disparition des références aux droits civils et même si l'on a emprunté au droit des États-Unis (notamment les lois uniformes), cette réception fut constructive et sujette aux « améliorations » locales de la part des provinces⁴⁰.

Le principe de la diversité est donc politiquement considéré comme inhérent au Canada. Il est d'ailleurs constitutionnalisé. Peu importe l'inefficacité économique éventuelle résultant de ce principe, l'essentiel était de construire une nation⁴¹. On a recherché un but politique, plutôt qu'un objectif économique. Aussi, certains affirment que rechercher l'uniformité, ou même l'harmonie législative, dans le seul but d'atteindre l'uniformité, est *contraire* aux principes constitutionnels fondamentaux et aux institutions canadiennes⁴².

2. Contexte juridique – les facteurs d'harmonie naturelle au Canada

Au Canada, l'histoire et la politique ont quand même abouti à une unification partielle du droit dans les domaines considérables de compétence fédérale, tels qu'ils résultent de la Constitution⁴³, et dont la pratique est uniforme dans tout le pays⁴⁴. Citons-en quelques-uns, pour mesurer exactement l'état du droit au Canada et montrer que, depuis 1867, l'on y est notablement plus avancé que dans une union comme l'Union européenne. Le gouvernement fédéral, en plus de pouvoir *créer de nouvelles provinces*

⁴⁰ *Id.*, 292.

⁴¹ W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 391.

⁴² *Id.*

⁴³ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

⁴⁴ W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 397.

à partir des territoires canadiens non encore établis en province⁴⁵ (depuis 1871), **prélevant alors lui-même directement ses impôts**, a en effet compétence exclusive sur la réglementation des échanges et du commerce interprovinciaux (art. 91 (2)), la dette publique fédérale (art. 91 (1A)), l'assurance-chômage (art. 91 (2A)), la défense (art. 91 (7)), le droit maritime (art. 91 (10)) et les pêcheries (art. 91 (12)), la monnaie (art. 91 (14)), les banques (art. 91 (14)), les taux d'intérêt (art. 91 (19)), les brevets et les droits d'auteur (art. 91 (22) et 91 (23)), la faillite (art. 91 (21)), les relations avec les Indiens (art. 91 (24)), la nationalité (art. 91 (25)), le droit criminel (art. 91 (27)) et, plus généralement, toutes les matières « ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces », pour lesquelles il peut « faire des lois pour [assurer] la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada » (art. 91). Ainsi, à la différence des États-Unis, la compétence résiduelle, au Canada, appartient au pouvoir central et non aux provinces.

Dans les domaines laissés à la compétence provinciale⁴⁶, donc essentiellement en droit privé ou dans les matières d'intérêt local, il faut distinguer entre les provinces de common law et entre le système de common law et le droit civil du Québec.

En ce qui concerne **les droits des provinces de common law**, il faut mentionner une série de facteurs importants, d'ordre général, favorisant naturellement le rapprochement et l'uniformisation du droit au Canada.

1°- **L'existence de la common law**, ainsi que la procédure d'appel au Comité judiciaire du Conseil privé (avant 1949), l'effet de **précédent** donné aux décisions de la Chambre des Lords, ainsi que la déférence de la part des cours canadiennes envers les décisions des cours anglaises, ont favorisé le maintien d'un haut niveau d'uniformité⁴⁷. De

⁴⁵ *Loi constitutionnelle de 1871*, 34 & 35 Vict., R.-U., c. 28,

⁴⁶ Ils sont principalement énumérés à l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On y trouve, notamment : la taxation pour les besoins provinciaux, la propriété et les droits civils « dans la province », le mariage, les ouvrages et entreprises de nature locale, la constitution de compagnies pour des objets provinciaux, l'administration de la justice provinciale, et généralement toute matière d'une nature purement locale ou privée dans la province. L'article 93 donne compétence aux provinces en matière d'éducation.

⁴⁷ W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 397.

plus, il existait une propension de la part des législateurs canadiens à copier les lois anglaises⁴⁸. La pauvreté des sources doctrinales canadiennes était aussi un élément allant en ce sens⁴⁹. Tout ceci a maintenant changé et l'influence du droit européen sur le droit anglais diminue encore l'importance actuelle du droit anglais au Canada⁵⁰. Néanmoins, le cadre général de la common law demeure un puissant facteur d'harmonisation entre les lois de ces provinces⁵¹.

2°- La jurisprudence canadienne assume qu'il existe *une seule common law* et que les décisions de la Cour suprême du Canada déclarent l'état du droit dans toutes les provinces. Toutefois, l'intervention des lois statutaires diminue cette tendance, ainsi que le développement du droit public⁵².

3°- *Les provinces se copient les unes sur les autres au plan des lois statutaires*⁵³. Ceci est dû au manque de moyens législatifs; ce problème diminue, mais continue.

On relève aussi l'existence de certains exemples d'harmonisation spécifiques, notamment en matière commerciale, comme par exemple, le *Canada Business Corporations Act* de 1975 en matière de compagnies. Il faut cependant que des conditions existent pour permettre ces développements : un fort désir de réforme, un fort désir d'uniformisation, des propositions disponibles et ... de la chance⁵⁴. Ce dernier processus n'est donc pas jugé suffisant.

En ce qui concerne le *conflit entre le droit civil et la common law*, on peut se demander si les trois facteurs sélectionnés par le professeur Graveson pour asseoir une sérieuse volonté d'unification sont réunis au Canada.

La *similarité de faits* résulte assez nettement du développement économique et social uniforme au Canada, en bonne partie grâce aux politiques fédérales de droit public. La *divergence légi-*

48 *Id.*

49 *Id.*

50 *Id.*, 398.

51 *Id.*

52 *Id.*

53 *Id.*

54 *Id.*, 401.

slative existe bien sûr, plus nettement entre le droit civil québécois et celui des autres provinces canadiennes, qu'entre les divers droits de ces dernières, toutes fondées sur la common law anglaise.

Il est difficile d'évaluer le *degré de maturité* de chacun des deux grands systèmes juridiques canadiens sans heurter les susceptibilités.

Un phénomène d'entraînement a existé et existe encore entre les provinces de common law, qui se copient mutuellement leurs législations, elles-mêmes souvent influencées par les développements législatifs de notre voisin du Sud. Ainsi, l'Ontario a souvent joué un rôle de pilote législatif. On ne peut nier non plus que le droit civil québécois est resté, jusqu'à très récemment, campé sur une attitude défensive vis-à-vis des emprunts à la common law que les praticiens et certaines cours ont couramment effectués. Ceci a nui à la qualité de ce droit.

Toutefois, mises à part certaines matières très spécifiques, on ne peut pas dire que la base de ce droit — le Code civil français — manque profondément de maturité par rapport à la common law. De plus, depuis 1994, le nouveau *Code civil du Québec* a fait faire un bond réformiste assez net au droit civil québécois⁵⁵. On peut donc avancer que ce bond en avant écarte tout doute quant au niveau de maturité nécessaire au Canada.

Enfin, le dernier élément, le *moment propice*, dépend sans doute de nombreux facteurs. La modernisation récente du droit privé québécois agit comme une lame à double tranchant : d'un côté, elle permet cette maturité, dans la mesure où les règles adoptées fonctionnent de façon efficace; de l'autre, elle retire un certain intérêt à l'unification, dans la mesure où l'on ne veut pas se départir de ces nouvelles règles si l'on estime qu'elles sont les meilleures. De plus, la volonté unificatrice au Canada, et au Québec, n'est pas toujours partagée : tout dépend des gouvernements en place. La volonté politique de souveraineté, parmi certains milieux québécois, se heurte à la conception fédéraliste du

⁵⁵ Ceci s'exprime à un point tel que dans certaines matières, comme en droit international privé, les provinces de common law songent très sérieusement à s'inspirer du Code civil québécois, lui-même largement inspiré des conceptions modernes s'exprimant au sein des conventions internationales et au sein des autres codifications civilistes récentes.

reste du Canada. D'un autre côté, le Québec peut se montrer très intéressé à une unification supranationale, dépassant les limites des divergences internes⁵⁶.

Quant à ce dernier élément, Graveson rappelle que l'idée hégélienne de Savigny, selon laquelle le droit doit refléter le caractère spécial d'une nation, implique une tendance opposée à l'unification⁵⁷. Le nationalisme s'exprime politiquement plus facilement dans les matières touchant davantage les citoyens, comme le droit de la famille, que dans des matières moins politisées, comme la procédure civile ou le droit commercial⁵⁸ : cette analyse explique assez fidèlement la situation canadienne. On retrouve la distinction doctrinale entre les « matières d'affaires » et les « matières de tradition »⁵⁹, qui ne se prêtent pas de la même manière, ni avec la même facilité à l'unification ou à l'uniformisation. La méthode matérielle est plus facilement acceptable dans les « matières d'affaires », en raison du contexte beaucoup plus économique que politique.

On peut donc affirmer, selon ces critères objectifs, que les facteurs d'harmonisation naturelle existent au Canada, mais que le dernier ingrédient est trop lié à la dimension politique pour donner lieu à une appréciation objective⁶⁰. On constate quand même qu'il n'existe pas de grands facteurs favorisant l'harmonisation naturelle entre droit civil et common law canadiens.

⁵⁶ On trouverait ici un cas assez rare où l'unification éventuelle pourrait sauter l'étape « régionale » — canadienne — pour passer directement à l'étape « universelle ». On retrouve d'ailleurs le même schéma au sujet de la future Convention de La Haye sur l'effet des jugements étrangers.

⁵⁷ R.H. GRAVESON, *loc. cit.*, note 7, 800.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Voir J.H.A. VAN LOON, « Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye », dans *Liber Memorialis François Laurent, op. cit.*, note 37, p. 1133, à la page 1139, qui rappelle cette distinction élaborée par Mancini et Schnitzer.

⁶⁰ Sans prétendre aucunement à une quelconque expertise politique, il me semble que le moment n'est pas propice à l'uniformisation au Canada, ni même à l'harmonisation, étant donné la grave crise politique actuelle au Canada, et ce malgré des besoins économiques urgents imposant cette harmonisation (l'inquiétante dette canadienne, l'existence du Traité de libre-échange incluant le Canada — mais pas automatiquement un Québec indépendant — et son extension aux pays d'Amérique du Sud étant quelques-unes des raisons militant en ce sens).

C. Les particularités canadiennes par rapport à l'Union européenne et aux États-Unis du point de vue de l'uniformisation ou du rapprochement des droits

Quelques points de comparaison entre le Canada et l'Union européenne (1) et entre le Canada et l'autre grand État fédéral nord-américain (2) permettront de mieux situer l'expérience canadienne en matière d'uniformisation ou de rapprochement des droits.

1. Les particularités canadiennes par rapport à l'Union européenne

Malgré ses divergences profondes, on peut quand même analyser l'existence et le maintien de la fédération canadienne à la lumière des principaux motifs économiques invoqués pour créer l'Europe (elle-même trop largement pourvue de sanglantes rivalités historiques) : l'amélioration des capacités économiques, l'accroissement de l'efficacité (économie d'échelle), la présence bénéfique d'un marché intérieur suffisamment vaste et une forte interdépendance économique (financière, par exemple)⁶¹.

Il est cependant impossible de dissocier la dimension économique de la dimension politique. Au double point de vue économique et politique, les provinces canadiennes ont des intérêts extérieurs communs à défendre vis-à-vis des autres puissances, qui sont les prolongements de ses politiques internes, comme l'Union européenne. En effet, la faiblesse ou la dépendance économique, technologique et financière du Canada, vis-à-vis des États-Unis, n'est pas compensée par ses richesses énergétiques et en matières premières.

Mais, d'une certaine façon, le Canada et l'Union européenne entreprennent des démarches fondamentalement opposées, d'un point de vue dynamique.

Si « [l']Europe a un problème préalable à résoudre : celui d'exister », écrivait le professeur Cartou en 1990⁶², le Canada continue à se poser des questions existentielles; on pourrait dire

⁶¹ Louis CARTOU, *Communautés européennes*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1991, pp. 35 et 36.

⁶² *Id.*, p. 41.

à son égard, au moins depuis 1867, qu'il pense, donc qu'il est. Et pour lui, la question de l'abandon de souveraineté des États membres à l'État central ne se pose pas vraiment. Au contraire, pour certains, il s'agit éventuellement pour le Québec d'acquérir une souveraineté totale ou partielle. La question ne se pose plus simplement en termes de compétences législatives, dans le cadre de la Constitution.

D'autre part, alors que les États souverains européens ont volontairement signé un traité dans le but d'atteindre des objectifs communs, en acceptant de créer des institutions ayant des pouvoirs indépendants des États membres (la Commission), avec une Cour centrale, les diverses colonies canadiennes ont été fusionnées, il y a plus de 100 ans sous l'égide de l'Angleterre, en bonne partie pour protéger les intérêts de cet État extérieur et pour étouffer le fait francophone. Mais les provinces actuelles sont restées jalouses des prérogatives qui leur ont été attribuées comme un pis-aller, et elles n'ont accepté aucune entente, même tacite, dans le but d'harmoniser leurs droits⁶³. Comme le reconnaît l'auteur de la plus importante étude engagée sur le sujet au Canada :

*Chaque proposition concernant l'harmonisation du droit est évaluée séparément selon ses mérites et à la lumière des conditions qui ont cours lors de sa présentation. Il n'existe aucune autorité centrale pouvant, en vertu d'un mandat constitutionnel, appliquer et maintenir l'harmonisation juridique entre les territoires canadiens. Par conséquent, l'existence d'un consensus permanent ou fréquemment renouvelé est beaucoup plus importante pour le Canada.*⁶⁴

Néanmoins, comme l'affirme très justement cet auteur :

Cependant, l'expérience de cette institution [les Communautés européennes] peut quand même être utile pour le Canada. Elle démontre les avantages que comporte l'existence d'une organisation politiquement importante habilitée à choisir les domaines du droit devant faire l'objet de travaux d'harmonisation. La démarche de la Communauté, qui consiste à utiliser des lignes de conduite plutôt que des modèles pour uniformiser les lois, permet d'atteindre l'harmonisation entre des territoires dont les systèmes sont très variés; cette méthode peut très bien

⁶³ R.C.C. CUMING, *op. cit.*, note 21, p. 11.

⁶⁴ *Id.*

*convenir au Canada, où l'uniformité des lois entre les territoires est si difficile à atteindre.*⁶⁵

Quant aux *caractères* du droit canadien, si le droit communautaire « doit être uniforme où il n'est pas », il en est de même du droit canadien fédéral, mais non du droit canadien de source provinciale. Au Canada comme ailleurs, la possibilité du *forum shopping* existe et devrait donc être un élément en faveur de l'uniformisation.

Le droit fédéral est évidemment *d'applicabilité directe* dans les provinces.

Il a une *primauté* sur le droit provincial, soit en général lorsqu'il est utilisé dans les matières relevant de la compétence du pouvoir fédéral (art. 91 de la Constitution), même si, ce faisant, il *empiète* en partie sur des domaines relevant de la compétence des provinces (*paramountcy doctrine*), soit, dans la mesure où il peut *occuper un champ* de compétence qui lui est concurremment attribué par la Constitution avec les provinces (art. 95 : agriculture et immigration) ou qui en découle fonctionnellement (par exemple en vertu de pouvoirs qui lui sont reconnus en cas d'*urgence* ou d'*intérêt national*), qui se trouve alors soustrait aux compétences provinciales.

Le droit fédéral a aussi pour objet d'assurer la liberté de circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux (la Charte des droits et des libertés affirme expressément ce droit au libre établissement pour les personnes) et, dans certains domaines, de mettre à la disposition des Canadiens des instruments économiques communs ou harmonisés. Le Canada, État fédéral, est évidemment aussi une union douanière, mais il existe des domaines fiscaux propres⁶⁶.

D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a rendu récemment des décisions allant précisément dans le sens d'une telle unification, ou du moins d'une harmonisation, au motif qu'il est essentiel de respecter la structure constitutionnelle canadienne,

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Par exemple au Québec, on remplit, hélas, deux déclarations d'impôts : une pour le gouvernement fédéral, l'autre pour le gouvernement québécois.

matérialisant un marché commun, comme nous le verrons plus loin⁶⁷.

2. Les particularités canadiennes par rapport aux États-Unis

Quant à la comparaison avec la situation des États-Unis, on doit avancer que, si l'uniformisation du droit ne s'effectue pas bien au Canada, comme aux États-Unis, tel que nous allons le constater, il faut chercher d'autres raisons à cette situation. On a en effet copié la Conférence américaine sur l'uniformisation du droit, et l'on s'inspire de ses propositions de lois uniformes. Mais la population canadienne est moins homogène que celle de son voisin du Sud et comporte trois grands groupes culturels importants qui s'opposent : il n'y a donc pas eu de phénomène de *melting pot* au Canada.

Par ailleurs, les Canadiens sont soumis à moins de lois différentes comparativement aux Américains⁶⁸.

On peut aussi invoquer la structure constitutionnelle différente, paradoxalement plus centralisée au Canada qu'aux États-Unis, les graves problèmes politiques constitutionnels dus en bonne partie à la volonté récurrente de séparation du Québec, les problèmes de la Conférence sur l'harmonisation du droit et les importantes différences de conception entre le droit civil et la common law. Bref, ce sont tous là des éléments qui ne se retrouvent pas aux États-Unis.

Par ailleurs, en droit international privé, alors qu'aux États-Unis les obstacles à l'uniformité du droit sont la règle selon laquelle les juges fédéraux appliquent le droit international privé local et l'extrême diversité des règles de common law des États en droit international privé, au Canada, ce contexte n'existe pas. D'un côté, les juges fédéraux canadiens appliquent un droit fédéral, et non un droit provincial, en droit interne ou en droit international privé dans les domaines qui sont du ressort de ce gouvernement, tandis que de l'autre, il n'existe pas une si grande diversité au plan des méthodes de résolution des conflits de lois,

⁶⁷ Voir *infra*, III.C.2.a.

⁶⁸ R.C.C. CUMING, *op. cit.*, note 21, p. 58.

même si les règles de common law sont relativement différentes de celles du droit civil⁶⁹.

Ces particularités et ces facteurs spécifiques canadiens étant pris en considération, examinons maintenant les modes d'uniformisation ou de rapprochement des droits au Canada auxquels ils ont pu mener.

II. Les modes d'uniformisation ou de rapprochement des droits au Canada

Un aperçu des divers modes possibles de rapprochement entre les systèmes juridiques d'un même ensemble politique (uniformisation, harmonisation, coordination, etc.) ainsi qu'une définition de ces modalités sont nécessaires avant d'envisager les moyens utilisés au Canada pour réaliser ce rapprochement.

En droit européen, au plan des modes de relations entre les divers systèmes juridiques d'un même ensemble politique, le professeur Boulouis distingue entre la *substitution*, la *coexistence*, l'*harmonisation* et la *coordination*⁷⁰. Nous allons reprendre cette terminologie pour le droit canadien, en examinant de quelle façon celui-ci correspond ou non au schéma européen.

D'un point de vue dynamique, on peut dire que la *substitution* d'un système juridique par un autre peut être totale ou partielle : totale, elle peut entraîner l'*unification* ou l'*uniformisation* du droit qui remplace plusieurs droits évincés; partielle, elle nécessite leur *coexistence*, qui peut mener à des chevauchements ou à des conflits de lois, ce qui crée des besoins d'*harmonisation* ou de *coordination* des droits.

A. La substitution des droits au Canada

De ce côté, nous avons vu que la conquête anglaise de la Nouvelle-France avait eu pour effet de substituer le droit anglais au droit civil français, qui fut aboli en 1763, puis partiellement réta-

⁶⁹ Voir Gérard GOLDSTEIN et Éthel GROFFIER, Fascicule « Canada (Québec et Provinces anglaises). Droit international privé », dans *Juris-classeur de droit comparé*, Paris, Librairies techniques, 1996.

⁷⁰ Jean BOULOUIS, *Droit institutionnel des communautés européennes*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1990, p. 195.

bli en 1774. Cette substitution a donc été imposée militairement. Cependant, le milieu social de réception ne l'a pas acceptée — la population ne connaissait ni le contenu de ce droit, ni même sa langue! — et en droit privé, c'est-à-dire dans les domaines touchant de plus près le plus grand nombre de sujets, le pouvoir anglais a dû reculer devant cette réalité. Toutefois, cette réception a eu lieu, tant bien que mal, dans les domaines de droit public. De nos jours encore, certaines zones-frontières en droit québécois, comme la procédure civile, la preuve et le droit commercial, ont véritablement une origine « bi-juridique » et puisent leur inspiration de deux sources, c'est-à-dire du droit civil et de la common law.

De plus, historiquement, le droit de common law d'origine fédérale s'est substitué en 1867 aux droits provinciaux, dans tous les domaines où la Constitution a accordé au gouvernement fédéral le pouvoir de légiférer.

Par ailleurs, l'article 94 de la Constitution permettait et permet toujours au parlement fédéral de légiférer pour assurer l'uniformité des lois entre trois provinces de common law (l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick), mais leur accord reste nécessaire. De plus, une province, en donnant son accord, renonce alors à une sphère de compétence au profit du pouvoir fédéral : par conséquent, cette disposition est restée lettre morte⁷¹.

La *substitution*, ou le transfert de compétence⁷², reste possible de nos jours. Ce phénomène n'est que la conséquence du principe de primauté du droit fédéral sur le droit provincial en cas de conflit. Il se matérialise donc essentiellement soit dans le cadre du pouvoir fédéral d'empiéter (*paramountcy doctrine*), comme nous l'avons vu plus haut, soit selon l'une des théories permettant au pouvoir fédéral d'intervenir de façon dérogatoire dans une

⁷¹ W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 391-392.

⁷² J. BOULOUIS, *op. cit.*, note 70, pp. 195 et 196.

matière de compétence provinciale (théories du *pouvoir accessoire*⁷³, de la situation d'*urgence*⁷⁴, de l'intérêt national⁷⁵), ou bien soit dans les sphères de compétences *concurrentes* entre les deux ordres de gouvernement⁷⁶, dans la mesure où le droit fédéral occupe le champ qu'il avait laissé libre jusque là, et qui était donc occupé, en attendant, par le droit provincial (théorie du *champ libre ou inoccupé*).

On doit observer qu'il a fallu un traité formel fusionnant des entités distinctes mais, à l'époque, non souveraines (on fusionnait des *colonies* britanniques), pour parvenir à cette substitution des droits, qui n'a pu être que partielle.

Dans cette mesure, ce traité — cette Constitution — a dû être modifié à de multiples reprises pour préciser de nouvelles frontières entre les deux sphères juridiques (droit fédéral et droit provincial). En considération des grandes difficultés que cette délimitation pose encore dans tous les domaines juridiques, on peut en conclure qu'il a fallu un processus très lourd pour parvenir à ce résultat et qu'il continue à coûter très cher en énergie intellectuelle⁷⁷. On peut y voir la conséquence d'une délimitation effectuée dans la Constitution par une liste assez illogique pour un civiliste, et interprétée en pratique en termes de « pouvoirs » relatifs à certains sujets ou à certaines matières et non en pur termes de « matières ». Comme des matières peuvent être appréhendées sous diverses facettes, il était naturel de parvenir à des chevauchements de pouvoirs sur les mêmes sujets.

⁷³ Une disposition fédérale, de caractère *accessoire* ou *auxiliaire*, sera ainsi valide même si elle empiète sur une compétence provinciale si ceci est nécessaire pour rendre une autre disposition (celle-là normalement de compétence fédérale) efficace : voir GÉRALD A. BEAUDOUIN, *La Constitution du Canada*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson et Lafleur, 1990, p. 289.

⁷⁴ Dans des circonstances exceptionnelles, comme la guerre, le gouvernement fédéral peut légiférer dans des domaines de compétence provinciale exclusive : voir G.A. BEAUDOUIN, *id.*, p. 291.

⁷⁵ Voir G.A. BEAUDOUIN, *id.*, p. 291 : « Des matières de nature provinciale peuvent atteindre des dimensions telles qu'elles puissent affecter l'organisme même de l'État fédéral, considéré dans son entité globale, et justifier ainsi le Parlement central à légiférer dans ce domaine ».

⁷⁶ Ainsi, l'article 95 prévoit des compétences concurrentes en matière d'agriculture et d'immigration, sujettes à prépondérance fédérale. Voir par exemple G.A. BEAUDOUIN, *id.*, p. 267.

⁷⁷ La théorie du partage des compétences fait l'objet d'un cours spécialisé dans les facultés de droit canadiennes.

En plus de sa lourdeur, la *substitution*, n'étant que *partielle*, mène à la *coexistence* des droits.

B. La coexistence des droits au Canada

Cette *coexistence* est le second mode de relations entre systèmes juridiques : il n'est pas favorable à l'uniformisation du droit et pose de sérieux problèmes⁷⁸.

En droit canadien, la coexistence des droits est le résultat historique d'un compromis politique ayant abouti à un partage constitutionnel des compétences. Ce partage maintient la diversité des législations provinciales parallèles, correspondant à une « souveraineté »⁷⁹ de chaque autorité dans sa « sphère législative ». Ainsi, le droit fédéral doit coexister avec les droits provinciaux conservés, qui doivent aussi coexister entre eux.

La grande complexité de cette coexistence, marquée de chevauchements de compétences et de zones grises, est illustrée par le raffinement — propre à la common law — de théories jurisprudentielles qui cherchent à la baliser, mais qui ont été rendues nécessaires par un découpage constitutionnel relativement incohérent, du point de vue d'un civiliste.

Ainsi, selon la théorie du *chevauchement* (*overlapping doctrine*), il peut exister des domaines où les deux législations se chevauchent, quand elles cherchent à régler certaines questions spécifiques, comme la faillite (compétence fédérale) et les lois provinciales traitant en droit privé des paiements préférentiels frauduleux (l'action paulienne, par exemple). Chacune est alors valide, mais la loi provinciale ne devient inopérante que lorsqu'elle est concrètement incompatible avec la loi fédérale⁸⁰. En l'absence

⁷⁸ Par exemple, en droit communautaire européen, pour les règlements, il est possible que les États se voient reconnaître une habilitation pour gérer une réglementation, adopter les mesures d'adoption ou la compléter sur des points impliquant un pouvoir d'appréciation. Mais le règlement unifie le droit dans son domaine d'application (voir Guy ISAAC, *Droit communautaire général*, 3^e éd., coll. « Droit-sciences économiques », Paris, Masson, 1990, p. 188).

⁷⁹ Notion comprise au sens *constitutionnel* canadien, mais non au sens du droit international public, en tant qu'élément propre à la personnalité juridique de l'État.

⁸⁰ Voir G.A. BEAUDOUIN, *op. cit.*, note 73, p. 285.

d'incompatibilité, il y a simple complémentarité, donc coexistence des droits.

De même, par la théorie du *double aspect*, on a admis qu'une matière ou un sujet énuméré dans la Constitution pouvait se prêter valablement soit à une intervention fédérale, soit à une intervention provinciale⁸¹, par exemple, en matière d'infractions au Code de la route ou de « transactions d'initiés ».

Enfin, la théorie du « *pith and substance* » d'une loi permet éventuellement de valider une loi provinciale dont l'« essence » ou le « caractère véritable » est de viser une matière de compétence provinciale même si, de façon incidente, elle vise aussi une matière de compétence fédérale⁸² (cette doctrine ressemble à celle du pouvoir accessoire du gouvernement fédéral).

En définitive, la coexistence des droits entraîne des problèmes d'*harmonisation* et de *coordination* entre le droit fédéral et provincial applicables à différents aspects d'une même situation. Évidemment, le droit fédéral se concilie assez bien avec le droit des provinces de common law, mais cohabite moins bien avec le droit civil québécois, qui lui-même cohabite plus difficilement avec un autre droit provincial que peuvent le faire les droits des autres provinces entre eux.

C. L'harmonisation des droits au Canada

L'harmonisation est destinée à jouer dans les domaines où la substitution par le droit uniforme est politiquement ou techniquement impossible⁸³.

Alors que les autres modes de relations entre systèmes juridiques d'un ensemble non unifié ne réclament pas de définition, il n'en est pas de même pour le concept d'« harmonisation », dont le sens donne lieu à de multiples interprétations. Une tentative de définition générale de ce concept (1) précédera l'examen du sens plus technique et plus précis qu'il a reçu en droit européen (2).

⁸¹ *Id.*, p. 286; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 17, pp. 316-318.

⁸² Voir P.W. HOGG, *op. cit.*, note 17, p. 338; G.A. BEAUDOUIN, *op. cit.*, note 73, p. 287.

⁸³ J. BOULOUIS, *op. cit.*, note 70, p. 196. Le changement de nom de la Conférence canadienne illustre parfaitement cette complémentarité de méthodes.

1. Définition générale de l'harmonisation des droits

L'harmonisation est en soi un terme vague, comme le reconnaît un auteur, qui peut être défini selon lui comme étant un concept

*souple comprenant une gamme de mesures qui peuvent varier selon le contexte dans lequel la question est traitée. Dans un contexte donné, cela peut vouloir dire que les lois pertinentes soient très semblables sur le plan des principes de base, mais différentes quant aux dispositions particulières. Dans ce cas, une personne qui connaît les lois en vigueur dans une entité politique peut facilement comprendre les lois d'une autre et s'y adapter sans difficulté.*⁸⁴

Malgré ces incertitudes, on peut définir approximativement l'harmonisation comme étant le *processus par lequel divers éléments sont combinés ou adaptés les uns aux autres de façon à former un tout cohérent, tout en permettant à ces éléments de conserver leur individualité*⁸⁵.

La finalité de ce procédé est de reconnaître et *réconcilier les divergences* de ces divers éléments⁸⁶. On a aussi tendance à dire que l'harmonisation consiste à faire en sorte que les effets juridiques donnés à une même situation de fait deviennent aussi proches que possible dans un système juridique ou dans un autre⁸⁷.

Selon certains, il ne serait donc *pas* nécessaire d'harmoniser les lois touchant les rapports purement internes, car cette harmonisation serait normalement inhérente au processus d'interprétation cohérente des diverses normes d'un même système⁸⁸. On pourrait aussi présenter cette opposition en distinguant entre harmonisation *spontanée* et *provoquée*. Dans certains cas, comme pour ce qui est des rapports purement internes, l'harmonisation serait spontanée (ou ne le serait pas, selon la

⁸⁴ R.C.C. CUMING, *op. cit.*, note 21, p. 3.

⁸⁵ Martin BOODMAN, «The Myth of Harmonization of Laws », dans Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit comparé (dir.), *Droit contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 126, à la page 129.

⁸⁶ Donc, elle dépend elle-même de la nature des éléments à concilier; voir en ce sens M. BOODMAN, *id.*, p. 129.

⁸⁷ John GOLDRING, «Unification and Harmonisation of the Rules of Law », (1978) 9 *Fed. L. Rev.* 284, 289.

⁸⁸ M. BOODMAN, *loc. cit.*, note 85, p. 130.

première opinion), car elle résulterait de cette interprétation cohérente.

Par contre, il serait nécessaire de parler d'harmonisation *provoquée* dans le contexte des « transactions privées internationales ou interjuridictionnelles »⁸⁹, c'est-à-dire dans les situations soumises aux règles du droit international privé. Le *but* généralement attribué à l'harmonisation est donc de faciliter les transactions entre les personnes résidant dans différentes juridictions⁹⁰ ou encore la mobilité des personnes entre ces différentes zones législatives. On suppose que la divergence juridique a un effet défavorable sur ces transactions et sur cette mobilité⁹¹.

Dans quelle mesure cette tentative d'approcher le sens de l'harmonisation est-elle différente du sens que cette notion reçoit en droit communautaire européen?

2. Sens de l'harmonisation des législations en droit communautaire européen

En droit communautaire, l'harmonisation peut être définie de la façon suivante, selon le professeur Boulouis :

le droit national continue à exister en tant que tel, mais se trouve privé de la faculté de déterminer lui-même ses finalités. Il doit se modifier et évoluer en fonction d'exigences définies et imposées par le droit communautaire [ou centralisé] de sorte que les différents systèmes juridi-

⁸⁹ *Id.*, p. 131.

⁹⁰ *Id.*, p. 130, avec références.

⁹¹ On peut en effet souligner les coûts d'information, les coûts dus à la volonté de respecter plusieurs lois, la méfiance naissant de l'exposition à un autre système juridique (problème limité aux contrats et aux obligations en général, car les relations familiales ne sont pas fondées sur la connaissance d'une loi précise, les parties ne connaissant généralement pas le contenu de la loi de leur milieu social : par exemple, en matière successorale, en matière de régime matrimonial). Si ces coûts empêchent la réalisation d'une transaction internationale ou interprovinciale, la compétition sur le marché visé en est potentiellement réduite d'autant, au détriment des consommateurs. Cette argumentation est fondée sur des conceptions favorables au libéralisme économique : ainsi, par exemple, au sujet d'un employeur dans un pays A, la possibilité de recevoir des candidatures de tous les horizons augmente le choix de l'employeur et lui fournit la possibilité de sélectionner celui qui lui convient le mieux. Cette compétition peut aboutir à sélectionner le candidat ayant les « meilleures qualités », ce qui peut se matérialiser par le choix de celui coûtant le moins cher, au détriment de la qualité.

*ques nationaux présentent entre eux un certain degré d'homogénéité résultant de finalités communes.*⁹²

L'harmonisation des législations, au sens du droit communautaire, notamment de l'article 100 du Traité de Rome, signifie le **rapprochement** des législations étatiques nationales **ayant une incidence directe** sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.

Il s'agit donc d'**adapter** le droit national ou provincial en fonction d'objectifs **imposés** par le droit communautaire, et le degré d'adaptation nécessaire dépend de la proximité d'un système provincial avec le résultat recherché⁹³. Il s'agit d'un assez long processus, nécessitant des études de droit comparé pouvant varier selon la différence des systèmes en présence.

La **directive** européenne⁹⁴, adoptée par les instances de la CEE (Conseil et Commission), est l'instrument par excellence de cette orientation entraînant l'harmonisation des législations⁹⁵.

Selon un auteur, sa fonction « consiste, non plus dans l'élaboration d'un droit uniforme de substitution, mais dans la définition d'objectifs à finalités communautaires que les droits nationaux devront atteindre par les formes et les moyens que leur offrent leurs propres structures »⁹⁶. Ainsi, la directive, instrument aussi obligatoire que le règlement, indique le but à atteindre, ainsi qu'en général le délai laissé aux États, qui ont cependant le **choix de la forme et des moyens** pour atteindre le but; mais encore faut-il qu'ils retiennent les plus aptes à assurer son effet utile⁹⁷. Elle est donc obligatoire, mais n'impose en principe qu'une obligation de résultat⁹⁸.

⁹² J. BOULOUIS, *op. cit.*, note 70, p. 196.

⁹³ *Id.*, p. 197.

⁹⁴ Sur cet acte, voir par exemple C.F. OPHÜLS, «Les Règlements et les Directives dans les Traités de Rome », (1966) *C.D.E.* 3.

⁹⁵ L. CARTOU, *op. cit.*, note 61, n° 157, p. 140.

⁹⁶ J. BOULOUIS, *op. cit.*, note 70, pp. 196 et 197.

⁹⁷ G. ISAAC, *op. cit.*, note 78, p. 187.

⁹⁸ Cependant, une pratique s'est développée au Conseil, consistant à adopter des directives extrêmement précises et détaillées, allant jusqu'à préciser les dispositions de fond (J. BOULOUIS, *op. cit.*, note 70, p. 169) nécessaires, laissant ainsi peu ou pas de marge de manoeuvre aux États (G. ISAAC, *op. cit.*, note 78, p. 190). De plus, on a fait remarquer qu'il est possible qu'il n'existe qu'un seul moyen d'atteindre le résultat exigé (J. BOULOUIS, *op. cit.*,

Il résulte de ceci que l'on peut définir l'harmonisation du droit comme un *processus par lequel divers éléments de droit national ou provincial sont combinés ou adaptés les uns aux autres, par des moyens variés et non uniformisés, en conservant donc leur individualité, dans un but fixé de cohérence générale, mais leur laissant normalement le choix de la forme et des moyens pour atteindre ce but.*

On peut ajouter que l'uniformisation du droit réalise une sorte de cohérence *physique*, alors que l'harmonisation représente une cohérence simplement *fonctionnelle*.

Sans exposer les moyens permettant d'atteindre cette harmonisation au Canada, que nous aborderons en détail dans la section suivante, on peut remarquer que la recherche de la cohérence du tout se justifie assez naturellement pour ce qui est des relations privées interprovinciales ou même internationales, dans la mesure où l'on veut favoriser ces relations, mais, *a priori*, beaucoup moins dans le cas des relations purement internes, comme on l'a déjà fait remarquer. Dans cette dernière hypothèse, il faut une sérieuse volonté politique de rapprochement pour imposer cette même recherche.

Si l'on peut dire que l'harmonisation est nécessaire pour promouvoir les transactions internationales, elle l'est *aussi* lorsqu'il s'agit de permettre la libre circulation des personnes entre différentes juridictions. Même en l'absence de relations internationales, il est utile, dans un contexte fédératif, d'harmoniser les législations afin de permettre la mobilité des personnes⁹⁹.

Il y a donc imposition de dispositions harmonisées (ou uniformes) en droit européen. En droit canadien, d'un côté, on peut dire que pour le droit fédéral, l'uniformisation est totale, en raison de la nature étatique du Canada, mais de l'autre, au plan de

note 70, p. 169). Elle tend donc à être dénaturée (J. BOULOUIS, *id.*, p. 197) et à se substituer au droit non uniformisé. Parmi les actes du droit communautaire, on trouve aussi les recommandations, opinions provenant du Conseil et de la Commission. Cet instrument se rapproche des lois uniformes adoptées par la Conférence, car elle n'entraîne en principe aucune obligation de la part des éléments constituant l'Union (J. BOULOUIS, *id.*, p. 172).

⁹⁹ C'est-à-dire afin de promouvoir la création de situations potentiellement internationales. En effet, cette mobilité entraînerait de toute façon une situation propre à faire intervenir le droit international privé, en raison de l'existence d'un élément d'extranéité : l'origine des personnes.

l'harmonisation des législations relevant de la compétence des provinces, il n'existe pas d'imposition d'harmonisation.

En effet, à la différence de la substitution des droits et de leur « coexistence pacifique », l'harmonisation ne résulte pas expressément et directement de la Constitution canadienne, mais plutôt d'une volonté politique d'orienter le destin du Canada vers un rapprochement de ses peuples fondateurs, afin de maintenir l'existence de ce pays sous la forme d'un État unifié.

Qu'en est-il du dernier mode de relations entre systèmes d'un ensemble juridique non unifié, c'est-à-dire la coordination des droits?

D. La coordination des droits au Canada

La coordination est ainsi définie par le professeur Boulouis :

*la coordination correspond à l'hypothèse où, les droits nationaux demeurant ce qu'ils sont, le droit communautaire n'intervient qu'au plan de leurs effets pour coordonner ces effets au bénéfice des sujets de droit susceptible de relever de plusieurs d'entre eux.*¹⁰⁰

Il qualifie excellemment le droit adopté pour atteindre ce but de « droit de superposition »¹⁰¹. La fonction de la coordination des droits, selon l'auteur, implique qu'« il doit revêtir les caractères d'un droit uniforme à ceci près qu'il ne substitue en aucune matière à des droits nationaux qui conservent leur intégrité mais agit comme réducteur des disparités de leurs effets »¹⁰². Il s'agit donc de laisser intacts ces droits nationaux, mais de comparer leurs effets différents et d'arbitrer entre eux. Le *droit international privé* se présente immédiatement à l'esprit comme la voie royale pour atteindre ce but.

Dans le contexte juridique canadien, puisque l'on n'est pas lié par la définition technique communautaire, il n'est pas facile, ni nécessaire, de distinguer clairement l'harmonisation de la coordination. En effet, la coordination des législations peut être approximativement définie comme *l'harmonisation du résultat* de

¹⁰⁰ J. BOULOUIS, *op. cit.*, note 70, pp. 197 et 198.

¹⁰¹ *Id.*, p. 198.

¹⁰² J. BOULOUIS, *op. cit.*, note 70, p. 198. On peut mentionner les législations en matière de sécurité sociale comme domaine exigeant ce processus.

l'applicabilité possible à la même situation de plusieurs lois différentes au plan des effets. Il s'agirait donc d'un type particulier d'harmonisation *provoquée*.

Le droit international privé fournit plusieurs mécanismes dont la fonction est de coordonner les droits différents : la qualification secondaire — celle qui ne gouverne pas le choix d'une règle de conflit — effectuée selon la loi étrangère, la théorie des conflits de systèmes, celle des droits acquis, le renvoi, l'exception d'ordre public utilisée concrètement, la théorie de l'adaptation, la clause échappatoire et même l'application des lois de police étrangères.

Ainsi, l'harmonisation peut se présenter comme une coordination des lois provinciales et fédérales, plutôt qu'une similitude législative¹⁰³. L'harmonisation législative peut aussi nécessiter une coordination administrative, afin, par exemple, que tous les fonctionnaires appliquent les lois de la même façon. De même, l'harmonisation de fait peut résulter de l'exercice coordonné d'un pouvoir discrétionnaire, sans nécessiter l'harmonisation directe des lois¹⁰⁴.

En droit canadien, chaque province dispose de son propre système de droit international privé applicable dans les domaines de sa compétence et il en est de même du pouvoir fédéral. Toutefois, comme nous l'avons dit, la Cour suprême du Canada s'est lancée dans un débat complexe ayant pour but de déterminer les caractéristiques constitutionnelles des systèmes de droit international privé provinciaux, afin de les orienter vers une fonction réelle de coordination du droit interprovincial, au bénéfice du maintien de la structure fédérale du Canada¹⁰⁵.

Le traitement en détail de ces développements jurisprudentiels nous mène à l'étude des moyens utilisés au Canada pour matérialiser chacune des approches dont nous venons de donner un aperçu.

¹⁰³ R.C.C. CUMING, *op. cit.*, note 35, p. 4.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Voir *infra*, III.C.2.a.

III. Les mécanismes juridiques utilisés en matière d'uniformisation ou de rapprochement des droits au Canada

Parmi les mécanismes sur lesquels nous allons nous pencher, certains d'entre eux ont déjà été abordés dans cette étude à titre de « particularités » ou de *facteurs* d'uniformisation du droit au Canada. Mais ce point de vue restait statique, descriptif. En partant d'une perspective dynamique, on peut aussi les compter parmi les méthodes *volontairement et consciemment utilisées* pour parvenir à l'uniformisation au sens strict ou à un autre mode de rapprochement des législations.

A. Les mécanismes d'uniformisation des droits au Canada

Selon le professeur Graveson, il existe trois grandes méthodes d'unification (uniformisation au sens strict) au plan international : 1° la réception d'un droit, 2° la convention internationale ou l'accord bilatéral et 3° la loi modèle¹⁰⁶. En droit canadien, on retrouve ces trois aspects, auxquels on doit ajouter : 1° le rôle du *précédent* en common law, dans les provinces relevant de ce système, et le rôle de la Cour suprême du Canada ainsi que 2° la répartition des compétences selon la Constitution. Examinons-les en les classant d'une manière synthétique.

1. La répartition des compétences selon la Constitution

Cette composante du système juridique canadien, ce *facteur* spécifique, signifie que, dans tous les domaines de compétence fédérale, le droit est totalement uniforme : il est *unifié*.

Mais il s'agit aussi d'un *mécanisme actuel* d'uniformisation provoquée — de loin le plus puissant de tous —, car la répartition des compétences varie selon le temps, en fonction de l'interprétation donnée à la Constitution, selon la manière de présenter l'exercice des pouvoirs de l'un ou l'autre des niveaux de gouvernement, et selon les arrangements constitutionnels. Ainsi, on parle actuellement d'une nouvelle décentralisation des pouvoirs dans les domaines sociaux, afin, peut-être, de tenter de

¹⁰⁶ R.H. GRAVESON, *op. cit.*, note 10, p. 208.

désamorcer la « bombe » séparatiste : l'uniformisation en reculera d'autant.

2. La réception d'un droit

La *réception*, qui s'effectue par les emprunts à la jurisprudence et les emprunts législatifs, est courante au Canada. On peut aussi parler à ce sujet simplement de *facteur* favorisant l'uniformisation ou de méthode permettant consciemment de l'obtenir.

D'abord, en droit privé, toutes les provinces de common law ont reçu le droit anglais (common law), ainsi que certaines lois statutaires d'un même système juridique. Mais la date de cette réception diffère selon la constitution des législatures de chacune d'elles. Cette uniformisation n'a donc été que partielle et les versions des lois anglaises reçues ont été éventuellement modifiées soit par l'Angleterre, sans que les provinces n'adoptent ces modifications de façon conjointe, soit par les législatures des provinces de réception.

Toutefois, même après la réception formelle, les provinces ont souvent volontairement provoqué l'uniformisation en adoptant les lois anglaises ultérieures, par simple commodité et par manque de moyens de recherche. Il en a été ainsi, par exemple, en matière de vente de marchandises (*Sale of Goods Acts*).

De plus, les provinces se *copient* les unes les autres au niveau de leurs lois statutaires (par exemple, en matière de droit de la famille, des sûretés, des successions). Mais l'uniformisation n'en résulte pas nécessairement, en raison de l'influence grandissante des commissions provinciales de réforme du droit qui — souvent pour justifier leur existence — modifient les lois copiées.

Dans le même ordre d'idées, on peut apprécier l'impact de la common law en tant que système juridique à vocation universelle.

3. La vocation universelle de la common law, le rôle du précédent et de la Cour suprême du Canada

Dans les provinces canadiennes relevant de ce système, l'autorité des arrêts rendus dans les autres provinces et dans les autres pays de common law est un facteur non négligeable d'uniformité spontanée, dans la mesure où l'on s'entend pour

considérer la common law comme un système de raisonnement juridique à vocation universelle. La Cour d'appel de telle province propose une interprétation de la règle de common law, qui, si elle est confirmée par la Cour suprême du Canada, devient l'interprétation officielle dans tout le Canada. De plus, bien qu'à strictement parler, les arrêts rendus par les cours étrangères ne lient pas ses propres cours, leur autorité persuasive reste très forte au Canada anglais. Réciproquement, en Angleterre, Dicey cite aussi bien les arrêts anglais que ceux des cours australiennes, néo-zélandaises et canadiennes.

À ceci, on doit ajouter le rôle volontairement joué à ce propos par la Cour suprême du Canada : on peut vraiment qualifier ce phénomène de *méthode* (consciente) d'uniformisation provoquée du droit. En tant que Cour suprême de toutes les provinces, elle se doit de favoriser une interprétation uniforme de la common law, et même parfois des lois statutaires.

Si, en principe, cette vocation ne devrait pas jouer pour uniformiser le droit civil québécois, en réalité, des débordements ont souvent eu lieu, démontrant bien une recherche consciente, *méthodique*, d'uniformisation. Ainsi, en 1930, en droit international privé, la Cour suprême du Canada¹⁰⁷, au grand dam de la doctrine¹⁰⁸, a remplacé péremptoirement au Québec la règle de conflit territorialiste civiliste en matière de quasi-délits (compétence de la *lex loci delicti*) par la double règle anglaise de *Phillips v. Eyre*¹⁰⁹ (cumul qualifié de la *lex fori* et de la *lex loci delicti*), au motif qu'elle ne voyait pas pourquoi une règle bonne pour l'ensemble des provinces ne le serait pas aussi pour le Québec.

4. La convention internationale et la loi modèle

La signature par le Canada d'*accords internationaux*, comme les Conventions de La Haye en droit international privé est un élément relativement nouveau, allant nettement dans le sens de l'uniformisation provoquée du droit. Toutefois, quand il s'agit de matières de compétence provinciale, chaque législature provin-

¹⁰⁷ *O'Connor c. Wray*, [1930] R.C.S. 231, confirmant (1929) 46 B.R. 199.

¹⁰⁸ Voir Paul-André CRÉPEAU, «De la responsabilité civile extra-contractuelle en droit international privé québécois», (1961) 39 *Can. Bar Rev.* 3.

¹⁰⁹ *Phillips v. Eyre*, (1870) L.R. 6 Q.B. 1.

ciale doit reprendre le droit d'origine conventionnelle sous la forme d'une loi locale. Par conséquent, le droit n'est uniforme que dans les provinces canadiennes qui l'ont adoptée (ce qui est légal dans la mesure où la convention comprend une clause dite « fédérale »). De plus, parmi celles-ci, on peut encore constater des différences de rédaction et aussi d'interprétation jurisprudentielle. Enfin, le domaine de ces lois-modèles d'origine internationale n'est pas nécessairement étendu aux relations interprovinciales (il en est hélas ainsi de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, mais pas de la législation sur l'enlèvement international *et interprovincial* d'enfants).

L'existence dans ces conventions ou dans ces lois uniformes, comme dans la loi modèle de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, de clauses prévoyant l'obligation d'interpréter la loi en tenant compte de son contexte international et en favorisant son application uniforme constitue une limite assez formelle à cette diversité.

La *loi modèle* : d'origine canadienne, produite habituellement par les travaux de la Conférence sur l'harmonisation du droit au Canada, elle est normalement plus particularisée à l'état du droit canadien et correspond à des besoins locaux. Elle présente toutefois les mêmes avantages et les mêmes défauts que la loi-modèle d'origine conventionnelle.

Elle débouche donc sur une *harmonisation* du droit plutôt que sur du droit uniformisé : nous entamons l'examen de cet autre type de relations entre les systèmes juridiques d'un ensemble non unifié.

B. Les mécanismes d'harmonisation des droits au Canada

On peut distinguer d'une manière structurelle divers types d'harmonisation : elle peut être spontanée (1) ou provoquée par des actions fédérales (2 et 3). Elle peut aussi résulter de l'existence ou de la création d'institutions œuvrant spécifiquement en ce sens (4), dont la principale est la Conférence pour l'harmonisation du droit au Canada.

1. L'harmonisation spontanée — l'exemple des législations relatives au régime des biens des époux

L'une des origines de cette harmonisation spontanée, aisément constatée dans le droit des provinces de common law, est la volonté de réforme et d'amélioration du droit. On profite alors d'une recherche effectuée ailleurs : on s'inspire des lois adoptées dans les autres provinces ou en Angleterre. L'harmonisation résulte d'un défaut d'uniformisation complète.

Mais il est difficile de la considérer comme une *méthode* d'harmonisation. Nous en avons déjà traité plus haut, en tant que simple *facteur* d'harmonisation naturelle au Canada, car elle n'est qu'une conséquence *non directement voulue* de cette volonté de réforme et de ce défaut. De plus, le résultat de cette pseudo-méthode est fortuit : ce n'est que par hasard que la législation harmonisée porte sur un sujet d'intérêt national¹¹⁰. Elle est moins utilisée maintenant que les provinces disposent de commissions de réforme du droit, mais dans un contexte de rareté des ressources, elle n'est pas à négliger.

En principe, elle ne touche d'ailleurs que peu le Québec, en raison de la particularité de son système juridique. Toutefois, l'expérience confirme que le juge québécois aboutit souvent au même résultat que ses collègues des systèmes de common law. Le droit comparé suggère fortement qu'en définitive, si les raisonnements sont différents, en pratique, les *résultats* sont très semblables entre le droit civil et la common law au Canada. Il s'agit d'un autre aspect de l'harmonisation spontanée, au plan des résultats, non fondée sur une méthode, mais bien réelle.

Pour illustrer plus concrètement ce contexte d'harmonisation spontanée, survolons les différents droits des provinces canadiennes de common law relatifs au régime des biens des époux¹¹¹.

On peut distinguer grossièrement trois systèmes juridiques canadiens en ce domaine : 1° celui de common law, subsistant

¹¹⁰ R.C.C. CUMING, *op. cit.*, note 21, p. 27.

¹¹¹ Sur ce sujet, voir, pour plus de détails : Gérald GOLDSTEIN et Éthel GROFFIER, Fascicule 3 «Canada (Provinces anglaises). Mariage. Séparation de corps. Régime des biens des époux. », dans *Juris-classeur de droit comparé*, Paris, Librairies techniques, 1996. Nous nous sommes inspirés de ce texte pour les développements qui suivent.

dans les territoires (dont les Territoires du Nord-Ouest, n'ayant pas encore le statut de province à part entière) qui n'ont pas encore modernisé leur droit par des dispositions législatives — droit « statutaire » —, situation correspondant à un régime de séparation de biens amélioré par des mesures d'équité; 2° celui de l'Ontario, la province avant-gardiste, qui est le plus complet et le plus moderne, datant de 1986 et fondé sur l'idée d'un vrai régime de communauté de biens; et 3° celui des autres provinces, que l'on peut encore subdiviser entre celles (au Manitoba, en Colombie-Britannique, en Alberta, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard) qui ont copié d'assez près l'ancienne version de la loi ontarienne, datant de 1978, créant sur un fond de séparation un mini-régime fondé sur la notion de *family assets*, ou de patrimoine familial, dont le Québec s'est inspiré aussi sur ce point, et les autres (celles de la Saskatchewan, de la Nouvelle-Écosse, de Terre-Neuve, du Yukon), qui ont adopté un régime hybride, inspiré des lois des provinces ayant copié celle de 1978.

Quant au *premier type*, la common law a adopté une absence de « régime », au sens civiliste du terme, sur lequel se greffent les doctrines (provenant de l'*equity*) du *resulting trust* et du *constructive trust*, ainsi que le *dower* et le *homestead*. Le *resulting trust* permet en général à une épouse d'acquérir un droit sur le patrimoine immobilier de son époux, mais il faut prouver l'intention du *trustee* d'avantager ainsi le *cestui que trust*, ayant agi avec la croyance raisonnable qu'il serait récompensé. Le *constructive trust* est fondé sur une contribution, en nature ou monétaire, qu'un époux aurait fait au patrimoine de l'autre, dans la mesure où une relation de type fiduciaire existe entre eux. Ainsi, un tel *constructive trust* peut être créé si une propriété est achetée par versements successifs provenant d'un compte conjoint, de manière à considérer l'épouse (en général) comme bénéficiaire d'une partie de la propriété. Ces doctrines ont été aussi codifiées dans certaines lois des provinces ayant modernisé leur droit. Le *dower*, aboli dans certaines provinces (Ontario, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse), mais existant encore dans d'autres (notamment en Alberta, en Colombie-Britannique, au Manitoba, en Saskatchewan), est un droit d'usufruit immobilier bénéficiant à la veuve, de façon à lui assurer une subsistance, limitant les pouvoirs du mari de disposer de ses biens. Dans certaines provinces, il est de nature successorale, dans d'autres, de nature « matrimoniale », existant alors avant le décès. Le *homestead* est un droit d'inaliénabilité

portant sur des biens immobiliers, permettant ainsi de protéger la résidence familiale en faveur des époux. Ce type de droit existe encore dans un certain nombre de provinces, où il peut être invoqué à la place de dispositions « statutaires » plus modernes, protégeant aussi la résidence familiale.

Quant au *régime ontarien*¹¹², il s'agit d'un régime de communauté, ressemblant à celui de la société d'acquêts, dont l'application, différée jusqu'à la fin du mariage, se réalise sous forme d'une compensation monétaire. Le partage s'effectue en fonction de la différence de valeur de la « propriété familiale nette » (*net family property*) de chaque époux, définie par la différence entre la valeur des biens possédés par un époux à la date d'évaluation (moins ses dettes à ce moment) et la valeur de ses biens (autres qu'une résidence familiale) à la date du mariage, déduction faite de ses dettes lors du mariage. Cette définition exclut la valeur des biens reçus par don ou succession après le mariage, ainsi que celle des biens expressément exclus par le testateur, le donataire ou par convention entre époux (c'est la principale différence avec le régime primaire du patrimoine familial québécois, impératif, auquel on ne peut renoncer à l'avance). Elle inclut cependant la valeur d'une résidence qui appartient à l'un des époux, sauf si elle n'était pas occupée en tant que résidence matrimoniale au moment de la séparation. Ce partage s'effectue en attribuant à l'époux le moins favorisé la moitié de la somme représentant la différence entre la valeur de la « propriété familiale nette » de chacun. Cette égalisation des patrimoines s'effectue lors d'un divorce, d'une annulation de mariage, d'une séparation de fait sans espoir de vie commune et même lors du décès de l'un des conjoints. Le tribunal peut effectuer une répartition inégale, quand il juge qu'une division à parts égales serait inéquitable. La loi ontarienne remplace le douaire (*dower*) par des dispositions donnant aux deux époux un contrôle effectif sur les opérations relatives à la résidence matrimoniale et un droit égal à la possession de cette résidence.

Les époux peuvent aussi organiser leur régime en concluant un contrat de mariage. Ce terme comprend les accords conclus avant ou pendant le mariage par des époux faisant vie commune et par lesquels ils conviennent de leurs droits et obligations res-

¹¹² *Loi sur le droit de la famille, 1986*, S.O. 1986, c. 4.

pectives pendant le mariage ou lors de leur séparation, de l'annulation ou de la dissolution du mariage en ce qui concerne : a) la propriété ou la division de leurs biens; b) les obligations alimentaires; c) l'éducation des enfants, mais pas le droit de garde et de visite; et d) toute autre organisation de leurs biens. Ces contrats ne peuvent pas limiter le droit d'un époux sur la résidence matrimoniale, mais les époux peuvent exclure par contrat tout bien de leur « propriété familiale nette ».

Le troisième système, celui des autres provinces, comprend l'ensemble des législations des autres provinces, qui se situent à mi-chemin entre les deux premiers systèmes.

Au *Manitoba*, la loi de 1978 (*Marital Property Act*¹¹³) prévoit aussi le partage des « biens familiaux », dont la définition est assez proche de l'ancienne loi ontarienne de 1978, en tenant compte de la différence de valeur de tous les biens avant et après le mariage, comme la nouvelle loi ontarienne de 1986, et en incluant la résidence matrimoniale. Les biens qui ne sont pas réservés à l'usage familial sont appelés « biens commerciaux ». La loi manitobaine s'applique en principe à tous les biens, actuels, futurs (comme une pension de retraite) ou conditionnels des époux. La présomption de partage égal s'applique à tous les biens familiaux et commerciaux des époux, mais le tribunal dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour éviter le partage égal des biens *commerciaux*. Les biens peuvent changer de catégorie selon leur usage, mais les tribunaux les qualifient normalement à la date de la séparation. L'extension du domaine de la loi aux biens commerciaux contraste avec l'ancienne règle ontarienne de 1978, suivant laquelle le partage égal ne s'appliquait qu'aux biens familiaux des époux, le juge pouvant attribuer à un époux un bien familial appartenant à l'autre. Au Manitoba, comme en Ontario, les époux peuvent, par contrat de mariage, écarter l'application de la loi, en tout ou en partie. À la différence de la loi ontarienne, la loi manitobaine permet le cumul des droits qu'elle accorde avec ceux prévus par la loi sur le douaire ou sur le *homestead*, sauf en cas de décès de l'autre époux. Dans ce cas, l'époux survivant, qui conserve ses droits en vertu du douaire, perd automatiquement ceux accordés selon le *Marital Property Act*. Enfin, les époux ont un droit égal à l'usage de leur résidence familiale.

¹¹³ *Marital Property Act*, S.M 1978, c. 24/M-45.

La *Colombie-Britannique* a adopté une loi en 1978¹¹⁴. Cette loi prévoit un régime matrimonial très proche de celui de l'ancienne loi de 1978 de l'Ontario, donnant à chaque époux le droit à la moitié des biens « possédés par l'un ou par les deux conjoints et employés ordinairement par un époux ou un enfant mineur de l'un ou de l'autre des époux dans un but familial » (art. 45, al. 2). La définition est donc fondée sur l'utilisation du bien. Lorsqu'un bien est ainsi qualifié, il ne perd pas cette qualification, même si lors de la séparation, il n'est plus utilisé comme tel. Comme au Manitoba, les biens non réservés à l'usage familial sont appelés *biens commerciaux*. Ils sont en principe exclus du partage, mais advenant le cas où son résultat serait inéquitable, la Cour peut ordonner le transfert d'un bien commercial d'un époux à l'autre. De plus, il peut ordonner un partage inégal (à caractère compensatoire), ordonner une compensation financière entre époux, ordonner le transfert de propriété d'un bien, ou sa détention en fiducie pour un enfant, ordonner la vente d'un bien, ou encore mettre fin à une copropriété entre époux. Le *Family Relations Act* contient des dispositions permettant aux tribunaux d'attribuer la possession exclusive de la résidence matrimoniale à l'un des époux, sans égard au droit de propriété sur cette résidence. Il n'existe pas de définition de la résidence familiale dans la loi de cette province, ni de disposition qui permette une demande de partage des biens familiaux de la part du conjoint survivant (à la différence des droits ontarien et manitobain). Cette législation peut être écartée par un contrat de mariage ou un accord de séparation. Par ailleurs, comme dans les autres provinces, le tribunal dispose d'un assez large pouvoir discrétionnaire, couramment utilisé, pour modifier les dispositions du contrat de mariage relatives au partage, notamment si l'accord est inéquitable ou si les circonstances ont évoluées depuis la passation de l'acte.

En *Alberta*, le *Matrimonial Property Act*¹¹⁵, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1979, prévoit un régime matrimonial semblable, dans ses grandes lignes, à l'ancienne loi de l'Ontario de 1978 et à la loi de la Colombie-Britannique. Toutefois, la répartition des biens entre les époux a lieu également en cas de séparation légale (cause inconnue en Ontario). Les biens soumis à cette répartition ne sont pas définis par la notion d'affectation familiale, comme

¹¹⁴ *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, c. 20.

¹¹⁵ *Matrimonial Property Act*, S.A. 1978, c. 20.

dans la loi ontarienne de 1978, mais la loi albertaine pose comme principe que tous les biens des époux sont sujets aux décisions du tribunal, à l'exception des biens acquis par donation, succession ou acquis avant le mariage. En principe, le partage doit être égal, mais le tribunal dispose d'un très large pouvoir discrétionnaire pour distribuer inégalement les biens, ou pour rendre toute autre ordonnance qu'il juge utile. La conduite des époux n'est pas un facteur pertinent. En principe, les tribunaux évaluent les biens à la date des procédures et non à celle de la séparation. Les règles relatives à la *division des biens* matrimoniaux peuvent être écartées par conventions, auxquelles, en Alberta, les tribunaux n'ont pas le pouvoir de déroger. La loi de l'Alberta édicte, d'autre part, des règles relatives au droit de demander la possession exclusive de la résidence matrimoniale (*matrimonial home*), qui est définie par son occupation en tant que résidence de la famille, et auxquelles les conventions ne peuvent déroger. Ces droits s'ajoutent à ceux qui peuvent échoir en vertu du *Dower Act*¹¹⁶. Cependant, le décès d'un époux ne donne pas droit à l'application des dispositions du *Matrimonial Property Act* de l'Alberta.

En *Saskatchewan*, le partage des biens entre époux est régi par le *Matrimonial Property Act*¹¹⁷, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1980. La loi précédente conservait un régime de séparation de biens, mais conférait un assez large pouvoir discrétionnaire aux tribunaux en matière de possession ou de disposition des biens. La loi nouvelle permet à l'époux survivant de s'en prévaloir et elle autorise le cumul des avantages successoraux et matrimoniaux, à la différence, par exemple, de la loi ontarienne de 1986 qui impose le choix entre les deux. La loi nouvelle reste fidèle au régime de la séparation des biens. Elle repose sur le principe du partage égal, avec les mêmes exceptions que les lois des autres provinces de l'Ouest du Canada. La date d'évaluation des biens retenue par les tribunaux est en principe celle du début des procédures. La loi ne fait pas de distinction entre les biens familiaux ou commerciaux, à la différence de la loi manitobaine et celle de la Colombie-Britannique; elle définit cependant en détail les « biens matrimoniaux ». Le juge peut, de façon discrétionnaire, partager inégalement les biens matrimoniaux, et peut même refuser toute division, en fonction de considérations équitables similaires à

¹¹⁶ *Dower Act*, R.S.A. 1980, c. D-38.

¹¹⁷ *Matrimonial Property Act*, S.S 1979, c. M-6.1.

celles que l'on trouve dans les autres législations. La loi de la Saskatchewan comprend également des dispositions relatives au partage de la résidence matrimoniale (*matrimonial home*), qui peut être partagée comme les autres biens. Les parties à un contrat matrimonial peuvent écarter la loi de la Saskatchewan. À la différence de la loi ontarienne, ces contrats s'appliquent également aux dispositions relatives à la résidence matrimoniale. À la différence de la loi de la Colombie-Britannique, le juge n'a pas de pouvoir discrétionnaire pour modifier ce contrat, sauf en cas de résultat inéquitable. Les droits conférés par le *Matrimonial Property Act* s'ajoutent en principe à ceux qu'un époux peut recevoir en vertu du *Homestead Act* de la Saskatchewan.

En *Nouvelle-Écosse*, le *Matrimonial Property Act*¹¹⁸ (entré en vigueur le 1^{er} octobre 1980) adopte un régime combinant les divers avantages des lois des autres provinces. Il comprend une définition des biens matrimoniaux (appelés *matrimonial assets*) non fondée sur leur utilisation, mais bien sur leur acquisition, soit avant ou pendant le mariage. Cette définition exclut cependant les biens commerciaux (*business assets*) définis, eux, par rapport à leur usage et non à leur source, ainsi que les dons, les legs, les biens reçus en trust et ceux expressément exclus par contrat de mariage ou acquis après séparation. L'argent n'est pas considéré comme un bien commercial. La loi consacre le principe du partage égal des biens matrimoniaux. En plus des causes habituelles du partage, la loi ajoute le décès d'un époux. Le tribunal dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire pour partager inégalement les biens matrimoniaux ou même des biens qui n'en sont pas. La loi prévoit également un droit à une prestation compensatoire. Les époux peuvent conclure un contrat de mariage pendant ou avant leur mariage, ainsi qu'un contrat de séparation. Le juge peut en modifier les termes, à la demande d'un époux, en cas d'injustice flagrante. Il est également prévu que les époux peuvent soumettre toute question relative à leurs droits matrimoniaux à un arbitre. La date retenue en principe pour calculer la valeur des biens est celle à laquelle chaque partie présente un relevé de leur valeur, qui peut être mise à jour au moment du procès. Le conjoint survivant peut cumuler les avantages matrimoniaux et successoraux, comme à Terre-Neuve et en Saskatchewan. La loi de la Nouvelle-Écosse abolit le *Dower Act*, mais dispose que les

¹¹⁸ *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275.

époux ont un droit de possession égal sur la résidence matrimoniale. Celle-ci est définie par rapport à l'usage et non par rapport à son acquisition.

Au *Nouveau-Brunswick*, le *Marital Property Act*¹¹⁹ (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1981) conserve le régime de séparation de biens, en introduisant cependant la plupart des dispositions que l'on trouve dans les lois des autres provinces, notamment, le principe du partage égal des biens matrimoniaux, le droit égal à la jouissance de la résidence familiale et le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Cette loi est très proche du *Family Law Reform Act* de l'Ontario (1978). Elle s'applique également en cas de décès d'un époux et traite de la résidence matrimoniale. Enfin, dans cette législation comme dans les autres, les conjoints peuvent passer des contrats matrimoniaux qui écartent les dispositions du « régime » légal; on les respecte s'ils sont équitables. On y trouve aussi des présomptions simples de *resulting trust*, comme dans la loi ontarienne. Certaines différences avec la loi ontarienne existent cependant. Ainsi, la loi du Nouveau-Brunswick ne soumet pas les biens dits « commerciaux » au partage. Elle définit les biens sujets au partage (appelés *marital property*) par un double critère : les *family assets* désignés par leur usage familial; les autres biens matrimoniaux, déclarés tels en raison de leur acquisition pendant le mariage ou en perspective de celui-ci. Le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire permettant d'exclure certains biens du partage, d'ordonner un partage inégal (ni en fonction des contributions différentes respectives, ni en raison de la moralité de la conduite des époux), et de partager un bien propre, par exemple un bien « commercial », si le résultat du partage des biens matrimoniaux est injuste. En cas de décès d'un époux, la loi relative à la succession peut ne s'appliquer qu'après celle du *Marital Property Act*. La loi matrimoniale a donc clairement préséance sur la loi successorale. Enfin, la loi de 1981 abolit le douaire en cette province.

La législation de l'*Île-du-Prince-Édouard* se rapproche du *Family Law Reform Act* de 1978. Le *Family Law Reform Act*¹²⁰ est fondé sur la notion de biens familiaux (*family assets*), catégorisés selon leur utilisation, sans différencier entre biens commerciaux

¹¹⁹ *Marital Property Act*, S.M.B. 1980, c. M-1.1.

¹²⁰ *Family Law Reform Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-3.

ou non. La loi traite des contrats matrimoniaux et de la résidence familiale, qui fait partie des biens familiaux et sur laquelle les époux ont un droit égal de possession, sous réserve de la possession exclusive, dans les cas déjà envisagés dans les autres législations. Elle édicte le principe du partage égal des biens familiaux, sauf exception ou partage des *autres* biens, par exemple si l'un des époux diminue de façon déraisonnable les biens familiaux. Ce dernier partage, sorte de prestation compensatoire, est une codification de la théorie du *resulting trust*. Pour protéger les fermes, le législateur a édicté, à l'alinéa 4 de l'article 5 de la loi, un mode de calcul de la valeur des biens familiaux semblable à celui de la nouvelle loi ontarienne, permettant de ne pas faire vendre l'immeuble. Les tribunaux calculent cette valeur à la date de la séparation. Les contrats matrimoniaux, qui peuvent exclure des biens des *family assets*, ne peuvent pas modifier les dispositions légales relatives à la résidence familiale. La loi ne s'applique pas en cas de décès d'un époux (malgré qu'elle ait aboli le *Dower Act*).

Comme ce survol le montre, ces systèmes s'influencent mutuellement, de façon à aboutir à un ensemble relativement proche, *spontanément harmonisé*, comprenant des éléments typiques (partage discrétionnaire des biens matrimoniaux, possibilité de déroger à celui-ci par contrat, protection de la résidence familiale, etc.), témoignant d'une très large acceptation des mêmes valeurs. Toutefois, si l'on plonge dans le détail, on découvre une multitude de petites différences, souvent l'œuvre de la jurisprudence ou des commissions provinciales de réforme du droit, ou encore en raison de l'absence de simultanéité dans le processus de modernisation, donnant lieu à de nombreux conflits de lois qui nécessiteront éventuellement une certaine coordination.

2. L'harmonisation provoquée par le pouvoir fédéral de dépenser

L'un des plus puissants instruments au service de la politique, au niveau du gouvernement fédéral, est le recours à son pouvoir de dépenser. Ainsi, le gouvernement fédéral accepte de participer au coût d'une politique provinciale *à condition que* les provinces se conforment aux normes et aux procédures qu'il prescrit¹²¹. Ceci fonctionne bien dans les domaines de comp-

¹²¹ R.C.C. CUMING, *op. cit.*, note 21, p. 27.

étence partagée, mais la méthode serait inconstitutionnelle si elle jouait dans des domaines de compétence exclusivement provinciale. Néanmoins, la population serait sans doute prête à accepter cela lorsqu'il s'agit d'assurer un programme social que les provinces n'ont pas la volonté ou les moyens de financer¹²². Cependant, dans le contexte libéral actuel de réduction du rôle de l'État, ce moyen perd de l'importance.

3. L'harmonisation provoquée par la menace fédérale d'occuper un champ de compétence législative

Un autre moyen efficace d'atteindre l'harmonisation des législations provinciales est la menace, par le gouvernement fédéral, de légiférer dans un champ de compétence partagée, si les provinces n'agissent pas de façon concertée (il en a été ainsi dans le domaine des valeurs mobilières)¹²³.

D'une certaine manière, on peut rapprocher ce type d'harmonisation de celui résultant de l'usage en Europe de la *directive*, puisqu'elle impose simplement une obligation de résultat : parvenir, à une date plus ou moins précise, à un certain standard européen. Mais la directive est plus structurée que la simple menace d'occuper un champ, qui relève de la négociation constitutionnelle.

4. L'harmonisation provoquée par des institutions spécifiques

On a assisté, au Canada, à la création de divers organes chargés de rédiger des propositions et des modèles constituant la base de lois uniformes ou harmonisées. Aucun d'eux n'a été suffisamment efficace pour être considéré comme l'instrument unique de cette politique¹²⁴. Nous examinerons essentiellement le principal instrument d'harmonisation institutionnelle, soit la Conférence sur l'harmonisation du droit (a), puis quelques autres institutions (b), comme les Commissions de réforme du droit, etc.

¹²² *Id.*, p. 28.

¹²³ *Id.*, p. 30.

¹²⁴ *Id.*, p. 34.

a. La Conférence sur l'harmonisation du droit au Canada

i. Historique

En 1915, l'Association du Barreau canadien, essentiellement pour un motif d'efficacité commerciale (pour favoriser le commerce interprovincial et international : il est plus simple pour les commerçants étrangers de respecter une seule loi canadienne que plusieurs), adoptait comme objectif la promotion de « l'uniformité des législations au Canada, dans la mesure où elle pouvait se concilier avec la conservation des systèmes juridiques fondamentaux des provinces »¹²⁵. On en a conclu que l'on pouvait atteindre l'uniformisation en préparant des lois uniformes que les législatures provinciales pourraient adopter et que la meilleure façon de les préparer était de faire nommer, par les provinces, des commissaires qui se réuniraient en conférence¹²⁶. En 1918, les provinces acceptèrent ces propositions et nommèrent des commissaires, qui se réunirent la même année en tant que *Conference of Commissioners on Uniformity of Laws throughout Canada*. Depuis, cette conférence se réunit annuellement, sous le nom de *Conference of Commissioners on Uniformity of Legislations in Canada*, de 1919 à 1974, et sous le nom de *Uniform Law Conference of Canada* depuis 1974¹²⁷, ainsi que sous sa récente appellation française, la *Conférence sur l'harmonisation du droit au Canada*.

ii. Domaine d'intervention et organisation

Bien qu'à l'origine le domaine commercial (vente de marchandises, vente de fonds de commerce, assurances, etc.) était principalement visé, en raison des motifs ayant poussé l'uniformisation, la Conférence a étendu ses études à tous les domaines du droit privé¹²⁸.

¹²⁵ Il s'agit d'une traduction approximative des mots suivants : « uniformity of legislation throughout Canada so far as consistent with the preservation of the basic systems of law in the respective provinces »; Voir W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 401.

¹²⁶ *Id.*, 401.

¹²⁷ *Id.*, 401 et 402.

¹²⁸ *Id.*, 402.

Elle est composée de deux sections : l'une travaille en droit pénal (nous n'en parlerons pas), l'autre, en droit uniforme. La section de droit uniforme est composée de praticiens, de professeurs de droit, de membres de commissions provinciales de réforme du droit, de légistes et de juristes travaillant pour les gouvernements (ministère de la Justice).

L'outil essentiel de cette section est la loi uniforme¹²⁹. La section décide dans quel domaine il est souhaitable d'uniformiser le droit, passe une loi uniforme qui devient alors une loi uniforme de la Conférence. Celle-ci recommande ensuite que les provinces adoptent cette loi, mais ne s'occupe pas de promouvoir cette adoption. Les lois uniformes parviennent à l'attention des provinces par l'intermédiaire des fonctionnaires provinciaux qui participent à la Conférence¹³⁰.

Les critères pour le choix d'un domaine sont précisés dans les règles de la Conférence : 1° *pertinence de l'uniformité* dans un domaine; 2° existence d'une *demande* en ce sens; 3° possibilité de son *acceptation*; et 4° questions de politiques législatives de la section¹³¹.

Les propositions de domaines à couvrir sont faites individuellement et sont acceptées ou non, sans appel. En cas d'acceptation, la section charge un ou plusieurs délégués provinciaux d'examiner le sujet. Un rapport, qui présente les politiques législatives touchant l'adoption d'une loi uniforme dans le domaine, est présenté à la réunion suivante, si possible. Suite à des discussions, on s'entend sur les politiques, puis on prépare un projet de loi uniforme, qui sera discuté, puis adopté éventuellement comme loi uniforme¹³² et publié dans les actes de la Conférence (*Proceedings*).

Certaines lois sont amendées. Exceptionnellement, la Conférence examine les propositions d'une commission de réforme provinciale et propose une loi uniforme reflétant les propositions provinciales¹³³. Cette procédure fut suivie pour les lois uniformes

¹²⁹ *Id.*, 403.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.*, 404.

¹³³ *Id.*, 405.

en matière de vente de marchandises et de responsabilité du fabricant, qui proviennent de propositions de la Commission ontarienne de réforme du droit.

De même, en 1985, en matière d'arbitrage international, la Conférence adopta une loi uniforme pour les provinces voulant mettre en vigueur la Convention de New York de 1958. La proposition est venue du ministère de la Justice de la Colombie-Britannique qui voulait établir un climat favorable à l'arbitrage au Canada, car cette province voulait créer un centre d'arbitrage à Vancouver¹³⁴. La section de droit uniforme s'est alors réunie, mais ne comprenait que les fonctionnaires gouvernementaux. Une loi modèle en est résultée, permettant de donner effet à la Convention de New York et à la loi modèle de la CNUDCI. Toutes les provinces ont adopté cette loi uniforme, sauf le Québec, qui a modifié aussi son droit à ce sujet, de façon indépendante¹³⁵.

À l'origine, aucun de ces types de projets exceptionnels n'était un exercice d'harmonisation : il s'agissait de cas de réformes. Le travail de la Commission n'était pas perçu à ses débuts comme un processus de réforme, mais plutôt d'uniformisation, de codification. Dès 1965, on a compris que nécessairement, la codification impliquait la possibilité d'améliorer le droit, donc de le réformer¹³⁶. En pratique, la Conférence sur l'uniformisation participe donc à la réforme du droit.

Les domaines de son activité ne comprennent que ceux ayant un fort contenu juridique, suffisamment connu des juristes qui en sont membres, et non sociopolitique, sur lesquels un accord tacite existe au plan des politiques non juridiques sous-jacentes : les possibilités de recherche dont elle est munie sont trop limitées pour créer cette convergence¹³⁷.

On remarque que jusqu'en 1968, la Conférence s'est inspirée des États-Unis et de l'Angleterre pour trouver ses sujets de réflexion, mais depuis 1968, elle s'inspire beaucoup plus de la

¹³⁴ *Id.*, 406.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*, 407.

¹³⁷ *Id.*, 408.

Conférence de La Haye¹³⁸, puisque depuis cette date, le Canada en fait partie. Depuis lors, elle s'intéresse encore plus au droit international privé, mais elle s'y intéressait déjà avant. Elle a d'ailleurs créé un Comité spécial de droit international privé en 1973.

Par dérogation à la cohérence de l'ensemble de notre étude, nous procéderons tout de suite à une évaluation du travail de cette conférence, afin de favoriser une lecture suivie relativement à cet aspect essentiel. Nous ne la reporterons pas à notre conclusion générale.

iii. *Évaluation de la portée du travail de la Conférence*

Si les *Proceedings* de la Conférence donnent des tableaux annuels de mise en vigueur, il reste difficile de savoir objectivement quel est l'impact de ses lois uniformes¹³⁹ : on y indique aussi les lois qui ont été partiellement mises en vigueur ou les dispositions législatives provinciales similaires. De l'ensemble de ceci, il en résulte que l'uniformisation n'est souvent pas atteinte. Quelques provinces adoptent une version de certaines lois, qui, amendées, sont adoptées dans leur nouvelle version par d'autres, etc. De plus, les provinces amendent leur version de la loi uniforme, et les tables ne l'indiquent pas¹⁴⁰.

Les conclusions subjectives d'un expert, ayant eu l'expérience de ces conférences, sont d'abord que son travail est une bonne chose, la Conférence rappelant l'importance de l'harmonisation, et qu'il a favorisé une influence harmonisatrice, justifiant ses dépenses d'énergie et de ressources. Pourtant, on constate que, globalement, la Conférence n'a pas été très efficace et, dans sa forme actuelle, il semble qu'elle ne puisse pas faire tout le travail nécessaire¹⁴¹. Ainsi, on constatait, en 1961, qu'il n'y avait pas plus d'uniformité entre les législations des provinces qui avaient

¹³⁸ Jean-Gabriel CASTEL, «The Unification of Private International Law Rules in Canada », dans *Liber Memorialis François Laurent*, *op. cit.*, note 37, p. 723, à la page 724.

¹³⁹ W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 409.

¹⁴⁰ *Id.*, 410.

¹⁴¹ *Id.*, 411.

adopté les lois uniformes qu'entre celles des provinces qui ne l'avaient pas fait¹⁴².

iv. Les raisons de ces résultats décevants

Au premier plan des raisons expliquant ces résultats décevants, on trouve le processus évolutif par lequel les lois provinciales divergent. Une loi uniforme est adoptée par la Conférence, puis certaines provinces l'adoptent avec ou sans modification. Avec le temps, elles amendent leur version de la loi et proposent éventuellement à la Conférence d'adopter leur modification. La Conférence en adopte certaines, qui entraînent éventuellement la nécessité d'une nouvelle loi uniforme. Certaines provinces conservent alors pendant un certain temps l'ancienne version, amendée par leur jurisprudence, tandis que d'autres adoptent la nouvelle, avec ou sans modification, et ainsi de suite. On se rend ainsi compte que la méthode de la Conférence n'est pas nécessairement logique, mais qu'elle est souvent le fruit du hasard¹⁴³.

Comme on s'en doute, dans ces circonstances, l'uniformité reste un idéal. On peut donner comme exemples de cette diversité persistante les lois des provinces de common law en matière de régimes matrimoniaux, ainsi que les lois d'exécution réciproque des décisions des autres provinces.

On a invoqué plusieurs autres raisons pouvant expliquer le manque d'efficacité de tout ce processus au Canada :

- *La Conférence serait trop prolifique*

Certains estiment qu'en raison des nombreux amendements effectués à ses lois uniformes, la Conférence rend difficile pour les provinces le suivi de tous ces développements, car, advenant un suivi systématique, elles encourraient de sérieuses critiques de la part des praticiens qui auraient du mal à se maintenir à jour¹⁴⁴. On a même insinué que, comme les commissaires sont des praticiens qui n'ont pas le temps de choisir et de sélectionner directement la meilleure version ou qui ne sont pas conscients des

¹⁴² J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 18, 182.

¹⁴³ *Id.*, 181.

¹⁴⁴ *Id.*, 183.

derniers développements juridiques, ils en arrivent à multiplier les amendements, à tâtonner pour arriver au bon résultat¹⁴⁵. Il est exact que les lois uniformes adoptées par la Conférence sont critiquées, comme il se doit, par les textes de doctrine, dans la mesure où les auteurs n'ont pas participé à leur rédaction. Néanmoins, dernièrement, la Conférence a fait appel à des professeurs ou à des experts pour rédiger des rapports à partir desquels elle formule des propositions de lois uniformes, dont certaines sont déjà préparées dans ces rapports.

- *Elle répondrait trop lentement aux besoins de modification des lois uniformes*

Ceci est en quelque sorte l'inverse du premier reproche, et s'expliquerait par le fait qu'elle n'a pas de structure permanente et qu'elle ne se rencontre qu'une fois par an, sporadiquement, sur une base relativement volontaire, bien qu'elle doive alors couvrir un grand éventail de sujets. Si l'un d'eux n'est pas couvert, on doit reporter son examen à l'année suivante. On a estimé qu'il faudrait mieux cibler ou mieux préparer les rencontres¹⁴⁶. À cet égard, la situation nous semble s'être un peu améliorée.

- *Les provinces ayant adopté les lois uniformes n'ont pas cherché à promouvoir complètement la politique d'uniformisation*

Malgré une résolution de 1935 demandant aux provinces de consulter la Conférence avant d'amender les lois provinciales uniformisées, ceci ne se fait pas. Les lois uniformes sont adoptées comme des lois modèles, permettant de disposer d'un texte déjà structuré, mais l'on s'en sert comme base de raisonnement, plus dans une optique de réforme du droit et non pour éviter consciemment les problèmes de diversité des lois¹⁴⁷. De plus, les intérêts locaux sont encore très forts, et il ne s'est pas créé de loyauté vis-à-vis d'un corps dont on entend très peu parler, lors-

¹⁴⁵ *Id.*, 185 : «So we arrive at a situation where many bites at the cherry, instead of just one, are seemingly necessary ».

¹⁴⁶ *Id.*, 190.

¹⁴⁷ *Id.*, 192.

qu'on a connaissance de son existence¹⁴⁸. Enfin, au sein des gouvernements, on favorise souvent plutôt ses propres idées que celles émises par la Conférence, à moins d'être totalement convaincu par la nécessité ou les bienfaits de l'uniformité¹⁴⁹.

- *Le besoin d'uniformité serait probablement exagéré*

Dans la plupart des cas, le domaine étudié par la Conférence concerne les litiges intraprovinciaux qui ne sont pas les plus nombreux. De toute façon, on invoque le fait que la diversité des lois ne serait pas un obstacle économique insurmontable pour les compagnies qui peuvent assez facilement faire des affaires même si les lois sont différentes¹⁵⁰.

- *La Conférence n'a pas les moyens d'effectuer des recherches suffisantes*

La Conférence est un organisme qui n'a pas les moyens financiers de s'adjoindre les recherchistes en nombre suffisant : le respect dû à son travail n'est donc pas très prononcé, en raison de ce défaut, bien que l'adjonction de fonctionnaires gouvernementaux et la possibilité de donner des contrats de recherche à des professeurs aient un peu amélioré cette situation.

- *La Conférence n'a pas pour rôle de persuader les gouvernements provinciaux d'adopter ses lois*

La Conférence n'a jamais considéré que son rôle consistait à persuader les gouvernements de l'opportunité de ses travaux et de ses lois uniformes. Individuellement, les commissaires, ayant souvent des positions gouvernementales importantes, ne seraient pas poussés à accomplir naturellement cet effort¹⁵¹; ils ont pourtant une bonne position pour influencer les gouvernements, mais jusqu'à présent, ils ne semblent pas le faire.

¹⁴⁸ *Id.*, 196.

¹⁴⁹ *Id.*, 197.

¹⁵⁰ *Id.*, 199.

¹⁵¹ *Id.*, 201.

Il manque donc à la Conférence un instrument qui, comme la *directive* du droit communautaire européen, obligerait les gouvernements à intégrer son contenu normatif à l'expiration du délai imparti, en laissant aux provinces le choix des mesures locales de mise en oeuvre. D'ailleurs, la directive européenne peut elle-même contenir un modèle dont les législations nationales s'inspireront¹⁵². Le droit européen est donc bien plus directif que les lois uniformes adoptées par la Conférence pour l'harmonisation du droit.

Toutefois, les textes communautaires sont issus de négociations – parfois très âpres, en raison des conséquences que les textes entraînent, au sein de la Commission, formée de représentants des États membres, ou au sein du Conseil – alors que les lois uniformes de la Conférence canadienne, où la représentation des provinces est néanmoins assurée, ne donnent pas vraiment lieu à un tel marchandage, précisément parce qu'il n'y a aucune garantie que le texte final sera mis en vigueur dans les provinces et qu'il y aura une obligation de leur part.

- *Le manque d'intérêt gouvernemental*

C'est certainement le problème majeur que tous dénoncent : malgré la participation de fonctionnaires gouvernementaux, les gouvernements ne sont pas souvent prêts à utiliser des ressources rares pour mettre en vigueur un concept abstrait comme l'harmonisation, qui n'apporterait que très difficilement des améliorations tangibles à court terme, du point de vue de leur clientèle politique¹⁵³.

En conclusion, c'est donc un bilan bien peu flatteur que l'on dresse en général du travail et des accomplissements de la Conférence, pour des raisons qui tiennent à elle, mais aussi en bonne partie pour des motifs externes, sur lesquels elle n'a que peu de prise (comme le manque de financement). Cependant, l'on s'accorde pour reconnaître globalement qu'il faut la conserver, l'aider à poursuivre son oeuvre, tout en l'améliorant notablement.

¹⁵² L. CARTOU, *op. cit.*, note 61, n° 157, p. 140 : l'auteur cite ainsi la sixième directive sur la taxe sur la valeur ajoutée.

¹⁵³ W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 411.

Qu'en est-il maintenant des autres institutions canadiennes agissant aussi au plan de l'harmonisation?

b. Les autres instruments d'harmonisation institutionnelle

i. La Cour suprême du Canada et les autres cours

La jurisprudence du Conseil privé a interprété largement la Constitution en faveur des provinces¹⁵⁴. Ainsi, notamment, cette Cour a décidé que le pouvoir provincial pouvait mettre en vigueur un traité qu'il avait signé, s'il ne s'agissait pas de matières de compétence fédérale. De plus, la ratification de chaque traité signé par le Canada, portant sur une matière de compétence provinciale, doit attendre l'entrée en vigueur des lois provinciales qui en adoptent le contenu¹⁵⁵, à moins d'une clause fédérale, qu'on trouve maintenant dans tous les traités, permettant pour le Canada de spécifier, lors de sa ratification, dans quelles provinces le traité sera appliqué¹⁵⁶.

Comme nous l'avons relevé plus haut, l'héritage de la common law commun aux cours de la plupart des provinces fournit un certain degré d'harmonisation, ainsi que la doctrine du *stare decisis*, qui les obligeait à suivre les arrêts des plus hautes cours anglaises. Ceci s'est poursuivi même après l'abolition de la procédure d'appel de la Cour suprême au Conseil privé, en 1949. Mais l'adoption de la voie statutaire de plus en plus développée diminue notablement cette harmonisation¹⁵⁷.

Néanmoins, on doit noter le rôle grandissant de la Cour suprême en ce domaine. En raison de son rôle de Cour constitutionnelle, qui consiste en l'interprétation de la Constitution, elle a une importance décisive sur l'harmonisation du droit. Sa position de Cour d'appel de toutes les provinces en fait un instrument idéal, même si elle a moins souvent l'occasion de promouvoir cette idée

¹⁵⁴ V. HUGHES, *loc. cit.*, note 22, 90 et 91.

¹⁵⁵ *Id.*, 91.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.*

du fait du remplacement de la common law par le droit statutaire¹⁵⁸.

Cependant, jusqu'à récemment, on estimait de toute façon qu'elle n'avait pas beaucoup orienté ses décisions dans ce sens, d'autant plus qu'elle traite davantage de matières touchant le droit public que le droit privé, notamment en raison de l'adoption de la Charte des droits et libertés¹⁵⁹. Mais récemment, par quelques arrêts essentiels, elle a entrepris de jouer activement son rôle en se portant dépositaire des principes garantissant la structure fédérale du Canada, comprenant déjà un marché commun impliquant la libre circulation des personnes, des biens et des services.

ii. Les commissions provinciales et fédérales de réforme du droit

Les commissions de réforme du droit n'ont pas normalement pour tâche d'orienter leurs activités vers l'harmonisation du droit. Néanmoins, leur travail a parfois bénéficié à la Conférence sur l'harmonisation du droit, en lui prêtant des moyens (par des recherches ou en lui fournissant de la documentation, etc.)¹⁶⁰. Ainsi, l'Ontario a produit un projet de loi sur la vente de marchandises (*Sale of Goods Act*) qui a été soumis à la Conférence. Celle-ci a alors adopté une loi uniforme assez semblable au projet ontarien. Il en a été de même en matière de responsabilité du fait des produits¹⁶¹.

Cependant, ces commissions ne collaborent pas beaucoup entre elles, car elles n'ont pas les moyens de participer aux réunions des autres commissions. De plus, elles ont une tendance « naturelle » à examiner à nouveau toutes les questions qu'on leur soumet, en refaisant le travail parfois déjà accompli ailleurs. En raison de leurs créations, on copie donc moins les lois des autres provinces¹⁶². Travaillant selon leurs propres priorités, elles ont

¹⁵⁸ R.C.C. CUMING, *op. cit.*, note 21, p. 49.

¹⁵⁹ V. HUGHES, *loc. cit.*, note 22, 92; R.C.C. CUMING, *op. cit.*, note 21, p. 49.

¹⁶⁰ W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 415.

¹⁶¹ V. HUGHES, *loc. cit.*, note 22, 93.

¹⁶² *Id.*, 92.

des objectifs locaux, donc globalement, elles ont plutôt un effet diversifiant¹⁶³.

iii. Les discussions organisées entre ministères provinciaux

Des discussions organisées entre ministères provinciaux et des actions conjointes de la part des organismes créés pour administrer les programmes gouvernementaux ont parfois réellement apporté une certaine dose d'harmonisation. Il en a été spécialement ainsi en matière d'assurance et de valeurs mobilières¹⁶⁴. *L'Association of Superintendants of Insurance* a beaucoup accompli en ce domaine, peut-être en raison du conservatisme de ses propositions et en raison de l'organisation forte de l'industrie de l'assurance, ayant un intérêt très marqué pour l'uniformité du droit relatif aux situations interprovinciales¹⁶⁵. Un autre exemple de réussite de ce type d'harmonisation est le système pan-canadien d'exécution réciproque des pensions alimentaires¹⁶⁶ qui a abouti à des lois provinciales, et dont le Québec est partie.

iv. Le Comité de l'Association du Barreau canadien

L'Association du Barreau canadien avait comme objectif, dès 1915, de promouvoir l'uniformité des législations au Canada, dans la mesure où cela était conciliable avec les systèmes juridiques fondamentaux des provinces. En 1918, elle a créé la *Uniform Law Conference of Canada*. Cette association a elle-même favorisé activement l'unification du droit des sûretés au Canada¹⁶⁷. En 1963, elle a créé un comité sur ce sujet et en 1982, a adopté la loi uniforme sur le sujet proposé par la Conférence sur l'harmonisation du droit.

Récemment, cependant, elle semble avoir perdu son intérêt pour l'uniformisation du droit, estimant qu'il s'agit d'un sujet

¹⁶³ W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 415.

¹⁶⁴ R.C.C. CUMING, *op. cit.*, note 21, pp. 30 et 31.

¹⁶⁵ W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 413.

¹⁶⁶ *Id.*, 414.

¹⁶⁷ V. HUGHES, *loc. cit.*, note 22, 86.

académique¹⁶⁸. Son comité sur l'uniformisation du droit n'existe plus. On peut rechercher les raisons fondamentales de ce changement dans l'intérêt corporatif de chaque barreau — l'accentuation des spécificités favorise évidemment la capitalisation des connaissances juridiques —, mais l'on invoque surtout le fait que le public serait davantage intéressé par des sujets plus à la mode comme la Charte des droits et libertés¹⁶⁹.

C. Les mécanismes de coordination des droits au Canada

La coordination des droits, que l'on a déjà pu définir comme une sorte d'harmonisation, au plan des résultats, de l'existence de plusieurs lois aux contenus différents, concerne essentiellement les situations interprovinciales ou internationales, car celles-ci matérialisent les conflits potentiels. On pourrait aussi envisager, sous le titre de la coordination, les mécanismes qui diminuent les conséquences de la diversité du droit fédéral et du droit provincial, applicables à une même situation, en raison de ses différentes facettes (théorie constitutionnelle notamment connue comme théorie du double aspect). De même, on pourrait encore envisager la coordination laissant parallèlement exister des législations provinciales similaires, situation potentiellement apte à favoriser la mobilité des personnes, des biens et des services au Canada. Ce dernier aspect relève en réalité simplement de l'harmonisation, donc nous renvoyons à nos développements antérieurs à ce propos.

Le second aspect, la coordination des législations fédérales et provinciales, coûte très cher aux Canadiens, en terme d'énergie, de dédoublement fonctionnel et administratif. Mais il n'existe pas, à notre connaissance, de mécanisme particulier à ce sujet, mis à part les collaborations administratives ponctuelles ou plus ou moins organisées. Cette situation de diversité résulte de l'histoire et de la politique canadiennes : elle est le fruit voulu de la nature fédérale du Canada.

Nous consacrerons donc l'essentiel de notre propos relatif à la coordination aux aspects touchant les situations interprovinciales

¹⁶⁸ *Id.*, 87.

¹⁶⁹ *Id.*, 87.

privées, c'est-à-dire aux mécanismes de droit international privé propres à atteindre cette coordination des législations.

Après l'analyse du cadre général de cette coordination en droit international privé canadien (1), nous envisagerons plus en détail les mécanismes précis œuvrant en ce sens (2).

1. Le cadre général de la coordination en droit international privé canadien

Nous avons déjà évoqué le fait que le contenu des droits des provinces canadiennes de common law et celui du droit civil québécois ne sont pas si différents sur ce plan. Ainsi, le *domicile* est évidemment le facteur de rattachement essentiel dans tous les systèmes canadiens. De plus, de nombreuses règles de conflit québécoises admettaient la loi du for, à l'instar du droit de common law, par exemple, en matière de séparation de corps, d'adoption, de garde d'enfant¹⁷⁰. La Cour suprême avait aussi imposé la règle de conflit de common law, qui a été modifiée au Québec en 1994, et pour laquelle la Cour suprême a récemment statué en faveur de la loi du lieu du délit, sous prétexte d'uniformité. De même, les règles québécoises de reconnaissance des jugements étrangers étaient un mélange du droit français et de la common law. On vient aussi d'admettre au Québec la théorie, très répandue en common law, du *forum non conveniens*.

Néanmoins, le nouveau Code ancre plus le droit québécois dans le droit civil en s'inspirant des codifications civilistes actuelles, mais il s'inspire aussi des conventions internationales. De plus, on y a admis, avec certaines modifications maladroites, les règles relatives aux sûretés mobilières sans dépossession des provinces de common law.

Donc, la possibilité du *forum shopping* existe au Canada, ce qui pousse à essayer de coordonner les législations.

Le gouvernement fédéral a été très actif ces dernières années, au plan de l'harmonisation, particulièrement en droit international privé, et ceci avec succès. En 1968, le Canada devient mem-

¹⁷⁰ En matière de divorce, la compétence relève du gouvernement fédéral. Le tribunal applique la loi du for, qui est aussi celle de la résidence d'un époux depuis un an dans la juridiction du tribunal saisi (art. 3 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e supp.) [L.R.C., c. D-3.4]).

bre de la Conférence de La Haye et, en 1969, d'Unidroit. Depuis 1981, il est représenté à la CNUDCI. Il a participé aux conférences de La Haye. Le Canada est donc représenté et participe activement aux conférences internationales de droit international privé susceptibles de déboucher sur l'adoption de lois favorisant la coordination des législations au Canada, dans les situations interprovinciales et internationales. Sa délégation comprend des experts des deux systèmes juridiques canadiens (par exemple, trust et fiducie).

De plus, le ministère de la Justice fait appel à des experts dans le domaine, consulte des professeurs qui produisent des rapports sur les projets dont sont saisis les membres des délégations canadiennes aux conventions internationales et il organise des rencontres consultatives avec les praticiens. Ceci permet de faire plus de publicité auprès des gouvernements provinciaux et augmente la probabilité d'adoption des lois uniformes.

Il a créé un certain nombre de mécanismes de consultation dans le domaine du droit international privé, qui ont contribué à promouvoir l'harmonisation du droit¹⁷¹. Il existe ainsi un Groupe consultatif fédéral-provincial sur le droit international privé et l'unification du droit, qui se réunit de temps en temps, en fonction des besoins.

Il existe aussi des consultations interministérielles sur les sujets de droit international privé et le ministère fédéral dresse un tableau des conventions acceptées par le Canada, qui est distribué auprès des personnes intéressées et susceptibles de favoriser l'adoption de ces lois. Cela permet de sonder le terrain : si le gouvernement ne reçoit pas de réponses sur un sujet précis, il en tire la conclusion qu'il sera difficile de faire adopter le loi ou la convention et ne pousse pas sa signature du traité ou de la convention.

Enfin, chaque année, le ministère de la Justice fédéral organise un séminaire du droit commercial international, qui permet de partager des idées, des commentaires sur les activités canadiennes dans le domaine et plus généralement sur le droit international privé.

¹⁷¹ V. HUGHES, *loc. cit.*, note 22, 94.

On peut donc dire que l'activité du gouvernement fédéral dans le domaine de l'harmonisation a été significative : elle a entraîné un certain succès et un renouveau d'intérêt très net pour ce sujet, et encore plus en droit international privé. Parmi les conventions internationales mises en vigueur dans les provinces à la suite de ses efforts, on peut mentionner : l'enlèvement d'enfant, la forme du testament, le trust, l'arbitrage commercial international (Convention de New York; loi modèle de la CNUDCI). Cette nouvelle tendance favorable à l'harmonisation du droit devrait se poursuivre.

2. Les divers mécanismes de coordination du droit international privé canadien

À ce titre, nous allons envisager quelques développements spécifiques, choisis parmi les plus importants, qui ont créé directement une coordination des droits au Canada. Ceux-ci illustrent une *tendance générale* en ce sens, en droit international privé canadien¹⁷².

¹⁷² Tendence dont nous ne pourrions rendre compte plus en détail sans examiner minutieusement dix systèmes de droit international privé, ce qui dépasserait de beaucoup les dimensions de cette étude. Pour un exposé de ces systèmes de droit international privé canadiens, pour les provinces de common law, voir notamment : Jean-Gabriel CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1994; James-Gary McLEOD, *The Conflict of Laws*, Calgary, Carswell, Legal Publications, 1983; voir aussi G. GOLDSTEIN et É. GROFFIER, *loc. cit.*, note 69. En droit québécois, voir : Gérald GOLDSTEIN et Éthel GROFFIER, *Traité de droit civil. Droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; Éthel GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990; du même auteur, *La réforme du droit international privé, Supplément au Précis de droit international privé québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993; Jean-Gabriel CASTEL, «Commentaires sur certaines dispositions du Code civil se rapportant au droit international privé », (1992) 119 *J.D.I.* 625; H. Patrick GLENN, «Droit international privé », dans Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec (dir.), *La réforme du Code civil*, t.3, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 669-800; Jeffrey Alan TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, «Le Code civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé », dans Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec (Dir.), *La réforme du Code civil*, t.3, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 801-933; Gérald GOLDSTEIN et Jeffrey Alan TALPIS, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1991; Jeffrey Alan TALPIS et Gérald GOLDSTEIN, «Analyse critique de l'Avant-Projet de loi du Québec en droit international privé », (1988-89) 91 *R. du N.* 293, 456, 606.

a. La coordination provoquée par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada

Dans plusieurs arrêts fondamentaux, la Cour suprême du Canada s'est efforcée, par le biais d'exigences constitutionnelles, d'orienter profondément les systèmes de droit international privé canadiens vers une harmonisation ou une coordination des législations.

Le difficile problème général, sous-jacent à cet aspect de notre étude, est le principe des *limites territoriales des compétences législatives provinciales*. Dans une fédération, il est normal de trouver certaines règles limitant le pouvoir des législatures provinciales de donner des effets de droit à des situations se déroulant en dehors de la province, car la province du lieu de survenance de cette situation pourrait être mieux à même de la régir. De fait, nous avons vu que la Constitution canadienne limitait la plupart des pouvoirs législatifs provinciaux aux affaires locales, se déroulant dans la province. Ainsi, l'article 92 (13) attribue une compétence exclusive aux provinces sur « la propriété et les droits civils *dans la province* ». Toutefois, la jurisprudence a admis une notion *juridique* — c'est-à-dire arbitraire, artificielle — et non géographique de la territorialité, car il est impossible de localiser naturellement un droit. La question revient donc à se demander quels chefs de compétence sont acceptables ou non, du point de vue constitutionnel. Avec ce problème, qui est celui des limites constitutionnelles au droit international privé des provinces, nous sommes donc absolument au cœur de la question de la coordination des législations dans une fédération.

En matière de *conflits de lois*, il a été admis, dans l'affaire *Churchill Falls*¹⁷³, qu'une loi provinciale destinée à nationaliser des biens locaux était constitutionnelle si, intervenant essentiellement dans un domaine de compétence provinciale, elle portait toutefois *incidemment* atteinte à des droits situés en dehors de la province. En l'espèce, la loi de Terre-Neuve fut considérée inconstitutionnelle car elle avait *essentiellement* pour but de porter at-

¹⁷³ *Churchill Falls c. A.-G. of Newfoundland*, [1984] 1 R.C.S. 297; 47 Nfld & P.E.I.R. 125; 139 A.P.R. 125; 8 D.L.R. (4th) 1; 53 N.R. 268. Sur cet arrêt, voir notamment : Richard Eugene SULLIVAN, «Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces», [1985] 7 *Sup. C. L. Rev.* 511; Elizabeth EDINGER, «Constitutional Law — the Doctrines of Colourability and Extraterritoriality», (1985) 63 *Can. Bar Rev.* 203.

teinte à des droits situés au Québec, et non à des droits locaux. Il s'agissait d'un contrat de fourniture d'électricité entre Terre-Neuve et Hydro-Québec, une société publique québécoise : il existait une clause attributive de compétence aux tribunaux du Québec, ce qui a donc permis à la Cour suprême de « localiser » les droits au lieu où l'on pouvait les contester. Ce faisant, la Cour utilisait une localisation tirée des principes de droit international privé des provinces de common law. La conséquence de cette analyse serait, si elle était maintenue avec constance, de constitutionnaliser les règles de droit international privé au Canada, donc de les pétrifier. L'unification en résulterait probablement, car toute nouvelle règle de conflit différente serait éventuellement déclarée inconstitutionnelle et le Québec devrait se plier aux principes de droit international privé tirés de la common law. Le débat est loin d'être clos¹⁷⁴.

Au plan des règles de *compétence juridictionnelle* et de l'*effet des jugements étrangers ou extraprovinciaux*, un problème parallèle se matérialise dans la limite constitutionnelle des pouvoirs législatifs des provinces à « l'administration de la justice dans la province » (art. 92 (14)). Or, traditionnellement, les règles de compétence juridictionnelle de common law sont territoriales, fondées sur la puissance, donc parfois exorbitantes, notamment lorsqu'elles sont assises sur la signification de l'action au défendeur présent dans la juridiction, même en transit, (*transient rule*) ou sur la présence d'un bien dans la juridiction, même sans rapport avec le litige (*asset rule*)¹⁷⁵. De plus, plusieurs provinces ont adopté des règles de compétence fondées sur la signification d'une action au défendeur *en dehors de la province (service ex juris)*. Mais des règles plus strictes régissent la compétence des tribunaux étrangers (compétence indirecte). Ainsi, on ne reconnaît pas les décisions étrangères ou extraprovinciales fondées sur ces compétences exorbitantes, ni sur les compétences obtenues

¹⁷⁴ De plus, le litige n'est pas réglé et il rebondit actuellement avec âpreté, car la province de Terre-Neuve dénonce les contrats de fourniture d'électricité au Québec, en raison des bas taux qui lui sont accordés, alors que l'énergie, produite au Labrador (immense région rattachée à Terre-Neuve à la suite d'un litige et non au Québec) est revendue par le Québec à un taux beaucoup plus élevé aux États-Unis.

¹⁷⁵ *Emanuel v. Symon*, [1908] 1 K.B. 302 [C.A.]. Ces compétences exorbitantes expliquent pourquoi la théorie du *forum non conveniens* s'est développée dans ces systèmes.

en signifiant l'action à l'étranger ou en dehors de la province (*service ex juris*), ce qui oblige le créancier d'un jugement (extraprovincial) fondé sur ces motifs de recommencer le procès dans la province où il voulait le faire exécuter.

La doctrine¹⁷⁶ considérait qu'il fallait inventer, en droit canadien, une clause identique au principe du *full faith and credit* se trouvant dans la Constitution américaine et obligeant les États à reconnaître les décisions des autres, à condition que des exigences minimales de compétence soient remplies (*due process*), notamment en considération du fait que tous les tribunaux canadiens sont nommés par le gouvernement fédéral et soumis au contrôle de la même Cour suprême et aux mêmes normes d'équité procédurale.

La Cour suprême du Canada a entendu ces critiques et a entrepris d'y répondre dans l'affaire *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*¹⁷⁷. Il s'agissait pour la Colombie-Britannique d'apprécier la compétence d'un tribunal albertain dans une action personnelle à caractère patrimonial, dans le cadre d'une action en exécution, en Colombie-Britannique, d'une décision albertaine. Les règles de common law ne permettaient pas en l'espèce de reconnaître la compétence du tribunal albertain¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Voir notamment P.W. HOGG, *op. cit.*, note 17, pp. 280 et 281 (et références).

¹⁷⁷ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, [1991] 2 W.W.R. 217; 76 D.L.R. (4th) 256. Sur cet arrêt, voir notamment : Vaughan BLACK et John SWAN, «New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments : *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye* », (1991) 12 *Advocates' Q.* 489; Joost BLOM, « Case Comment [*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*] », (1991) 70 *Can. Bar Rev.* 733; Jean-Gabriel CASTEL, «Recognition and Enforcement of a Sister-Province Default Money Judgment : Jurisdiction Based on Real and Substantial Connection », (1991) 7 B.F.L.R. 111; H. Patrick GLENN, «Foreign Judgments, the Common Law and the Constitution : *Morguard Investments v. De Savoye* », [1992] 37 *R.D. McGill* 537; Vaughan BLACK, «The Other Side of *Morguard* : New Limits on Judicial Jurisdiction », [1993] 22 *Can. Bus. L.J.* 4-28; Elizabeth EDINGER, «*Morguard v. De Savoye* : Subsequent Developments », [1993] 22 *Can. Bus. L.J.* 29; James A. WOOD, «Recognition and Enforcement of Judgments Between Provinces : The Constitutional Dimensions of *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* », [1993] 22 *Can. Bus. L.J.* 104. Cet arrêt a notamment été suivi dans *Cardinal Couriers Ltd. c. Noyes*, [1992] 5 W.W.R. 673 (Sask. Q.B.); *Amopharm Inc. c. Harris Computer Corp.*, (1992) 93 D.L.R. (4th) 524 (Ont. C.A.); *TDI Hospitality Management Consultants Inc. c. Browne*, [1993] 3 W.W.R. 642 (Man. Q.B.).

¹⁷⁸ En effet, le défendeur ne résidait plus en Alberta lors du litige, alors que celui-ci concernait un immeuble qui y était situé et que les deux parties

La Cour suprême du Canada affirme que les règles de reconnaissance des décisions étrangères issues de la common law anglaise sont dépassées. Dans une véritable profession de foi, elle affirme d'abord que « les règles du droit international privé moderne sont fondées sur la nécessité qu'impose l'époque moderne de faciliter la circulation ordonnée et équitable des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre »¹⁷⁹. Elle poursuit en affirmant que les principes d'ordre et d'équité (*order and fairness*), assurant la sécurité des transactions et la justice, doivent fonder un système moderne de droit international privé. Elle précise sa pensée en ajoutant que la courtoisie internationale, notion à la base du droit international privé issu de la common law, doit être interprétée dans un sens moderne¹⁸⁰ et spécialement entre les éléments d'un État fédéral, de manière à reconnaître plus facilement les décisions des autres entités de cette fédération. La Cour relève alors les raisons fondamentales de se départir des règles traditionnelles de common law dans une telle fédération. Selon elle :

*les règles anglaises [...] semblent absolument contraires à l'intention manifeste de la Constitution d'établir un seul et même pays. Cela présuppose un objectif fondamental de stabilité et d'unité où de nombreux aspects de la vie ne sont pas confinés à [une seule juridiction]. La citoyenneté commune assure aux Canadiens la mobilité d'une province à l'autre [...]. Plus précisément, d'importantes mesures ont été prises pour favoriser l'intégration économique. L'un des principaux éléments des arrangements constitutionnels incorporés dans la Loi constitutionnelle de 1867 était la création d'un marché commun. L'article 121 a écarté les [barrières au commerce interprovincial]. Dans l'ensemble, les échanges et le commerce interprovinciaux étaient considérés comme un sujet qui intéressait le pays dans son ensemble [...]. Ces arrangements mêmes répondent à la nécessité de pouvoir faire exécuter partout au pays les jugements obtenus dans une province.*¹⁸¹

concernées y résidaient lors de la conclusion des contrats litigieux. La cour albertaine avait utilisé la procédure du *service ex juris*, qui ne devait pas normalement permettre la compétence indirecte en Colombie-Britannique, alors même que cette dernière province possédait les mêmes règles de compétence internationale directe.

¹⁷⁹ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, précité, note 177, 1096 et 1097.

¹⁸⁰ *Id.*, 1097.

¹⁸¹ *Id.*, 1099.

Répondant à la doctrine, la Cour se montre alors convaincue de l'existence d'une **obligation constitutionnelle de respecter un principe équivalent à celui du full faith and credit** en faveur des décisions canadiennes, qu'on trouverait implicitement consacré dans la Constitution canadienne, en tant que principe inhérent à une telle fédération¹⁸². Comme la clause américaine, la Cour ajoute cependant que ce principe de « reconnaissance totale » est conditionnel à l'exercice par les tribunaux d'une compétence respectant l'« ordre et l'équité ». Elle déclare alors que, pour que l'on considère ainsi compétent un tribunal d'une autre province, il suffit, **afin de respecter la structure fédérale du Canada**, qu'il existe un **lien réel et substantiel** (critère de droit international privé tiré de l'arrêt anglais *Indyka*) entre le tribunal et le litige (ou avec l'objet de l'action)¹⁸³.

Cette approche, plus flexible que les règles territorialistes de la common law, permet de tenir compte de divers facteurs, parmi lesquels on retrouve : la nature de la transaction, l'intention des parties et ce qui est « **fair and convenient** »¹⁸⁴. Une jurisprudence majoritaire a étendu la portée de ce critère à des décisions étrangères¹⁸⁵. Par conséquent, il devient maintenant plus facile

¹⁸² *Id.*, 1100.

¹⁸³ La Cour écarte expressément la théorie de la bilatéralisation des compétences directes et indirectes et fonde plutôt la compétence albertaine sur le bien en Alberta et la résidence des parties en cette province lors de la formation des contrats litigieux, ces faits suffisant amplement pour constituer un lien réel et substantiel avec le litige.

¹⁸⁴ Voir *First City Trust Co. c. Inuvit Automotive Wholesale Ltd.*, [1993] N.W.T.R. 273 [S.C.]. En effet, si le critère du lien réel et substantiel est respecté en principe, la jurisprudence prend soin de vérifier s'il est équitable pour le défendeur (**fairness to the defendant**) d'y faire appel, par exemple lorsque celui-ci s'est fondé sur les règles traditionnelles et plus strictes de common law en matière de reconnaissance des jugements étrangers pour ne pas aller se défendre devant le tribunal saisi alors qu'il aurait pu y soulever certaines défenses. Voir ainsi *Amopharm Inc. c. Harris Computer Corp.*, (1992) 93 D.L.R. (4th) 524 (Ont. C.A.); *Stoddard c. Accurpress Manufacturing Ltd.*, [1994] 1 W.W.R. 677 [B.C.S.C.].

¹⁸⁵ Voir *Minkler & Kirschbaum c. Sheppard*, (1991) 60 B.C.R. (2d) 360 (B.C.S.C.); *Federal Deposit Insurance Corp. c. Vanstone*, [1992] 2 W.W.R. 407; 88 D.L.R. (4th) 448 (B.C.S.C.); *Bridal Fair Inc. c. A. D. & D. Promotion Inc.*, (1991) 5 C.P.C. (3d) 152 (Alta Q.B.); *Fabrelle Wallcoverings c. North American Decorative Products*, (1992) 6 C.P.C. (3d) 170 (Ont. Ct. of J., General Division); *Mc Mickle c. Van Straaten*, (1992) 93 D.L.R. (4th) 74 (B.C.S.C.); *Moses c. Shore Boat Builders Ltd.*, (1993) 83 B.C.L.R. (2d) 177 (B.C.C.A.); *Stoddard c. Accurpress Manufacturing Ltd.*, précité, note 184; *contra* : *Re Evans Dodd and Gambin Associates*, (1994) 17 O.R. (3d) 803 (Ont. Ct. of J., General Division).

de faire reconnaître des décisions extraprovinciales ou étrangères au Canada.

Plus récemment, dans l'arrêt *Hunt*¹⁸⁶, la Cour suprême réaffirmait les principes développés dans l'arrêt *Morguard*. Dans cette affaire, la question était de savoir si une loi québécoise, empêchant une société québécoise d'expédier des documents hors de la province¹⁸⁷, donnait une excuse légale, selon la loi de la Colombie-Britannique, à une compagnie pour refuser de se conformer à une injonction lui ordonnant de produire certains documents en cette province. On posait donc la question de la validité constitutionnelle de la loi devant les cours de la Colombie-Britannique.

Le raisonnement de la Cour part de l'approche fédéraliste et des principes généraux de droit international privé développés dans l'affaire *Morguard*. La Cour affirme ainsi :

*Les systèmes juridiques et les règles de droit reflètent et expriment les valeurs fondamentales d'une société. Pour respecter la diversité des sociétés, il importe donc de respecter les différences entre les systèmes juridiques. Mais pour que cela soit possible à notre époque où de nombreuses opérations et interactions débordent les frontières [définissant les communautés juridiques] dans notre ordre juridique mondial décentralisé, il faut également disposer [d'une méthode permettant] de coordonner [cette diversité]. Cette coordination face à la diversité ressortit tant au droit international privé qu'au droit international public. Elle constitue aussi l'un des principaux objectifs du partage des compétences entre les gouvernements fédéral et provinciaux dans une fédération.*¹⁸⁸

Selon ces principes, les règles de droit international privé au Canada doivent constitutionnellement respecter des normes minimales d'ordre et d'équité (*order and fairness*), afin d'adapter le règlement des litiges interprovinciaux à la structure fédérale canadienne¹⁸⁹, ceci s'exprimant, au plan de la compétence juridictionnelle indirecte et probablement directe, par l'exigence d'un

¹⁸⁶ *Hunt c. T & N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289. Voir Gérald GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaires. Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, n° 1050 et suiv.

¹⁸⁷ *Loi sur les dossiers d'entreprises*, L.R.Q., c. D-12.

¹⁸⁸ *Hunt c. T & N PLC*, précité, note 186, 295 et 296.

¹⁸⁹ *Id.*, 327-331.

lien *réel et substantiel* entre le litige et le tribunal. Constatant qu'à son avis, la loi québécoise ne respecte pas les principes minimaux d'ordre et d'équité¹⁹⁰, la Cour, sans l'annuler, la déclare inapplicable par les tribunaux de la Colombie-Britannique¹⁹¹.

La Cour enrichit son opinion d'une référence aux exigences d'un « marché commun », motifs qui se trouvent également au cœur du raisonnement de l'arrêt *Morguard*, et elle expose en quoi cet effet essentiel « traduit un manque d'ordre et d'équité » : il supprimerait l'accès des Canadiens aux tribunaux de leur province relativement à des opérations interprovinciales, ce qui entraînerait une augmentation du coût des activités commerciales, et compromettrait ainsi l'unité et l'efficacité du marché canadien¹⁹². De plus, il comporterait un aspect inéquitable par le fait de ne pas permettre une communication complète des preuves, alors que ceci serait impossible dans le cas d'une affaire purement intraprovinciale.

Quant à sa portée générale, l'arrêt *Hunt* semble obliger à édicter des dispositions qui « respecte[nt] les principes d'ordre et d'équité qui doivent, suivant le principe de l'arrêt *Morguard*, sous-tendre les procédures requises pour les litiges qui ont des effets extraprovinciaux »¹⁹³. Donc, cette directive implique non seulement l'application du principe du respect de l'ordre et de l'équité, mais encore, de façon beaucoup plus radicale, l'obligation de reconnaître les conséquences de l'existence d'un principe constitutionnel équivalent au *full faith and credit* en faveur des décisions canadiennes.

¹⁹⁰ Pour rendre sa décision, la Cour ne se penche pas sur le critère de l'affaire *Churchill Falls* — dont elle confirme tout de même la pertinence — et rend sa décision en se fondant uniquement sur ce motif. Mais elle insiste quand même sur le fait qu'une telle législation a pour unique objet de porter atteinte à des droits extraprovinciaux, en refusant de donner effet aux injonctions extraprovinciales de façon à empêcher à l'avance une partie extraprovinciale d'obtenir les moyens de gagner son procès en dehors de la province : leur effet essentiel est donc « de faire obstacle à l'exercice des droits substantiels des parties à des litiges à l'extérieur de la province » (*id.*, 327-330).

¹⁹¹ La Cour suprême précise que la portée de la décision n'est que de rendre inapplicable la loi québécoise *dans la province où* on l'invoque, sans lier les tribunaux des autres provinces, mais non de la rendre directement nulle pour le motif qu'elle est inconstitutionnelle, étant donné la position incidente de cette question (*id.*, 307-316).

¹⁹² *Hunt c. T & N PLC*, précité, note 186, 330.

¹⁹³ *Id.*, 327.

Ceci impliquerait une réforme complète des règles actuelles de common law, et peut-être aussi du nouveau droit québécois, relatives au contrôle de la compétence indirecte des tribunaux canadiens et étrangers. Dans cette perspective révolutionnaire au Canada, deux lois uniformes adoptées en 1991 et en 1994 par la Conférence sur l'harmonisation du droit se sont efforcées de répondre à ces nouvelles données constitutionnelles. Examinons plus en détail le contenu de ces lois.

b. La coordination volontaire par les lois uniformes en matière d'effet des décisions extraprovinciales ou étrangères

En raison de l'existence de certaines règles de common law des provinces canadiennes, comme celles dont nous venons de traiter relativement à la compétence indirecte des tribunaux des autres provinces, ou encore celles concernant le pouvoir de réviser au fond un jugement extraprovincial ou étranger¹⁹⁴, la Conférence pour l'unification de la législation au Canada a adopté, en 1924, une loi modèle relative à l'exécution réciproque des jugements canadiens, amendée de nombreuses fois depuis et fondée sur la réciprocité. Cette loi a été adoptée avec certaines modifications par toutes les provinces canadiennes de common law¹⁹⁵. La coordination et l'harmonisation des législations recherchées et obtenues en ce domaine de la reconnaissance et de l'exécution des jugements canadiens ou même étrangers sont assez développées, comme l'illustrera le bref aperçu que nous allons en donner.

Lorsqu'un jugement en matière personnelle et à caractère patrimonial (*money judgment*) a été rendu par le tribunal d'une province ou d'un État compris dans la liste des bénéficiaires désignés par la loi, le créancier, dans les six ans de la date du jugement, peut demander à la Cour du lieu où il veut le faire exécuter une ordonnance d'enregistrement. Celle-ci obtenue, le jugement est

¹⁹⁴ Voir G. GOLDSTEIN et É. GROFFIER, *op. cit.*, note 69, n° 83.

¹⁹⁵ Le Québec est resté en dehors de ce système (sauf pour les ordonnances de pensions alimentaires), bien que ses règles sur ce point aient été en bonne partie tirées du droit de common law (pour les conditions de reconnaissance et d'exécution des jugements, alors que le pouvoir de révision, aboli en 1994, venait du droit français) : voir G. GOLDSTEIN et J.A. TALPIS, *op. cit.*, note 172.

exécutoire comme toute autre décision rendue par la Cour de cette province. Les lois d'exécution réciproque prévoient quand même certaines défenses que les débiteurs peuvent opposer pour empêcher l'émission de l'ordonnance d'exécution, défenses fondées sur l'absence de compétence du tribunal d'origine, le défaut d'assignation et de comparution du débiteur ou *l'existence d'une défense de common law*, comme la fraude et la contrariété à l'ordre public.

Les lois les plus récentes sont celles de 1991, le *Uniform Enforcement of Canadian Judgment Act* (UECJA), de 1994, le *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (CJPTA) et un projet de loi datant de l'été 1996, proposant une nouvelle version du *Uniform Foreign Judgments Act*.

i. *La coordination par le Uniform Enforcement of Canadian Judgments Act (loi uniforme de 1991) et le Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act (loi uniforme de 1994)*

En 1991, la Conférence pour l'harmonisation du droit au Canada a adopté une nouvelle loi uniforme (UECJA : *Uniform Enforcement of Canadian Judgment Act*¹⁹⁶), moderne, fondée sur le principe de « *full faith and credit* » envers les décisions *canadiennes*, conformément à l'affaire *Morguard*. Son article 6(2) (a) *supprime le contrôle de la compétence indirecte* et de la compétence selon le tribunal d'origine (art. 6(2) (a) ii) UECJA¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Uniform Law Conference of Canada, *Proceedings of the Seventy-Third Annual Meeting* (1991), pp. 425-430. Voir Vaughan BLACK, «Uniform Enforcement of Canadian Judgments Act : Uniform Law Conference of Canada (1991); Enforcement of Canadian Judgments Act, S.B.C. 1992, c. 37 », (1992) 71 *Can. Bar Rev.* 721; John SWAN, «The Uniform Enforcement of Canadian Judgments Act », (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 87; Gérald GOLDSTEIN et Jeffrey Alan TALPIS, «Les perspectives en droit civil québécois de la réforme des règles relatives à l'effet des décisions étrangères au Canada », (1995) 74 *R. du B. can.* 641-664; (1996) 75 *R. du B. can.* 115-145 (2^e partie).

¹⁹⁷ Cet article dispose : «**6. (2)** The [superior court of unlimited trial jurisdiction in the enacting province or territory] shall *not* make an order staying or limiting the enforcement of a registered Canadian judgment on the grounds that

(a) the judge, court or tribunal that made the judgment *lacked jurisdiction over the subject matter of the proceeding that led to the judgment or over the judgment debtor under (i) principles of private international law, or (ii) the domestic law of the province or territory where the judgment was made,*

L'interdiction de la révision au fond s'y trouve codifiée (art. 6 (2)(b)). Elle s'éloigne des lois antérieures en écartant le fondement de la réciprocité. Mais la loi maintient la possibilité d'invoquer la contrariété à l'ordre public de la décision extraprovinciale (art. 6 (1) (d)), ce qui semble assez incompatible de cette condition avec un principe de *full faith and credit*. De plus, cette loi n'uniformise pas les chefs de compétence *directe* — ce qui rend difficilement acceptable la suppression du contrôle de la compétence indirecte — et elle n'ajoute pas le critère de compétence de l'arrêt *Morguard*.

Par ailleurs, il existe aussi une loi modèle concernant la reconnaissance des jugements *étrangers* (*Uniform Foreign Judgment Act*), adoptée par la Conférence pour l'harmonisation du droit au Canada en 1933. Celle-ci simplifie les conditions et la procédure de reconnaissance des jugements étrangers, sans condition de réciprocité, mais elle n'a été adoptée que par la Saskatchewan et le Nouveau-Brunswick.

Dans ces deux provinces, on a jugé que cette législation, destinée à remplacer les règles de common law énumérant restrictivement les facteurs de compétence indirecte, interdisait tout développement futur de la common law et donc qu'elle excluait le nouveau critère de l'affaire *Morguard* (lien réel et substantiel)¹⁹⁸.

En conséquence, on a adopté, en 1994, une loi uniforme (*Court Jurisdiction and Transfert Act*) concernant la reconnaissance des jugements *canadiens et étrangers*, ayant premièrement pour but d'uniformiser les chefs de compétence directe, de façon à ce que le principe du *full faith and credit* fonctionne sur un fond de compétences communément admises par l'ensemble des provinces et États bénéficiaires et, deuxièmement, d'ajouter le critère de compétence de l'affaire *Morguard* (lien réel et substantiel (art. 3(e)). Elle prévoit aussi (art. 10) une liste très complète de

(b) the [superior court of unlimited trial jurisdiction in the enacting province or territory] would have come to a different decision on a finding of fact or law or on an exercise of discretion from the decision of the judge, court or tribunal that made the judgment

(c) a defect existed in the process or proceeding leading to the judgment » (nous soulignons).

¹⁹⁸ *844903 Ontario Ltd. c. Vander Pluijm*, (1992) 12 C.P.C. (3d) 71 [N.B. Q.B. Trial Division]; *Cardinal Couriers Ltd. c. Noyes*, (1993) 101 D.L.R. (4th) 712 [Sask. C.A.] infirmant [1992] 5 W.W.R. 673 [Sask. Q.B.].

présomptions d'existence d'un lien réel et substantiel dans diverses circonstances.

Avec cette législation, on se retrouve dans une situation se rapprochant de celle qui résulte, en Europe, des Conventions de Bruxelles et de Lugano¹⁹⁹.

Toutefois, l'article 12 de cette loi uniforme de 1994 précise qu'une loi statutaire provinciale contraire devra prévaloir sur les critères de compétence uniformisés, même si elle ne les respecte pas. Cet article peut produire un résultat contraire à l'harmonisation voulue et il ne va donc pas dans le sens du respect des principes énoncés dans l'arrêt *Morguard*.

La loi de 1994 (Partie 3) prévoit encore un audacieux système libéral, mais complexe, de transfert de procédures, codifiant les doctrines du *forum conveniens* (art. 6) et du *forum non conveniens* et permettant de commencer un procès dans une province ou dans un État et de le finir ailleurs²⁰⁰.

La loi permet notamment à un tribunal régulièrement saisi et compétent selon ses règles de compétence territoriales, de demander à un autre tribunal, qui ne serait pas compétent selon ses propres règles, de se saisir de l'action, au motif qu'il serait plus approprié que le tribunal présentant la demande (art. 14). Toutefois, le tribunal auquel la demande est faite n'est pas obligée de l'accepter, et le tribunal requérant cette demande ne garantit pas que la décision rendue à l'étranger sera reconnue, mais normalement (sauf contrariété à l'ordre public du fond ou procédural) elle le sera. Ce transfert peut être conditionnel ou à terme (art. 15) et le tribunal requérant peut modifier ces conditions. Il peut être accompagné de documents relatifs aux procédures déjà entreprises devant le tribunal requérant. Une fois le transfert accepté, les pouvoirs du tribunal requérant relatifs aux procédures déjà accomplies avant le transfert, ou pendantes à ce moment, sont limités. Ainsi, le tribunal auprès duquel le transfert a été requis peut, une fois celui-ci effectué, modifier ou annuler une

¹⁹⁹ Pour l'instant, cependant, elle n'est en vigueur qu'en Colombie-Britannique (*Enforcement of Canadian Judgments Act*, S.B.C. 1992, c. 37).

²⁰⁰ Mais la Conférence s'est inspirée à ce propos du *Uniform Transfer of Litigation Act* adopté en 1991 par son homologue des États-Unis. Voir sur ces lois uniformes G. GOLDSTEIN et J.A. TALPIS, *loc. cit.*, note 196 (texte de 1996), 126 et suiv.

ordonnance ou une injonction rendue par le tribunal requérant avant le transfert (art. 19). De plus, les procédures déjà accomplies devant le tribunal requérant, avant le transfert, ont le même effet devant le tribunal l'ayant accepté. Par ailleurs, on prévoit aussi des retours de procédures, par exemple si le terme (extinctif) du transfert est atteint ou si ses conditions ne sont plus respectées. Le tribunal ayant accepté le transfert peut modifier les termes du transfert s'il considère qu'il est juste et raisonnable de le faire, notamment si de nouvelles circonstances, non prévues par le tribunal expéditeur, se réalisent (art. 22).

Cette loi uniforme, si le destin lui est favorable, peut matérialiser une très substantielle coordination non seulement entre les provinces canadiennes, mais aussi entre pays différents. Ainsi, si de nombreux États des États-Unis l'adoptent, elle pourrait réaliser une très importante entraide judiciaire en Amérique du Nord.

ii. La coordination par le Uniform Foreign Judgments Act (projet de loi uniforme de juin 1996)

Étant donné la diversité actuelle des législations des provinces canadiennes en matière d'effet des décisions *étrangères* — le Québec ayant récemment adopté de nouvelles règles dans le Code civil et la Saskatchewan et le Nouveau-Brunswick ayant adopté des versions du *Uniform Foreign Judgments Act* —, on considère qu'il devrait être favorable au commerce international du Canada d'uniformiser ces législations. Parmi les considérations ayant poussé ce processus de réforme, on trouve aussi le problème du traitement des jugements étrangers attribuant des dommages-intérêts exorbitants. Le ministère de la Justice et la Conférence sur l'harmonisation du droit au Canada ont alors chargé quatre professeurs des provinces de common law et du Québec (dont l'auteur de ces lignes) de rédiger des rapports afin de faciliter les discussions de la conférence d'août 1996 et d'engager le processus de rédaction d'une nouvelle loi uniforme.

Il résulte de cette consultation qu'il est jugé souhaitable qu'un même litige, du même type ou entre les mêmes parties, soit traité de la même façon dans tout le Canada. Cette uniformité réduirait les coûts des créanciers cherchant à faire exécuter leur décision dans plusieurs provinces où se trouvent des biens appartenant au même débiteur et renforcerait l'idée d'un espace juridique unifié.

De plus, selon l'état actuel de la situation, en raison de l'existence de conditions de reconnaissance différentes d'une province à l'autre, des créanciers peuvent tenter des procédures dans chaque province où il existe un lien réel et substantiel entre le tribunal et la situation, notamment pour profiter des différentes règles de conflit, pour s'assurer à l'avance de l'efficacité d'un recours devant chaque cours, pour augmenter à dessein les coûts de la partie adverse ou pour maximiser leurs chances d'obtenir gain de cause. Ceci favorise le *forum shopping* et entraîne la multiplication des actions parallèles.

La future loi uniforme s'inspire de celle de 1994. Elle s'efforcera d'étendre le critère de compétence du lien réel et substantiel aux jugements *étrangers*, comme la jurisprudence majoritaire l'a déjà admis et couvrira aussi les ordonnances alimentaires.

c. La coordination volontaire par le biais du système d'exécution réciproque des ordonnances de pension alimentaire

Les jugements ordonnant le paiement d'une pension alimentaire ne sont pas qualifiés de jugements d'état au Canada. Par conséquent, on leur applique les conditions de reconnaissance similaires aux jugements personnels à caractère patrimonial, c'est-à-dire la condition qu'il s'agisse de décisions définitives²⁰¹. Cette situation limitant fortement la reconnaissance de ce type de décisions normalement susceptibles de révision (on reconnaît cependant un jugement ayant condamné à payer des arrérages de pension), la Conférence pour l'uniformisation de la législation au Canada adopta, en 1946, une loi modèle d'exécution réciproque des ordonnances alimentaires, révisée à plusieurs reprises, qui écarte cette condition. Toutes les provinces canadiennes — y compris le Québec, ce qui est exceptionnel — en ont adopté une version.

Ces lois témoignent d'une coordination poussée entre les provinces canadiennes. Elles sont néanmoins fondées sur la réciprocité. Chaque gouvernement provincial établit une liste des

²⁰¹ Voir notre texte au Juris-classeur : G. GOLDSTEIN et É. GROFFIER, *op. cit.*, note 69, n° 102 et suiv.

provinces ou des États étrangers bénéficiaires dont il s'engage à accepter les jugements en matière d'aliments.

Ces lois visent les créanciers alimentaires qui se trouvent en dehors de la province et ceux qui y résident.

Dans le premier cas, le créancier alimentaire résidant dans une autre province ou un autre État qui veut poursuivre un débiteur dans la province doit choisir entre deux voies, selon qu'il a déjà obtenu ou non un jugement condamnant ce débiteur à lui verser une pension. Dans la première hypothèse, la loi rend exécutoire le jugement émanant de l'autre province grâce à une procédure simple et peu coûteuse.

L'autorité du lieu de résidence du créancier expédie une copie du jugement au Procureur général de la province qui la transmet ensuite au tribunal du district où le défendeur a son domicile ou sa résidence. Cette copie du jugement, déposée dans les archives du greffe, produit alors les mêmes effets, quant à son exécution, que si le jugement avait été rendu par un tribunal local (mais il ne devient pas un jugement local).

Le débiteur a un mois pour s'opposer à cet enregistrement, selon les lois d'exécution réciproque, qui retiennent comme motifs d'opposition : la fraude, l'erreur, l'absence de signification de la procédure à l'une des parties et l'impossibilité d'avoir été présent ou représenté à l'audience²⁰². Dans ces deux derniers cas, l'ordonnance peut être considérée comme provisoire par le tribunal de réception qui se chargera de la confirmer ou de la modifier. De même, si les règles de compétence judiciaire de common law permettent encore de refuser l'enregistrement d'une ordonnance étrangère, celle-ci pourra, à la discrétion du tribunal de réception, être considérée comme provisoire et sera sujette à confirmation ou à modification²⁰³. En ce qui concerne les ordonnances *finales* , certaines lois d'exécution réciproque récemment adoptées admet-

²⁰² Il ne semble pas nécessaire que le tribunal d'origine qui a rendu l'ordonnance *provisoire* soit compétent comme pour rendre une ordonnance finale parce que cette ordonnance provisoire n'entraîne aucun effet avant sa confirmation par le tribunal de réception : voir J.-G. CASTEL, *op. cit.* , note 172, n° 268, p. 394; *Attorney General for Ontario c. Scott* , [1956] S.C.R. 137; *Bailey c. Bailey* , (1968) 68 D.L.R. (2d) 537 (S.C.C.).

²⁰³ Au Québec, la seule défense prévue est l'incompatibilité avec l'ordre public québécois : voir la *Loi sur l'exécution réciproque d'ordonnances alimentaires* , L.R.Q., c. E-19, art. 5.

tent une présomption simple selon laquelle le tribunal d'origine était compétent, selon sa propre loi et selon celle du tribunal de réception, et que la procédure y a été régulière²⁰⁴.

Dans l'hypothèse où le créancier extraprovincial n'a pas obtenu de jugement contre son débiteur résidant dans la province, il se rend devant le tribunal de sa résidence et fait la preuve de son état de besoin et de l'obligation du débiteur de lui verser des aliments. Le tribunal, après avoir entendu les témoins, rend une décision *provisoire* qui doit être confirmée par la Cour de la province de résidence du débiteur. Cette décision provisoire est transmise par la même voie que le jugement rendu dans la première hypothèse. Le débiteur est assigné à comparaître devant le tribunal de sa résidence qui rend un jugement qui confirme, modifie ou rejette l'ordonnance provisoire extraprovinciale²⁰⁵. Dans ce cas, le tribunal statue au fond alors que dans l'hypothèse du créancier extraprovincial ayant obtenu un jugement portant condamnation à des aliments, il s'agissait d'un simple enregistrement au greffe.

Une procédure analogue est prévue pour les créanciers alimentaires du for qui désirent faire exécuter un jugement dans une autre province ou un autre État ou qui n'ont pas eu l'occasion de poursuivre leur débiteur dans la province et qui désirent le faire ailleurs.

Le tribunal de confirmation peut modifier ou supprimer l'ordonnance finale postérieurement à son enregistrement, et ce, à certaines conditions²⁰⁶.

²⁰⁴ La première présomption découle du fait que, dans toutes les lois, le tribunal ne peut accorder d'ordonnance finale que contre quelqu'un envers lequel il est compétent. Si le débiteur quitte alors le territoire sous sa juridiction, le tribunal d'origine transférera l'ordonnance devant celui de sa résidence pour qu'il y soit enregistré afin de la faire exécuter : voir J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 172, n° 270, p. 397.

²⁰⁵ Voir ainsi, pour une modification : *Larson c. Larson*, (1992) 106 Sask. R. 257 (Q.B.).

²⁰⁶ Il peut également émettre, sur action du créancier résidant au lieu d'enregistrement, une ordonnance provisoire de modification ou de suppression, qui sera expédiée pour confirmation au tribunal du lieu de résidence du débiteur. Sur action du créancier résidant à l'étranger dans un État bénéficiaire, il peut confirmer une telle ordonnance provisoire étrangère si le débiteur réside au lieu d'enregistrement. Le tribunal d'enregistrement peut également émettre une ordonnance provisoire de modification ou de suppression de pension alimentaire sur action du débiteur résidant dans

Comme on le constate, la coordination en ce domaine est étroite au Canada.

d. La coordination provoquée par la Loi sur le divorce

Le divorce étant de compétence fédérale, la matière est unifiée au Canada. De plus, la *Loi sur le divorce*²⁰⁷ permet au tribunal compétent sur le divorce d'ordonner à une partie, à titre de mesure accessoire, provisoire ou non, de payer une *pension alimentaire* à l'autre et à leurs enfants (art. 15), et d'émettre une ordonnance de *garde d'enfant* (art. 16). En principe, la compétence du tribunal est déterminée par le lieu de la résidence habituelle de l'un des époux pendant l'année précédant l'introduction de l'instance, dans la province où le tribunal (provincial) est saisi. Cependant, pour les mesures accessoires, ainsi que pour les modifications à ces mesures (art. 17 (1)), la compétence juridictionnelle peut aussi découler de sa reconnaissance volontaire par les deux ex-époux. Il est donc possible que le tribunal saisi n'ait pas de rapport très étroit avec l'enfant dont la garde est demandée. Alors, le tribunal saisi a le pouvoir discrétionnaire de se dessaisir et de renvoyer l'affaire au tribunal d'une autre province dans laquelle l'enfant a ses principales attaches (art. 6), qu'il s'agisse d'une ordonnance de garde (art. 6(1)), de pension alimentaire (art. 6(2)) ou d'une ordonnance modificatrice de garde (art. 6(3)). Le tribunal à qui l'action est ainsi renvoyée a compétence exclusive pour décider de l'affaire (art. 6 (4)).

Cette coordination s'exprime aussi par le fait que la *Loi sur le divorce* édicte elle-même des règles de litispendance entre tribunaux canadiens provinciaux saisis de la même affaire dans des provinces différentes (art. 3 (2), 3(3), 4 (2), 4 (3), 5 (2) et 5 (3)). Le tribunal provincial saisi en premier a compétence exclusive et la seconde action est automatiquement considérée comme abandonnée. En cas de saisines simultanées, la compétence exclusive revient à la première instance de la Cour fédérale.

La loi prévoit la possibilité de procéder à l'émission d'une ordonnance modificatrice de pension alimentaire ou de garde fondée sur les prétentions d'ex-époux résidant dans des provinces

l'État ou la province d'enregistrement et l'expédier au lieu de résidence du créancier pour obtenir de nouvelles preuves.

²⁰⁷ *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e supp.) [L.R.C., c. D-3.4].

différentes, prétentions exposées par « tout moyen de télécommunication », s'ils s'entendent ainsi (art. 17.1).

La coordination est encore plus poussée en cas d'émission par défaut d'une ordonnance modificatrice, lorsque le défendeur réside dans une autre province, ne reconnaît pas la compétence conditionnelle du tribunal saisi ou lorsque les ex-époux n'acceptent pas de procéder à distance, dans le cadre de la disposition précédente. Alors, le tribunal saisi rend une ordonnance conditionnelle qui n'est exécutoire que sur confirmation par le tribunal du lieu de résidence du défendeur. Il expédie les documents pertinents au ministère de la Justice (Procureur général) de sa province qui lui-même les renvoie à celui de la province du lieu de résidence du défendeur. Celui-ci procède alors et le défendeur peut soulever tous les moyens qui auraient pu l'être devant le tribunal ayant rendu l'ordonnance conditionnelle et il est possible de lui renvoyer l'affaire pour complément de preuve ou « à toute autre fin ». Le tribunal du lieu de résidence du défendeur peut confirmer l'ordonnance telle qu'elle était ou en la modifiant, ou refuser de la confirmer. Il y a lieu ensuite à expédition au tribunal d'origine d'une copie certifiée de cette ordonnance.

Toutes ces ordonnances sont automatiquement valides dans tout le Canada et peuvent ou doivent y être enregistrées auprès des tribunaux de toutes les provinces, afin d'y être exécutées comme toutes les autres ordonnances de ces tribunaux (art. 20).

Toujours en matière de divorce, on peut noter que les provinces canadiennes de common law ont adopté la règle formulée par l'arrêt anglais *Armitage c. Attorney General*²⁰⁸, selon laquelle un divorce accordé par un tribunal étranger, alors que le mari était domicilié dans une autre juridiction étrangère (tribunal normalement incompétent à l'époque où la compétence était fondée sur le domicile du mari), fut reconnu parce que la juridiction du domicile du mari *reconnaissait* ce divorce (sorte de renvoi de compétence). L'article 3167 du *Code civil du Québec* est maintenant au même effet²⁰⁹. Comme on le remarque, la coordination en matière de divorce est considérable au Canada.

²⁰⁸ *Armitage c. Attorney General*, [1906] P. 135.

²⁰⁹ Il dispose : « Dans les actions en matière de divorce, la compétence des autorités étrangères est reconnue soit que l'un des époux avait son domicile dans l'État où la décision a été rendue, ou y résidait depuis au moins un an,

e. La coordination volontaire en matière de garde d'enfant

La coordination au Canada s'étend aussi en matière de garde d'enfant indépendante d'un jugement de divorce. En 1973, pour faciliter la reconnaissance des jugements de garde, la Conférence pour l'uniformisation de la législation du Canada a adopté une loi modèle (intitulée *Extra-Provincial Custody Orders Enforcement Act*, qui a été modifiée en 1981). Elle a été adoptée par toutes les provinces de common law et les deux territoires et, au Québec, l'article 131 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*²¹⁰ rend exécutoire une ordonnance extraprovinciale, sauf si une décision québécoise intervient sur le même sujet. Un État étranger pourrait être déclaré bénéficiaire de ces lois d'exécution réciproque.

f. La coordination volontaire en matière d'enlèvement interprovincial d'enfant

La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants a été adoptée par toutes les provinces canadiennes. Son domaine d'application couvre aussi les enlèvements interprovinciaux. En plus d'une harmonisation du contenu du droit relatif au traitement de l'enlèvement d'enfants, il s'ensuit une coordination administrative et judiciaire pour les fins de cette convention, c'est-à-dire pour permettre de situer l'enfant enlevé, pour échanger des informations à ce sujet, pour le renvoyer devant le tribunal de sa résidence habituelle et, de façon générale, pour lever les obstacles éventuels à l'application de cette législation harmonisée. L'uniformisation n'a pas été totale car le Québec, par exemple, a repris le texte dans une version proche de celle de la Convention²¹¹, mais celle-ci prévoit notamment, parmi les motifs de refus de renvoi de l'enfant, la contrariété « aux droits et libertés de la personne reconnus au Québec » (art. 22). De façon générale, les motifs de refus de renvoi de la Convention sont assez larges et

avant l'introduction de l'action, soit que les époux ont la nationalité de cet État, soit que la décision serait reconnue dans l'un de ces États. » (nous soulignons). Sur la validité de cet article, voir : *Droit de la famille - 2054*, [1997] R.J.Q. 1124 (C.S.) confirmé par J.E. 98-1237 (C.A.).

²¹⁰ L.R.Q., c. P-34.1.

²¹¹ *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q., c. A-20.1.

permettent un certain pouvoir discrétionnaire, qui n'est pas favorable à l'uniformisation.

Conclusion. L'évaluation des résultats obtenus en matière d'uniformisation ou de rapprochement des droits au Canada

Comment évaluer les résultats de ces méthodes? Il n'existe pas de formule scientifique pour mesurer ce succès, ni d'échelle de valeur. On peut néanmoins objectivement distinguer trois dimensions à l'uniformisation, envisagée comme un processus dynamique²¹² : uniformisation *ratione materiae*, géographique (*ratione loci*) et *ratione temporis*, qui se présentent *a priori* comme autant de critères d'évaluation « scientifique ».

A. Uniformisation matière par matière (*ratione materiae*)

On peut généralement distinguer entre *matières de tradition* et *matières d'affaires*, les premières étant moins sujettes à l'uniformisation car les besoins sont moins pressants que pour les matières dites « d'affaires » (celles touchant plus le commerce). Ceci permet effectivement d'expliquer qu'au Canada, où ces matières tombent pour la plus grande partie sous la compétence législative provinciale (le divorce mis à part), l'unification a toujours été plus difficile en matière de pur droit privé, où s'exerce pleinement les divergences de conceptions entre le droit civil et la common law²¹³, qu'en droit commercial — matières en bonne partie de compétence fédérale de toute façon —, où l'on trouve déjà un terrain plus propice étant donné la similitude des deux traditions (en raison de l'existence d'une économie commune au sein d'un même pays, malgré des divergences assez importantes entre les provinces). Au Canada, le principe de la diversité des compétences législatives, profondément enraciné dans la Constitution par

²¹² Voir J.H.A. VAN LOON, *loc. cit.*, note 59, 1140 et 1141.

²¹³ Le droit privé de common law est quand même resté assez uniforme, malgré des divergences ponctuelles plus temporelles que matérielles. Par exemple, les provinces canadiennes de common law reconnaissent des droits et des obligations étendus aux « conjoints de fait », aux « *common law spouses* », comme des obligations alimentaires, alors que le droit civil québécois y est plus réfractaire, afin de promouvoir le mariage traditionnel.

le contexte historique et matérialisé par leur partage, accentue donc cette distinction naturelle.

B. Uniformisation progressive géographique (*ratione loci*)

On a fait remarquer que l'uniformisation réussie passe souvent par une période transitoire de familiarisation d'un système avec les concepts étrangers ou destinés à être uniformisés : il faut une période plus ou moins longue d'éducation mutuelle ou de développement de concepts communs²¹⁴.

Ceci explique qu'au Canada, l'uniformisation est beaucoup plus développée entre les provinces de common law qu'entre elles et le Québec. De toute façon, cette optique résulte aussi d'un choix réaliste : on a plutôt cherché ce qui était possible et dans cette optique, le droit québécois est resté de son côté. Mais même au sein des systèmes de common law, il existe des zones d'influence, se matérialisant par des aires géographiques d'uniformisation législative, et donc par un manque global d'uniformisation entre ces zones. L'Ontario, précurseur, influence rapidement ses provinces voisines, la Saskatchewan, puis le Manitoba (la législation récente en matière de sûreté mobilière sans dépossession en est un bon exemple). Un autre bloc dynamique comprend les provinces de l'Ouest : la Colombie-Britannique et l'Alberta ont souvent des législations jumelles, et les Territoires du Nord-Ouest et le Yukon, autrefois rattachés administrativement à ces provinces, adoptent ensuite la même législation. De même, les provinces de l'Est (la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve et l'Île-du-Prince-Édouard, appelées les *Maritimes*) se suivent et s'influencent mutuellement, avec souvent un décalage par rapport au Centre et aux provinces de l'Ouest. La situation géographique du Québec, formant une sorte de barrière naturelle culturelle entre lui et le reste du Canada anglais, explique peut-être ce retard, qui diminue avec le temps en raison de l'accélération de la diffusion des informations.

²¹⁴ Voir J.H.A. VAN LOON, *loc. cit.*, note 59, 1145.

C. Uniformisation sujette à l'adaptation dans le temps (*ratione temporis*)

La dimension temporelle de l'uniformisation est l'un de ses aspects les plus difficiles à contrôler.

D'abord, comme toute législation, la loi uniforme nécessite une adaptation aux circonstances variant dans le temps. Or, ceci a pour fâcheuse conséquence que l'uniformisation est constamment remise en question par les modifications et les amendements que la loi uniforme subit. Dans la mesure où le droit uniformisé n'est pas d'application directe et immédiate dans les systèmes juridiques où elle a été intégrée, l'adoption des amendements et des nouvelles versions se fait cas par cas, système par système, selon les instruments et les rythmes locaux. Ainsi, l'on constate l'existence parallèle de variations nombreuses et de versions différentes d'une même loi uniforme dans diverses provinces canadiennes.

De plus, les besoins changeant avec le temps, on constate que le choix des matières sujettes à uniformisation varie aussi. Néanmoins, le droit international privé et le droit du commerce sont restés des domaines privilégiés de ce point de vue. Ceci explique que l'on suive de plus en plus au Canada le calendrier de la Conférence de La Haye, ainsi que le rôle croissant de pionnier joué en ce domaine par le ministère fédéral de la Justice. De même, le caractère moderne du droit international privé québécois pourrait mener les provinces de common law à s'en inspirer, au moins sur certains points.

Au terme de ce rapide survol impressionniste du Canada, aucune évaluation précise n'en résulte clairement. Complétons donc cette évaluation par un résumé des résultats, méthode par méthode.

1- De façon générale, au plan des résultats, l'*unification* du droit interne existe au Canada dans les domaines soumis au gouvernement fédéral, ce qui est considérable. Nous ne devons également pas oublier que le gouvernement fédéral dispose toujours de moyens constitutionnels de *substituer* du droit unifié aux divers droits provinciaux (par le pouvoir d'empiétement, par les théories du pouvoir accessoire, de l'urgence et de l'intérêt national, ou encore en occupant un champ de compétence concurrente). Pour le reste, l'uniformisation est assez difficile à obtenir

au même moment, dans les domaines soumis aux droits provinciaux. Néanmoins, le phénomène de la *réception* des droits statutaires d'une province à l'autre, les démarches canadiennes en matière de conventions internationales portant loi uniforme, ainsi que la vocation universelle de la common law canadienne, favorisée par la Cour suprême du Canada, sont des éléments allant nettement dans le sens de l'uniformisation²¹⁵. De plus, si l'on examine l'évolution du droit sur une plus longue période, les différences essentiellement législatives entre les lois des provinces de common law s'estompent. À court terme, il faut harmoniser et coordonner. De toute façon, la *coexistence* des droits est inscrite dans la Constitution, étant donné les multiples dimensions que prend la diversité juridique au Canada.

2- L'*harmonisation*, qui n'est pas imposée par la Constitution canadienne, connaît quelques succès, en raison des facteurs constitutionnels (pouvoir fédéral de dépenser et menace du gouvernement fédéral d'occuper un champ de compétence partagé) et, parfois, grâce aux travaux de la Conférence sur l'harmonisation des droits, dont les résultats sont très en-deçà de ce que l'on pourrait en tirer, pour de multiples raisons que nous avons déjà envisagées. Récemment, on s'est efforcé d'améliorer les résultats des travaux de la Conférence sur l'harmonisation du droit de plusieurs façons : en améliorant l'organisation du travail, notamment en choisissant des sujets dans des domaines limités, touchant les intérêts internationaux, commerciaux, d'intérêt national et le droit international privé²¹⁶ ; en augmentant les subventions et la représentation du Barreau à la Conférence; en améliorant le *marketing* de ses travaux en publiant le texte des lois uniformes avec des commentaires (il existe aussi un répertoire sur feuilles mobiles des lois uniformes, constamment tenu à jour)²¹⁷ et en essayant de développer un intérêt politique pour les résultats de la Conférence²¹⁸. En dépit de son succès limité, personne ne songe à la supprimer. Elle reste vue comme l'élément

²¹⁵ Bien que la Convention de Vienne de 1980 ne s'applique pas entre les provinces, rappelons-le.

²¹⁶ V. HUGHES, *loc. cit.*, note 22, 89.

²¹⁷ *Id.*, 89.

²¹⁸ *Id.*

essentiel de l'harmonisation du droit au Canada dont on veut s'efforcer d'améliorer les résultats et la portée²¹⁹.

De plus, plusieurs propositions ont été émises. Le professeur Waters a suggéré l'établissement d'un *Canadian Law Institute*, similaire à l'*American Law Institute*. Il s'agirait d'un petit groupe de professeurs, de praticiens et de juges, qui chapeauteraient les commissions de réforme provinciales et leur assigneraient des travaux de recherche²²⁰. On a aussi proposé la création d'une commission *nationale* sur l'harmonisation du droit, travaillant sur des sujets déterminés par des ententes fédérales-provinciales entre ministres chargés du domaine pertinent. Cette commission se chargerait elle-même des recherches ou les déléguerait aux commissions provinciales de réforme du droit²²¹.

3- La *coordination* — ou l'harmonisation au plan des résultats — est assez poussée. Son instrument essentiel, le droit international privé, moderne, avance naturellement en ce sens. De plus, le ministère fédéral de la Justice favorise grandement cette tendance et, surtout, la Cour suprême du Canada a entrepris une véritable croisade (à coloration fédéraliste) dans deux arrêts de principe, soit les affaires *Morguard* et *Hunt*. Elle a déclaré inconstitutionnelle une loi de Terre-Neuve nationalisant des biens situés dans cette province en prolongeant ainsi des contrats énergétiques très favorables au Québec. Dans la même optique, elle a déclaré inapplicable par les tribunaux de la Colombie-Britannique la loi québécoise empêchant de divulguer certains renseignements économiques en dehors de la province, en insistant sur les liens logiques entre la structure fédérale du Canada, impliquant l'existence d'un marché commun depuis au moins 1867, et l'obligation constitutionnelle de donner *full faith and credit* aux décisions canadiennes respectant une norme de compétence juridictionnelle que l'on s'efforce d'harmoniser par une loi modèle. Cette poussée harmonisatrice très puissante oblige actuellement toutes les provinces — y compris le Québec en raison de la valeur constitutionnelle des principes affirmés dans ces décisions — à repenser profondément leur droit international privé, instrument essentiel de la coordination.

²¹⁹ *Id.*, 90.

²²⁰ W.H. HURLBURT, *loc. cit.*, note 35, 416.

²²¹ *Id.*, 417.

Toutefois, en dépit de ces multiples constatations, aucun de ces éclairages partiels ne permet d'évaluation précise, en définitive, notamment parce que le résultat des méthodes employées ne dépend pas uniquement de ces méthodes. Pour parvenir à un degré significatif d'uniformisation, il faut une volonté politique et pas seulement les moyens d'une politique²²².

Il est donc difficile de comparer le destin historique et politique de différents États. La volonté politique d'un ensemble d'États souverains, formellement structurés depuis longtemps (pour certains du moins), décidant de plein gré de former un bloc socio-économique comme l'Union européenne, malgré leurs grandes diversités culturelles et économiques, ne peut se comparer à celle qui préside à la destinée de trois peuples — dont deux ont été soumis par une conquête militaire — politiquement fusionnés en un État fédéral centralisé depuis plus de 100 ans, actuellement en partie axée vers une décentralisation des pouvoirs, pour éviter l'indépendance d'une de ses composantes majeures, tout ceci dans une ambiance de croisade fédéraliste instillée par sa Cour suprême.

Finalement, si le Canada voulait profiter de l'expérience européenne, il devrait sans doute, comme le soutenait feu l'ancien Premier ministre du Québec Robert Bourassa, étudier sa structure souple et accommodante vis-à-vis des diversités culturelles, tout en accentuant l'aspect économique. Mais on peut avancer que si l'Union européenne respecte cette diversité culturelle, c'est parce qu'elle n'en est pas encore à un stade où celle-ci serait menacée, ni même peut-être encore concernée.

À ce propos, si l'Europe voulait apprendre de l'expérience canadienne, elle pourrait méditer sur les conséquences politiques d'un amalgame compact de peuples culturellement très divers. Qui, sans le bénéfice d'un inventaire, souhaiterait accepter sans remord l'héritage canadien de conflits constitutionnels?

²²² *Id.*, 416.