

Les Cahiers de droit



Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois

Sylvette Guillemard, Alain Prujiner et Frédérique Sabourin

Volume 36, numéro 4, 1995

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043363ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043363ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Guillemard, S., Prujiner, A. & Sabourin, F. (1995). Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois. *Les Cahiers de droit*, 36(4), 913–951. <https://doi.org/10.7202/043363ar>

Résumé de l'article

L'article 3135 du *Code civil du Québec* codifie un principe issu de la common law, le *forum non conveniens*. Cette théorie permet exceptionnellement à un tribunal, saisi d'un litige international, de décliner sa compétence dans certaines circonstances.

Ce nouveau pouvoir discrétionnaire accordé aux juges québécois semble poser de nombreux problèmes d'application. Les auteurs constatent que depuis deux ans les plaideurs l'invoquent fréquemment et que les magistrats ont de la difficulté à en établir les balises.

Après un rappel des sources historiques et du développement moderne du *forum non conveniens*, les auteurs analysent les récentes affaires québécoises où l'exception de l'article 3135 du *Code civil du Québec* a été discutée. Notant une contradiction entre les termes mêmes de la disposition et l'application qui en est faite, les auteurs estiment que cette vague jurisprudentielle met en péril la mise en œuvre du Livre X consacré au droit international privé. Ils soumettent donc des conditions pour encadrer strictement cette exception.

Si l'article 3135 du *Code civil du Québec* continuait à être appliqué de façon aussi laxiste que c'est le cas actuellement, les auteurs croient que seule une intervention du législateur pourrait mettre fin à cette dérive.

Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois[†]

Sylvette GUILLEMARD*

Alain PRUJNER**

Frédérique SABOURIN***

L'article 3135 du Code civil du Québec codifie un principe issu de la common law, le forum non conveniens. Cette théorie permet exceptionnellement à un tribunal, saisi d'un litige international, de décliner sa compétence dans certaines circonstances.

Ce nouveau pouvoir discrétionnaire accordé aux juges québécois semble poser de nombreux problèmes d'application. Les auteurs constatent que depuis deux ans les plaideurs l'invoquent fréquemment et que les magistrats ont de la difficulté à en établir les balises.

Après un rappel des sources historiques et du développement moderne du forum non conveniens, les auteurs analysent les récentes affaires québécoises où l'exception de l'article 3135 du Code civil du Québec a été discutée. Notant une contradiction entre les termes mêmes de la disposition et l'application qui en est faite, les auteurs estiment que cette vague jurisprudentielle met en péril la mise en œuvre du Livre X consacré au droit international privé. Ils soumettent donc des conditions pour encadrer strictement cette exception.

Si l'article 3135 du Code civil du Québec continuait à être appliqué de façon aussi laxiste que c'est le cas actuellement, les auteurs croient que seule une intervention du législateur pourrait mettre fin à cette dérive.

[†] Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent pas le ministère de la Justice ni le gouvernement du Québec.

* Avocate ; chargée de cours, Faculté de droit, Université Laval.

** Professeur, Faculté de droit, Université Laval ; directeur de l'Institut québécois des hautes études internationales ; conseiller en loi chez Joli-Coeur, Lacasse.

*** Avocate, Direction générale des affaires juridiques et législatives, ministère de la Justice du Québec.

Section 3135 of the Civil Code of Québec codifies a principle of common law, the forum non conveniens. Sometimes, according to this theory, a judge, in an international litigation, may exceptionally decline jurisdiction.

Many difficulties arise from this new discretionary power given to the quebecer judges. The authors note that since the 1st of January 1994, attorneys plead it frequently and that judges use it without many limits.

The authors review the historical sources and the new development of the forum non conveniens and then, analyze the case where section 3135 has been invoked. They see a contradiction between the words of the provision and its application and believe that such a jurisprudence could jeopardize the implementation of the Book Ten of the Civil Code. So, they put forward some ways to strictly apply the exception.

The authors also suggest a legislative intervention if section 3135 would continue to be applied in the same way as it is now.

	Pages
1. L'origine de la théorie du <i>forum non conveniens</i>.....	915
1.1 Le droit écossais.....	916
1.2 Le droit anglais.....	918
1.3 Le droit américain.....	920
2. Le <i>forum non conveniens</i> au Canada anglais	923
3. L'introduction du <i>forum non conveniens</i> au Québec	926
3.1 La situation avant le 1 ^{er} janvier 1994.....	926
3.2 La situation depuis le 1 ^{er} janvier 1994.....	928
4. Les premiers jugements rendus sur l'article 3135 du <i>Code civil du Québec</i>	930
4.1 La compétence des tribunaux québécois.....	931
4.2 Un cas exceptionnel.....	933
4.3 À la demande d'une partie	934
4.4 Un forum étranger plus approprié	935
4.4.1 Le lieu de résidence ou du domicile des parties.....	936
4.4.1.1 Résidence ou domicile du défendeur au Québec.....	936
4.4.1.2 Résidence ou domicile du demandeur au Québec.....	938
4.4.2 Le lieu de résidence des témoins, leur disponibilité et la situation des éléments de preuve.....	939
4.4.3 Le lieu de formation et d'exécution du contrat qui donne lieu à la demande.....	940
4.4.4 L'existence et le contenu d'une autre action intentée à l'étranger et le progrès déjà effectué dans la poursuite de cette action	941

	<i>Pages</i>
4.4.5 La situation des biens	944
4.4.6 La loi applicable au litige	944
4.4.7 L'avantage dont jouit la partie qui a choisi le for.....	945
4.4.8 L'intérêt de la justice.....	946
4.4.9 Autres éléments	946
5. Les critères du <i>forum non conveniens</i> en procédure civile québécoise	947

Le nouveau *Code civil du Québec* accorde une importance nouvelle au droit international privé dont les règles étaient antérieurement surtout jurisprudentielles. Parmi les nouveaux articles, peu ont suscité autant de difficultés que l'article 3135 qui introduit la possibilité qu'un tribunal québécois décline sa compétence dans un litige international en invoquant des raisons d'opportunité, suivant un principe élaboré par les juridictions de common law, baptisé *forum non conveniens*. Plus de 20 décisions en traitent, sur la cinquantaine de jugements rapportés en droit international privé depuis l'entrée en vigueur du Code. Pourtant, cet article avait peu retenu jusqu'à présent l'attention des commentateurs. Il nous a donc semblé opportun d'essayer de faire le point sur la question, d'autant plus que les orientations jurisprudentielles risquent d'avoir une influence fort importante sur l'ensemble de la mise en œuvre du Livre X consacré au droit international privé et que les juges semblent eux-mêmes souhaiter pouvoir bénéficier de plus d'études sur le sujet.

Dans un premier temps, nous avons estimé utile de rappeler comment le *forum non conveniens* est apparu et les grandes lignes de son évolution en common law. Ensuite, nous proposons une analyse des conditions de son introduction en droit québécois et des hésitations jurisprudentielles actuelles. Pour finir, nous soumettons un mode d'interprétation de l'article 3135 qui vise à en établir mieux l'influence en droit québécois.

1. L'origine de la théorie du *forum non conveniens*

Bien qu'elle ne remonte pas à la nuit des temps, ni même au droit romain semble-t-il¹, malgré sa dénomination, l'origine de la théorie du *forum non conveniens*, désignée précisément en ces termes ou autrement, est assez obscure. Un point semble sûr : elle est de création anglo-saxonne, ce qui ne

1. P. MEYER, « The Jurisdiction of the Courts as Affected by the Doctrine of *Forum Non Conveniens* », (1964) 24 *R. du B.* 565, 567.

signifie pas, comme nous le verrons plus loin, qu'elle est purement issue de la common law.

Plusieurs ordres juridiques se disputent la paternité de la doctrine, en particulier le droit écossais et le droit américain. Nous examinerons également la position du droit anglais.

1.1 Le droit écossais

Certains auteurs trouvent dans le droit écossais la création de la théorie du *forum non conveniens* et sa généralisation. Ce droit a été fortement marqué par le droit français après le ^{xiv}^e siècle. Herzog l'explique de la façon suivante :

Des facultés de droit adéquates faisant défaut en Écosse à l'époque, de nombreux étudiants écossais poursuivaient leurs études juridiques en France (surtout, paraît-il, à Orléans) [...] En conséquence de quoi, la procédure civile écossaise a puisé son inspiration largement dans la procédure romano-germanique et non dans la procédure de *common law*².

Rappelons très brièvement que selon le droit français, en théorie, les tribunaux français ne sont pas compétents pour entendre des litiges entre étrangers, aucune discrétion n'étant accordée aux juges. Les tribunaux n'ont donc eu aucun besoin de développer des exceptions prétorienne pour restreindre au maximum leur compétence. S'ils ont pu ou ont dû créer des dérogations aux principes, c'est plutôt pour l'augmenter. À l'inverse, en Angleterre, les étrangers ont librement accès aux tribunaux. Si ceux-ci ont dû parfois exercer une certaine discrétion, c'est pour restreindre leur compétence et rendre les tribunaux moins accessibles aux étrangers.

En matière de compétence, le droit écossais, à l'instar du droit français, suit la règle générale du droit romain *actor sequitur forum rei*, selon laquelle le défendeur doit être poursuivi devant le tribunal de son domicile, sauf pour une action réelle, où le tribunal compétent est celui du *situs* du bien. En droit anglais, la compétence est fondée sur l'assignation : « personal service is first attempted, and the jurisdiction of the court then flows from the fact of service. In principle, if a transient defendant is found on English soil and can be personally served, jurisdiction exists ; if such service is impossible, then, in principle, jurisdiction cannot be exercised³. »

En Écosse, où le principe romain était suivi, l'influence de la common law anglaise s'est fait sentir et, en particulier, la signification personnelle

2. P. HERZOG, « La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain : un aperçu », (1976) *R.C.D.I.P.* 1, 2.

3. P. MEYER, *loc. cit.*, note 1, 569.

comme chef de compétence. Toutefois, les tribunaux écossais étaient très réticents à ouvrir leurs portes aux débats entre étrangers et ont assorti le principe de common law de conditions, comme la nécessité d'un délai minimal de résidence sur le territoire pour que l'assignation personnelle puisse donner compétence au tribunal écossais.

Comme le fait remarquer Meyer :

But to civilian eyes, the English principle must have seemed extraordinary, for the accidental presence of the debtor was surely no reason for passing judgment on him. Some doctrine had to be formulated as a necessary consequence of the so-called « transient » rule of jurisdiction. The « transient » rule, at least in Scotland, represented a departure from the earlier rules that the court where suit is instituted should be either that of the defendant's domicile or of the place where the cause of action has arisen⁴.

On peut par conséquent penser que l'élaboration d'une théorie visant à décliner compétence a pris naissance dans l'affrontement entre ces deux règles inconciliables ayant également cours en Écosse : l'une, anglaise, fondée sur le *forum arresti* et le *forum contractus*, chefs de compétence passablement accidentels et éphémères (*transient*) et l'autre, civiliste, où seuls sont admis comme facteurs de compétence le domicile ou le lieu où la cause d'action a pris naissance.

En Écosse, la première expression employée au XVIII^e siècle par les tribunaux écossais, *forum non competens*, a servi aussi bien en cas d'absence de compétence que dans les cas où le tribunal, ayant pourtant techniquement bien compétence, préfère la décliner, estimant plus opportun pour la bonne administration de la justice que l'affaire soit portée devant un autre forum. C'est à la fin du XIX^e siècle que la doctrine a été nommée *forum non conveniens*, expression qui correspond mieux à son contenu.

Le pouvoir de décliner compétence donné aux tribunaux écossais, s'il est discrétionnaire, n'est pas arbitraire mais délimité par un certain nombre de critères : « tout d'abord, une action doit être possible ailleurs compte tenu de la situation des parties, de la disponibilité des témoins et autres moyens de preuve, de l'importance de la loi étrangère éventuellement applicable et de la difficulté de la connaître ; ensuite une procédure en Écosse doit être oppressive et vexatoire pour le défendeur⁵ ». Le seul fait de la commodité n'est pas pertinent et celui de la litispendance, s'il peut être important, n'entraîne pas automatiquement application de la doctrine.

La cause moderne la plus célèbre en la matière est *La Société du gaz de Paris c. La Société anonyme de navigation « Les Armateurs*

4. *Id.*, 572.

5. P. HERZOG, *loc. cit.*, note 2, 4.

français »⁶, entendue par la Chambre des lords. Dans cette affaire, un transporteur français poursuivait un armateur français pour dommages devant un tribunal écossais. La compétence de celui-ci était fondée sur le lieu de saisie des biens du défendeur. Lord Summer précise : « The object, under the words «*forum non conveniens*», is to find that forum which is the more suitable for the ends of justice, and is preferable because pursuit of the litigation in that forum is more likely to secure those ends⁷. » C'est depuis cette décision que le critère « procédure abusive » a cédé la place à celui de « forum le plus approprié ».

1.2 Le droit anglais

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les tribunaux anglais sont compétents chaque fois qu'il est possible de signifier l'assignation au défendeur en Angleterre. Autrement dit, la seule présence, même accidentelle ou éphémère, du défendeur en sol anglais donne compétence aux tribunaux. Cela explique pourquoi les tribunaux anglais ont mis au point un système « correcteur » à ce principe très large qui pouvait parfois être vexatoire pour le défendeur. Le pouvoir inhérent des tribunaux d'écarter certaines actions est l'un des piliers du système judiciaire anglais. Comme l'a fait remarquer la Chambre des lords dans *Johnson c. Taylor Bros. and Co.*⁸ et ainsi que le rapporte Meyer, « the proper mode of exercising jurisdiction conferred on a court may be that the court should decline to exercise its power⁹ » !

Selon Meyer, la doctrine du *forum non conveniens* — innommée à cette époque — a été appliquée en Angleterre dès le xvii^e siècle et principalement dans les matières subissant l'influence du droit civil, soit le divorce et l'amirauté.

Suivant l'exemple écossais, les tribunaux anglais ont énoncé les critères à examiner lorsqu'un défendeur leur demande de se déclarer *forum non conveniens* : la litispendance, le caractère abusif de la procédure, le fait que le défendeur pourrait trouver justice dans le pays étranger¹⁰, l'applicabilité d'un droit autre que le droit anglais¹¹, une clause d'élection de for hors

6. *La Société du gaz de Paris c. La Société anonyme de navigation « Les Armateurs français »*, (1926) Sess. Cas. (H.L.) 13.

7. *Id.*, 22.

8. *Johnson c. Taylor Bros. and Co.*, [1920] A.C. 144.

9. P. MEYER, *loc. cit.*, note 1, 576.

10. *Oppenheimer v. Louis Rosenthal & Co.*, (1937) 1 All E.R. 23 (Court of Appeal).

11. *Re Kernot (An Infant)*, (1965) Ch. 217 ; *Re T. (Infants)*, [1968] 3 W.L.R. 430 (Court of Appeal).

d'Angleterre¹². En outre, et cela semble le principal facteur, les tribunaux se demandent si le défendeur éprouverait une grande difficulté à se défendre devant les tribunaux locaux¹³.

Les tribunaux anglais avaient une nette tendance à accorder une très grande importance au choix fait par le demandeur, présomption « acceptée autrefois sur la base du sentiment de supériorité des Anglais quant à leurs institutions judiciaires¹⁴ ». En fin de compte, jusqu'à récemment, les tribunaux anglais n'acceptaient de décliner leur compétence que lorsque le défendeur prouvait que le choix fait par le demandeur était vexatoire et abusif. En 1984, la Chambre des lords a définitivement mis de côté l'exigence du caractère vexatoire et a décidé que les tribunaux devaient seulement rechercher le forum le plus approprié pour les fins de la justice, en analysant la balance des avantages et des inconvénients¹⁵. Ainsi, en ce qui concerne le *forum non conveniens*, il y a maintenant similitude entre le droit écossais et le droit anglais :

The essential change in the attitude of the English courts to pending or prospective litigation in foreign jurisdictions that has been achieved step-by-step during the last 10 years as a result of the successive decisions of this House in *The Atlantic Star* [...] *MacShannon* [...] and *Amin Rasheed* [...] is that judicial chauvinism has been replaced by judicial comity to an extent which I think the time is now ripe to acknowledge frankly is, in the field of law with which this appeal is concerned, indistinguishable from the Scottish legal of *forum non conveniens*¹⁶.

Après analyse de *The Abidin Daver*, Paul Normandin synthétise parfaitement la position anglaise contemporaine :

En résumé, selon la common law en Angleterre, la doctrine du « forum non conveniens » est maintenant pleinement admise, et le défendeur anglais a donc droit, avant défense, de demander au tribunal d'exercer sommairement son pouvoir inhérent de forcer le demandeur à le poursuivre dans le forum naturel du litige¹⁷, si celui-ci n'est pas en Angleterre, à moins que le demandeur, qui en a le fardeau, ne puisse prouver des avantages légitimes et substantiels dont il serait privé s'il ne pouvait procéder en Angleterre. Et alors, le tribunal doit peser les avantages et inconvénients de part et d'autre et déterminer la juridiction la plus appropriée aux fins de la justice¹⁸.

12. *The Fehmarn*, [1957] 1 W.L.R. 815 (Probate, Etc., Division).

13. *Re Norton's Settlement*, (1908) 1 Ch. 471.

14. P. NORMANDIN, « Les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure et la doctrine *forum non conveniens* », (1987) 47 R. du B. 469, 476.

15. *Abidin Daver*, [1984] 2 W.L.R. 196 (House of Lords).

16. *Id.*, 203 (lord Diplock).

17. « By « the natural forum », I mean that with which the action has the most real and substantial connection », a dit lord Reid dans *Abidin Daver*, précité, note 15, 207.

18. P. NORMANDIN, *loc. cit.*, note 14, 478.

Trois ans plus tard, dans le jugement *Spiliada*, la Chambre des lords réaffirme l'importance du « forum naturel »¹⁹. Dans cette affaire, le défendeur, une compagnie de Colombie-Britannique, a contesté la saisine du tribunal anglais par le demandeur libérien. Le défendeur a échoué et le tribunal s'est déclaré *forum conveniens*. Pour ce faire, la Chambre des lords a considéré que les critères à évaluer pour pouvoir se déclarer *forum conveniens* étaient les mêmes que ceux qui sont applicables au *forum non conveniens*.

1.3 Le droit américain

Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, les règles de compétence des tribunaux américains sont assez floues et peu strictement établies. C'est en 1878 que la Cour suprême des États-Unis fixe les bases de la compétence des tribunaux en des règles semblables à celles qui ont cours en Angleterre, notamment en ce qui concerne les actions *in personam*, l'assignation en personne du défendeur faite sur le territoire de l'État où le procès est intenté²⁰. En principe, « [e]n ce qui concerne les personnes morales, elles sont censées être présentes dans les États où elles exercent des activités suffisamment continues, même si elles n'ont pas leur établissement principal ou leur siège social dans ces États²¹ ».

Sans critères uniformes et sans fondements très systématiques, jusqu'au début du XX^e siècle, les tribunaux ont parfois décliné leur compétence lorsque les défendeurs étaient des non-résidents²². D'ailleurs, la possibilité de décliner sa compétence était, pour certains, douteuse sur le plan constitutionnel, en raison du quatorzième amendement de la Constitution « ordonnant que les citoyens de chaque État aient droit aux mêmes privilèges dans tous les États que les citoyens de cet État²³ ».

En 1929, l'avocat Paxton Blair introduit l'expression latine employée en droit écossais et en recommande l'application, ne serait-ce que pour « dégorger » les rôles des tribunaux, encombrés par des litiges ayant peu ou pas de liens avec eux²⁴. Blair réfute en outre les arguments portant sur une éventuelle inconstitutionnalité du *forum non conveniens*. À partir de ce moment,

19. *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] A. C. 460.

20. *Pennoy v. Neff*, 95 U.S. 174 (1878).

21. P. HERZOG, *loc. cit.*, note 2, 9.

22. Voir, par exemple, *Gardner v. Thomas*, 14 Johns. 134 (N.Y. Sup. Ct. 1817) et *Collard v. Beach*, 87 N.Y.S. 884 (1904).

23. P. HERZOG, *loc. cit.*, note 2, 10.

24. Voir P. BLAIR, « The Doctrine of *Forum Non Conveniens* in Anglo-American Law », (1929) 29 *Colum. L. Rev.* 1.

« les décisions appliquant [le] *forum non conveniens* se préoccupèrent non seulement de la question de savoir si une action locale serait vexatoire pour le défendeur, mais aussi, si son manque de liens avec la communauté locale paraît imposer un fardeau excessif et injustifié aux tribunaux locaux²⁵ ».

C'est en 1947, il y a donc moins de 50 ans, dans l'arrêt *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*²⁶, que la Cour suprême des États-Unis consacre et accepte définitivement la doctrine du *forum non conveniens*, en dissipant au passage tout doute quant à son inconstitutionnalité. Il faut noter que, curieusement, cette affaire

involved solely domestic elements and parties. Nevertheless, *Gilbert* became the leading case for all federal *forum non conveniens* dismissals, regardless of whether they were admiralty, domestic, or international cases. Thus, the domestically-originated doctrine, employed inter alia to avoid forum shopping by U.S. plaintiffs seeking higher damage awards and to correct exceedingly extensive or remote intra-U.S. jurisdictions, became a doctrine of international application²⁷.

La Cour suprême indique les éléments à prendre en considération lorsque le défendeur demande au tribunal de décliner sa compétence. Ils sont de deux ordres. Certains concernent directement les parties : entre autres, les possibilités d'accès aux moyens de preuve, la contraignabilité des témoins, les frais de voyage des témoins, le caractère vexatoire de l'action. Les autres critères sont liés à l'intérêt public, notamment la congestion des rôles des tribunaux, les délais imposés aux autres justiciables sur lesquels les tribunaux ont plus assurément compétence, le recours à des fors plus familiarisés avec la loi applicable au litige, la possibilité de jugements contradictoires si la cause est entendue ailleurs.

Le lieu de résidence des parties est l'un des éléments déterminants pour le tribunal. Un défendeur, personne physique, résidant dans la juridiction ne serait certainement pas autorisé à invoquer le *forum non conveniens*.

La Cour suprême abandonne le test de la simple « commodité » et oblige les tribunaux à se livrer à un « general weighing and balancing of private and public factors when determining the « most suitable » forum²⁸ ».

Pour décider de l'application de la doctrine, les tribunaux doivent considérer tous les facteurs pertinents ; ils ne peuvent, en effet, en sélectionner seulement certains, ce qui serait arbitraire. Le phare qui doit guider les

25. P. HERZOG, *loc. cit.*, note 2, 10-11.

26. *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, (1947) 330 U.S. 501.

27. A. REUS, « Judicial Discretion : A Comparative View of the Doctrine of *Forum Non Conveniens* in the United States, the United Kingdom, and Germany », (1994) 16 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 455, 462.

28. *Ibid.*

tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire est la bonne administration de la justice.

En 1981, la Cour suprême des États-Unis a approuvé la décision d'une cour de district de décliner sa compétence²⁹. La succession de citoyens écossais, décédés dans un accident d'avion en Écosse en 1976, poursuit le fabricant américain de l'appareil. À la suite de quelques transferts de juridiction, la Cour de district de Pennsylvanie rejette l'action sur la base du *forum non conveniens* parce qu'au moment de l'accident l'avion appartenait à une compagnie écossaise, les victimes étaient Écossaises et les enquêtes ont été menées par des autorités écossaises. De plus, le tribunal a établi que les demandeurs avaient opté pour les tribunaux américains pour tenter d'obtenir un montant de dommages plus élevé.

La Cour d'appel renverse le jugement de première instance, fondé sur l'analyse des critères énoncés dans *Gulf Oil c. Gilbert*. La Cour suprême rétablit le jugement de la Cour de district, « holding that the weight of public and private interests made Scotland a better forum and that no single factor of the *Gilbert* analysis, regarded alone, could be given determinative significance³⁰ ».

Il ressort de la décision de la Cour suprême plusieurs constatations importantes : c'est la première fois que la Cour applique la doctrine du *forum non conveniens* dans un litige où le demandeur est étranger ; la Cour indique que l'on ne doit pas donner plus d'importance à un facteur qu'à un autre, y compris le domicile ou la résidence ; la Cour remplace l'approche habituelle, portant sur la procédure abusive, par celle qui évalue le forum le plus approprié ; la Cour précise des balises pour réduire l'attrait qu'exercent les tribunaux américains sur les étrangers et, en particulier, pour éviter un *forum shopping* excessif.

Il semble donc que, d'un point de vue strictement chronologique, le droit écossais peut à juste titre revendiquer la paternité du *forum non conveniens*. Toutefois, il faut reconnaître que c'est dans le pays où elle est née le plus tardivement, soit les États-Unis, que la doctrine a pris le plus d'essor. L'émergence de cette discrétion judiciaire à une époque où les mouvements de biens et de personnes se sont de plus en plus internationalisés explique certainement qu'elle soit tellement invoquée. On serait tenté de parler encore une fois d'abus mais cette fois en l'appliquant aux demandes mêmes de mise en œuvre du *forum non conveniens*. Il faut dire que les cours de justice américaines sont très appréciées des demandeurs, étant donné que

29. *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, (1981) 454 U.S. 235.

30. A. REUS, *loc. cit.*, note 27, 466-467.

c'est devant elles qu'ils peuvent obtenir les montants de dommages les plus substantiels.

Il n'est donc pas non plus étonnant, devant cette profusion de demandes de recours au *forum non conveniens*, qu'il soit employé avec plus ou moins de bonheur. D'ailleurs, les auteurs américains en particulier sont sévères quant à l'application judiciaire de la doctrine, application qu'ils estiment imprévisible, non uniforme et, pour tout dire, passablement chaotique. Ils critiquent également ses effets dilatoires et discriminatoires. Il semble qu'en cette fin de xx^e siècle les juristes et législateurs américains sont tentés de freiner cette marée qui paraît plus ou moins contrôlable et à laquelle tous ont bien du mal à mettre des balises³¹.

Ainsi, par exemple, le Texas a d'abord choisi un moyen radical pour enrayer toutes les difficultés, en abolissant par voie législative l'exception du *forum non conveniens*, puis il a opté pour un encadrement législatif assez complexe³².

2. Le *forum non conveniens* au Canada anglais

Rappelons que, dans le système judiciaire britannique, les cours supérieures ont le pouvoir inhérent d'écarter les actions qu'elles jugent vexatoires ou abusives. Les cours supérieures des provinces de common law ont toujours suivi ce principe.

Pour Mark G. Peacock³³, les tribunaux ontariens ont toujours pu appliquer la doctrine du *forum non conveniens*, d'abord justement à cause de leurs pouvoirs inhérents et maintenant statutairement, depuis l'amendement, en 1984, du *Court of Justice Act*³⁴.

31. Aux États-Unis, la doctrine est à l'origine une création judiciaire fédérale. Actuellement, 32 États et le District de Colombie ont adopté soit la doctrine fédérale, soit une doctrine très proche; 4 États sont hésitants à la suivre et 4 autres ont adopté une doctrine plus restrictive. Dans 5 États, la question du *forum non conveniens* reste entière. Les tribunaux du Montana, de la Virginie-Occidentale et de Géorgie ont rejeté la doctrine. Quant à la Louisiane, elle ne semble pas constante dans l'acceptation de la doctrine. Voir D.W. ROBERTSON et P.K. SPECK, « Access to State Courts in Transnational Personal Injury Cases: *Forum non Conveniens* and Antisuit Injunctions », (1990) 68 *Texas L. Rev.* 937, 950-951.

32. Voir le *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code*, sec. 71.051 (adopté en 1993 et modifié en 1995) qui essaie de préciser les cas dans lesquels le *forum non conveniens* peut être invoqué et ceux dans lesquels il ne peut pas l'être, avec, comme exemple intéressant pour nous, l'exclusion des actions « in which it is alleged that harm was caused by exposure to asbestos fiber ».

33. M.G. PEACOCK, « Doctrine of *Forum Non Conveniens* in Ontario and Quebec: The Two Solitudes », (1987) 47 *R. du B.* 111.

34. *Court of Justice Act*, S.O. 1984, c. 11.

Toutefois, le *forum non conveniens* a été peu appliqué dans les provinces de common law. Meyer cite un jugement de 1899, *Brereton c. C.P.R. Co.*³⁵, dans lequel la Haute Cour de l'Ontario a donné droit à l'exception, en faisant « a very full statement of the doctrine *forum non conveniens* [...], citing with approval a number of English and American cases³⁶ » mais « without once referring explicitly to the Latin term *forum non conveniens*³⁷ ». Dans ce cas, le demandeur avait saisi un tribunal ontarien pour des dommages survenus au Manitoba. La Cour a estimé que, bien que l'Ontario ait juridiction, le Manitoba constituait un forum plus approprié, notamment parce que le demandeur y résidait, que le défendeur y avait son domicile et que la loi applicable, la *lex rei sitae*, était la loi manitobaine.

En 1977, la Cour suprême du Canada, saisie d'une affaire d'amirauté devant la Cour fédérale, énonce les principes généraux relatifs au *forum non conveniens*³⁸. La Cour ne mentionne pas le critère de l'action abusive ou vexatoire et pour le juge Ritchie, au nom de la majorité, « la considération primordiale qui doit guider la cour lorsqu'en exerçant son pouvoir discrétionnaire, elle refuse d'accéder à une telle requête, doit être l'existence d'un autre tribunal, plus commode et plus approprié à la poursuite de l'action et à la réalisation des fins de la justice³⁹ ».

Très récemment, le plus haut tribunal du pays a été saisi de l'affaire *Amchem*⁴⁰ dans laquelle des sociétés d'amiante ont demandé à un tribunal de Colombie-Britannique des injonctions visant à empêcher la poursuite des instances portées par des victimes d'amiantose devant un tribunal texan. Pour accorder des injonctions antipoursuites, il faut analyser la situation en deux étapes. En premier lieu, le tribunal saisi doit vérifier si le tribunal étranger est *forum conveniens* ou non. On remarque que la logique habituelle est renversée puisque « [d]ans le cas de la suspension, le tribunal interne [*sic*] décide pour lui-même s'il doit, dans les circonstances, se déclarer compétent, tandis que, dans le cas d'injonction, il tranche en fait la question au nom du tribunal étranger⁴¹ ». Après cette analyse, « si un tribunal étranger se déclare compétent pour un motif qui est incompatible avec nos règles de droit international privé et qu'il en résulte une injustice pour une partie

35. *Brereton c. C.P.R. Co.*, (1899) 29 O.R. 57.

36. P. MEYER, *loc. cit.*, note 1, 579-580.

37. *Id.*, 580.

38. *Antares Shipping Corp. c. Le Navire « Capricorn »*, [1977] 2 R.C.S. 422.

39. *Id.*, 448 (j. Ritchie).

40. *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897 (ci-après cité : « *Amchem* »).

41. *Id.*, 913 (j. Sopinka).

existante ou éventuelle devant nos tribunaux, sa décision d'exercer sa compétence est alors contraire à l'équité et il y a lieu d'empêcher le demandeur de poursuivre l'instance à l'étranger⁴² ».

Après avoir passé en revue l'historique de la doctrine, le juge Sopinka fait siens les propos d'Ellen L. Hayes qui constate que les tribunaux ontariens apportent des réponses confuses aux principales questions que soulève le *forum non conveniens* et pour qui « [l]a position canadienne relativement à la règle du *forum non conveniens* n'est pas claire. De façon générale, les tribunaux canadiens ont suivi la jurisprudence anglaise quand ils ont examiné des questions relatives à cette règle. Leur démarche particulière n'est cependant pas cohérente⁴³. »

En toute déférence, force est de constater que les explications de la Cour suprême du Canada sur la doctrine et les critères du *forum non conveniens* s'inscrivent dans la même vague d'obscurité⁴⁴. À propos de l'opportunité de la saisine du tribunal étranger, à quoi s'en tenir ? Une première fois, le juge Sopinka estime « qu'il faut établir *clairement* qu'un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu'a saisi le demandeur⁴⁵ » et, quelques pages plus loin, il affirme, à propos des deux étapes en matière d'injonction antipoursuite :

La première étape de l'analyse énoncée dans l'arrêt SNI consiste à décider si le tribunal interne est le ressort logique, c'est-à-dire celui qui a les liens les plus étroits avec l'action et les parties, selon les facteurs de rattachement pertinents. Je modifierais un peu cet énoncé pour l'adapter au critère du *forum non conveniens*. Selon ce critère, le tribunal doit décider si un autre tribunal est nettement plus approprié⁴⁶.

Il est donc difficile de pouvoir déduire des propos de la Cour si ce qui est déterminant est l'établissement de la preuve (« établir clairement ») ou la

42. *Id.*, 934 (j. Sopinka).

43. E.L. HAYES, « *Forum Non Conveniens* in England, Australia and Japan : The Allocation of Jurisdiction in Transnational Litigation », (1992) 26 *U.B.C. L. Rev.* 41, 42-43, citée dans *Amchem*, précité, note 40, 918.

44. Ajoutons que les propos de la Cour (sous la plume du juge Sopinka) sont particulièrement mal servis par la traduction française qui est souvent maladroite. Par exemple, les phrases « Il se peut que l'on ne puisse rattacher le défendeur à un seul ressort » (*Amchem*, précité, note 40, 911) ou « Souvent, il n'y a aucun tribunal qui est [*sic*] nettement le plus commode ou le plus approprié pour connaître de l'action, [*sic*] mais plusieurs représentent plutôt un choix aussi propice » (p. 912) ne sont pas très heureuses ni sur le plan de la grammaire ni sur celui de l'expression... L'emploi systématique des termes « tribunal interne » ne correspond à rien de connu en droit international privé et pourrait donner à penser à tort, par opposition, qu'il existe un tribunal international en la matière.

45. *Amchem*, précité, note 40, 921 (j. Sopinka).

46. *Id.*, 931 (j. Sopinka) ; l'italique est de nous.

pertinence de la saisine (« nettement plus approprié »). On peut conclure qu'en l'état actuel du droit au Canada depuis 1993 le critère du *forum non conveniens* est l'existence d'un autre tribunal, plus commode et plus approprié — « ressort logique⁴⁷ » — pour la poursuite de l'action et pour la réalisation des fins de la justice. La Cour, contrairement à ce que l'on trouve dans certains jugements anglais et américains, ne donne pas une liste des facteurs à évaluer à l'occasion de l'exercice. Cependant, le juge Sopinka précise : « À mon avis, aucune raison sur le plan des principes ne nous autorise à considérer la perte d'un avantage juridique comme une condition distincte plutôt que comme un facteur parmi ceux dont la cour tient compte pour déterminer le tribunal approprié⁴⁸. »

3. L'introduction du *forum non conveniens* au Québec

3.1 La situation avant le 1^{er} janvier 1994

Comme l'écrit Mark G. Peacock, « [t]he doctrine has had a tempestuous relationship with the Quebec judiciary⁴⁹ ». On trouve en effet des jugements et des textes doctrinaux favorables à l'exception, d'autres la rejetant comme totalement étrangère aux principes de droit judiciaire au Québec.

Pour Perry Meyer, les cours supérieures québécoises peuvent se déclarer *forum non conveniens* en raison de leurs pouvoirs inhérents. Or, « [t]he possession of such power involves its exercise as a duty whenever public or private interests so require. This necessarily includes the power to determine whether the doctrine of *forum non conveniens* ought to be applied in a particular case⁵⁰. » L'auteur indique neuf raisons pour lesquelles « [i]f the doctrine is accepted in England and the United States, i.e., in common law jurisdictions, then, a fortiori, it should be applied in Quebec⁵¹ ».

En 1977, le juge Mackay de la Cour supérieure accueille un moyen déclinatoire fondé sur le *forum non conveniens* en concluant : « In applying the doctrine of *forum non conveniens* I am convinced that I do not run counter either to the spirit or the word of the Code of Civil Procedure⁵². » Peu après, le juge Beauregard s'appuie sur ce jugement pour décliner la compétence de la Cour supérieure au profit de celle de la Haute Cour de l'Ontario⁵³.

47. *Id.*, 916, 931, 935 (j. Sopinka).

48. *Id.*, 919-920 (j. Sopinka).

49. M.G. PEACOCK, *loc. cit.*, note 33, 119.

50. P. MEYER, *loc. cit.*, note 1, 595-596.

51. *Id.*, 596.

52. *Dominion Jubilee Corp. c. Canadian Javelin Ltd.*, [1977] C.S. 786, 795.

53. *Dans l'affaire de Canadian Javelin Ltd. : Plam c. Sparling*, [1979] C.S. 465.

Quelques années auparavant, la Cour d'appel avait catégoriquement rejeté l'application de la doctrine au Québec. Comme le fait remarquer Ethel Groffier, le juge Deschênes, dans *Southern Pacific Co. c. M. Botner & Sons Inc.*⁵⁴, « déclara que la juridiction des tribunaux du Québec relève de critères objectifs clairement définis par la loi et qu'ils n'ont pas le droit de décliner d'exercer leur compétence au motif qu'un forum étranger conviendrait mieux, dans leur optique, à l'intérêt bien compris des parties. Le savant magistrat a en outre ajouté que ce faisant, les juges usurperaient une fonction législative⁵⁵. »

Au cours des années 70, plusieurs jugements, tant de la Cour d'appel que de la Cour supérieure, ont rejeté des demandes fondées sur le *forum non conveniens*, « le plus souvent en affirmant simplement qu'il y avait un doute sur la question de savoir si elle s'appliquait au Québec, et que, de toute façon, même si on pouvait l'appliquer, elle ne le serait pas dans le cas spécifique à l'étude⁵⁶. »

En 1986, la Cour d'appel a tranché le débat : « With the greatest respect to those who differ, I have come to the conclusion that, as the law now stands, the doctrine of *forum non conveniens* has no application in the law of Quebec. Article 68 C.P. is clear and does not give rise to the exercise of judicial discretion, however desirable this may be⁵⁷. »

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Amchem* a-t-elle renversé la situation québécoise telle qu'elle a été énoncée par la Cour d'appel dans l'affaire *Aberman* ? Nous ne le pensons pas, car nous estimons que la décision *Amchem* repose sur des principes de common law. D'ailleurs, le juge Sopinka l'écrit sans ambiguïté : « le droit canadien et celui des autres pays de common law en cette matière ont leur source dans le droit anglais [...] D'autres ressorts de common law ont accepté soit les principes énoncés dans l'arrêt *Spiliada*, soit une version antérieure de ceux-ci [...] Cet examen établit que, dans les pays de common law [...] les règles de droit sont remarquablement uniformes⁵⁸. »

À notre avis, les principes énoncés par la Cour suprême ne peuvent donc trouver application que dans des juridictions de common law. Le droit judiciaire québécois est contenu dans le *Code de procédure civile*, dont les dispositions doivent être suivies par les tribunaux sans qu'ils puissent s'en

54. *Southern Pacific Co. c. M. Botner & Sons Inc.*, [1973] R.P. 97 (C.A.).

55. E. GROFFIER, « La doctrine du *forum non conveniens* gagne-t-elle du terrain au Québec ? », (1980) 40 *R. du B.* 123, 125.

56. P. NORMANDIN, *loc. cit.*, note 14, 482.

57. *Aberman c. Solomon*, [1986] R.D.J. 385, 391 (J. Kaufman) (C.A.).

58. *Amchem*, précité, note 40, 915, 921-922 (J. Sopinka).

écarter. Au contraire de la common law, le droit civil n'est pas un *judged-made law*. Comme l'a indiqué le Conseil privé dans *Trower and Sons, Limited c. Ripstein*, le pouvoir des tribunaux au Québec

is conferred by articles of the *Code of Civil Procedure* of the Province. The Court is strictly bound by the terms of these articles. It has no general power to proceed on what might be described as the « equity » of the articles. It cannot, because in the particular case before it, it would be more convenient to apply some other rule than can be found on the true interpretation of the articles, depart from or amplify their meaning⁵⁹.

Il n'est pas question ici d'entrer dans le débat qui oppose bien des magistrats et des auteurs à savoir si les principes de common law s'appliquent à la procédure civile québécoise, sauf indication législative explicite contraire. Nous nous contenterons de constater que, d'une part, les chefs de rattachement contenus à l'article 68 du *Code de procédure civile* du Québec, qui, jusqu'en 1994, régissait tant les relations internes que les relations internationales, reprennent des principes civilo-romanistes et, d'autre part, que l'article 68 a été interprété de nombreuses fois comme d'ordre public, donc ne donnant pas lieu à interprétation discrétionnaire. Par conséquent, nous sommes d'avis que, jusqu'à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le *forum non conveniens* ne faisait pas partie du droit québécois.

3.2 La situation depuis le 1^{er} janvier 1994

Il n'y a plus aucun doute : le *forum non conveniens* fait maintenant clairement partie du droit québécois. L'article 68 du *Code de procédure civile* a été amendé de façon à transférer dans le Code civil presque⁶⁰ toutes les règles de rattachement juridictionnel en matière internationale. L'article 3135 C.c.Q. se lit comme suit : « Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige. »

Le ministre de la Justice du Québec explique ainsi l'insertion de la disposition ainsi que son champ d'application :

Cet article, de droit nouveau, codifie l'exception du *forum non conveniens*, fréquemment utilisée dans les systèmes de common law.

[...]

59. *Trower and Sons Ltd. c. Ripstein*, [1944] A.C. 254, 262 (j. Wright).

60. Contrairement à l'opinion la plus répandue, nous pensons que l'article 68 pourrait encore être invoqué dans certains litiges internationaux, car il établit un rattachement fondé sur la possession de biens au Québec par un défendeur qui n'y réside pas, règle qui n'est pas contredite par le nouveau Code civil.

Étant donné les avantages que peut présenter, en droit international privé, le *forum non conveniens*, notamment quant à l'efficacité des jugements à rendre, l'article 3135 étend également son application à toutes les autorités du Québec visées par ce titre troisième. L'article devrait faciliter l'administration de la justice en tenant compte de l'intérêt bien compris des parties.

Son application est cependant limitée à des cas exceptionnels⁶¹.

Avant l'entrée en vigueur du Code et donc l'application de l'article 3135 par les tribunaux, les professeurs Talpis et Castel commentaient la disposition en insistant sur deux de ses caractéristiques, soit que ce pouvoir discrétionnaire ne peut être exercé qu'« exceptionnellement » et « à la demande d'une partie »⁶². Ils posent les questions que soulèvent le *forum non conveniens* en général et la rédaction de l'article en particulier :

Quels sont les critères dont le tribunal doit tenir compte pour décliner sa compétence au motif qu'un tribunal étranger est « mieux à même » de trancher le litige ? Le tribunal québécois doit-il évaluer objectivement ou subjectivement l'intérêt des parties et les impératifs de la justice ? Qu'entend-on par « exceptionnellement »⁶³ ?

Ces auteurs estiment que lorsque le tribunal québécois compétent sera le *for* naturel, il n'aura pas de raison de se déclarer *forum non conveniens*. Au cas contraire, où le tribunal s'interrogerait sur l'opportunité de sa saisine, ils indiquent qu'il devra tenir compte des facteurs subjectifs pour évaluer la « commodité » du procès, par exemple le lieu où se trouvent les témoins, et des facteurs objectifs, comme « le domicile ou la résidence des parties, la loi applicable à l'acte juridique qui est l'objet du litige, etc., pour savoir s'ils ont un lien avec le Québec ou avec le tribunal étranger⁶⁴ ».

Le professeur Glenn souligne aussi les deux caractéristiques précédemment évoquées et fait un relevé de certains facteurs que le tribunal devra prendre en considération : le caractère abusif ou vexatoire du choix du *for* effectué par le demandeur, le lieu de résidence des témoins, la situation des autres éléments de preuve, le lieu de conclusion et d'exécution du contrat, si cela est pertinent, l'existence d'une action intentée devant un

61. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Code civil du Québec, commentaires du ministre de la Justice*, Montréal, DACFO, 1993, p. 1043.

62. J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, « Le Code Civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 3, Québec, PUL, 1993, p. 900.

63. *Id.*, 900-901.

64. *Id.*, 902. Dans le même sens, voir E. GROFFIER, *La réforme du droit international privé québécois, Supplément au Précis de droit international privé québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 129-131.

tribunal étranger, la situation des biens du défendeur, la loi applicable au litige, l'avantage du demandeur dans le for choisi⁶⁵.

Depuis maintenant presque deux ans, « les tribunaux québécois ont été sollicités à de nombreuses reprises afin de préciser le sens et la portée de cette nouvelle disposition⁶⁶ ». Certaines questions de droit transitoire ont été soulevées⁶⁷, mais nous ne les avons pas retenues dans la présente étude consacrée aux conditions de mise en œuvre du nouveau texte.

4. Les premiers jugements rendus sur l'article 3135 du *Code civil du Québec*

L'argument du *forum non conveniens* est invoqué assez systématiquement dans les litiges transnationaux et, malgré l'emploi des mots « à titre exceptionnel » à l'article 3135 C.c.Q., les tribunaux se sont montrés enclins à l'accepter puisque plus du tiers des jugements rendus l'ont fait⁶⁸. Quelles

65. Voir H.P. GLENN, « Droit international privé », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 62, p. 669.

66. G. DUGRÉ et S. MARTIN, « Les contrats nommés », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 85.

67. Voir dans les jugements cités *infra*, note 68, les affaires : *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*; *Banque Toronto-Dominion c. Cloutier*; *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc. et Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Gordon Capital Corp.*

68. **Décisions où le *forum non conveniens* a été admis (8) :**

— *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, [1994] R.J.Q. 2253 (C.S.);

— *Carrier c. Frigon*, J.E. 95-309 (C.Q.);

— *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, J.E. 95-765 (C.S.);

— *Droit de la famille—2032*, [1994] R.J.Q. 2218 (C.S.);

— *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Gordon Capital Corp.*, J.E. 95-1631 (C.A.); *Gordon Capital Corp. c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, J.E. 94-110 (C.S.);

— *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, [1995] R.J.Q. 213 (C.S.);

— *Lumbermen's Mutual Casualty Co. c. Midland Transport Ltd.*, J.E. 95-1794 (C.Q.);

— *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, J.E. 95-1374 (C.S.).

Décisions où le *forum non conveniens* n'a pas été admis (12) :

— *A.V.S. Technologies Inc. c. Goldstar Co.*, J.E. 95-2048 (C.S.);

— *Bern c. Bern*, J.E. 95-1375 (C.A.);

— *Bern c. Bern*, J.E. 95-957 (C.S.);

— *Banque Toronto-Dominion c. Cloutier*, [1994] R.J.Q. 386 (C.S.);

— *Droit de la famille—1995*, [1994] R.D.F. 469 (C.S.);

— *Droit de la famille—2094*, [1995] R.J.Q. 107 (C.S.) J.E. 96-392 (C.A.);

— *Droit de la famille—2223*, [1995] R.J.Q. 1792 (C.S.);

— *Lamborghini (Canada) Inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, J.E. 95-718 (C.S.);

— *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2227 (C.S.);

sont donc les conditions d'application de l'article 3135 C.c.Q. et les éléments à considérer⁶⁹ ? L'article lui-même en mentionne quatre⁷⁰ : tout d'abord, il faut qu'une autorité du Québec soit compétente ; ensuite, il doit s'agir d'un cas exceptionnel ; il faut également qu'une partie en fasse la demande ; enfin, les autorités d'un autre État doivent être mieux à même de trancher le litige. Même lorsque ces conditions sont remplies, le tribunal conserve la discrétion de décliner ou non sa compétence.

4.1 La compétence des tribunaux québécois

L'article 3135 C.c.Q. débute ainsi : « Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec [...] ». La première condition à l'admission du *forum non conveniens* est donc que les tribunaux du Québec soient compétents. Dans *Bern c. Bern*⁷¹, *Droit de la famille—2094*⁷² et *Lamborghini (Canada) Inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*⁷³, les tribunaux québécois n'étaient pas compétents : le *forum non conveniens* n'a donc pas été utilisé. Dans *Droit de la famille—1995*⁷⁴, après avoir rejeté la demande pour défaut de compétence, le juge ajoute que « s'il fallait conclure que la Cour supérieure du Québec a compétence pour connaître de la requête du requérant, le tribunal n'hésiterait pas à appliquer la disposition de l'article 3135 C.c.Q. ».

— *Morissette c. Entreprises de systèmes Fujitsu du Canada Inc.*, [1994] R.J.Q. 976 (C.S.) ;

— *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1994] R.J.Q. 2966 (C.S.) ;

— *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, [1995] R.J.Q. 2222 (C.S.).

Décisions où le *forum non conveniens* n'a pas été invoqué, mais où il a néanmoins été discuté (2) :

— *Droit de la famille—2054*, J.E. 94-1790 (C.A.) (j. Chamberland) ;

— *P.J. Clayman Canada Inc. c. Gibson Textile Dyers Ltd.*, J.E. 94-823 (C.S.).

69. Dans *Morissette c. Entreprises de systèmes Fujitsu du Canada Inc.*, précité, note 68, 978, le juge a considéré que « dans la présente cause, il n'y a pas lieu de décliner la compétence de la Cour supérieure du Québec au motif de la théorie du *forum non conveniens* de l'article 3135 C.c.Q. [...] Les conditions mentionnées à cet article ne se retrouvent pas dans la présente cause. » Quelles sont ces conditions ? Le juge ne le précise pas.

70. Dans *Droit de la famille—1995*, précité, note 68, 6-7, le juge estime qu'« il est assez étonnant de voir dans un article du Code civil relatif à la compétence des tribunaux, l'utilisation des mots « exceptionnellement » plutôt que d'y trouver les critères du principe du *forum non conveniens* ».

71. *Bern c. Bern*, J.E. 95-1375 (C.A.), précité, note 68.

72. *Droit de la famille—2094*, précité, note 68, *contra*, la décision de la Cour d'appel.

73. *Lamborghini (Canada) Inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, précité, note 68.

74. *Droit de la famille—1995*, précité, note 68, 6.

Dans *Lumbermen's Mutual Casualty Co. c. Midland Transport Ltd.*⁷⁵, la défenderesse avait une place d'affaires au Québec, mais rien dans le dossier ne concernait son activité au Québec, contrairement à l'exigence de l'article 3148, 2° C.c.Q. De plus, l'argument de la demanderesse selon lequel les dommages subis l'avaient été au Québec, parce qu'elle était une compagnie faisant aussi affaires au Québec, n'a pas convaincu le juge quant à la compétence fondée sur l'article 3148, 3° C.c.Q. Cependant, malgré l'absence de preuve relative à leur compétence, le juge ajoute que les tribunaux du Nouveau-Brunswick ou de Terre-Neuve seraient mieux à même de trancher le litige. Le *forum non conveniens* a donc été appliqué à tort, puisque les tribunaux du Québec n'étaient pas compétents.

D'autres décisions semblent vouloir mettre de côté des chefs de compétence retenus par le législateur québécois. Ainsi, dans *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*⁷⁶, le fait qu'avant le 1^{er} janvier 1994 le tribunal du Québec n'aurait pas été compétent pour entendre la présente action a été évoqué pour admettre le *forum non conveniens*.

Dans *P.J. Clayman Canada Inc. c. Gibson Textile Dyers Ltd.*⁷⁷, la défenderesse alléguait l'absence de compétence des tribunaux québécois pour entendre une action en dommages. Malgré le fait que la défenderesse soit domiciliée en Ontario, qu'elle n'ait pas d'établissement au Québec, que le contrat soit intervenu en Ontario et que le travail ait été effectué en Ontario, le préjudice a été subi par la demanderesse au Québec qui y est domiciliée. Cela est suffisant pour donner compétence aux tribunaux québécois en vertu de l'article 3148, 3° C.c.Q. Le juge semble cependant penser que la défenderesse aurait eu plus de succès en invoquant le *forum non conveniens*. Il précise d'ailleurs qu'on ne lui a pas demandé de se pencher sur cette question et que, même s'il rejette la requête en exception déclinatoire, il réserve les droits du défendeur d'invoquer le *forum non conveniens*.

En faisant jouer largement le *forum non conveniens*, ces décisions limitent la portée de l'intervention du législateur dans des cas où son objectif est manifestement d'élargir l'accès aux tribunaux : dans les actions en responsabilité extracontractuelle, où il suffit que le fait générateur, la faute ou le préjudice soient survenus ou aient été subis au Québec pour donner compétence aux autorités du Québec⁷⁸, et dans les actions fondées sur un contrat d'assurance où le domicile ou la résidence au Québec du titulaire, de

75. *Lumbermen's Mutual Casualty Co. c. Midland Transport Ltd.*, précité, note 68.

76. *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68.

77. *P.J. Clayman Canada Inc. c. Gibson Textile Dyers Ltd.*, précité, note 68.

78. *Lumbermen's Mutual Casualty Co. c. Midland Transport Ltd.*, précité, note 68 ; *P.J. Clayman Canada Inc. c. Gibson Textile Dyers Ltd.*, précité, note 68.

l'assuré ou du bénéficiaire suffit pour fonder la compétence des autorités du Québec⁷⁹. Plusieurs décisions ont également remis en question la compétence traditionnelle des tribunaux fondée sur le domicile ou la résidence du défendeur⁸⁰.

4.2 Un cas exceptionnel

Comment déterminer qu'il s'agit d'un cas exceptionnel pour répondre à la deuxième condition du Code ? Dans *Bern c. Bern*⁸¹, le juge indique que « no significant and credible evidence was adduced which would justify the court to exceptionally... decline jurisdiction ».

Le ministre de la Justice s'exprime ainsi dans les commentaires relatifs à l'article 3135 C.c.Q.⁸² :

Pourraient donner ouverture à ces cas exceptionnels, les considérations suivantes : la disponibilité des témoins, l'absence de familiarité de l'autorité appelée à trancher le litige avec le droit applicable, la faiblesse du rattachement du litige à cette autorité, le litige se trouvant en relation beaucoup plus étroite avec les autorités d'un autre État.

Loin de constituer des cas exceptionnels, les exemples cités par le ministre sont plutôt des illustrations de cas où les autorités d'un autre État peuvent être mieux à même de trancher le litige.

Dans *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, le tribunal précise : « The Court assumes that the word «exceptionnally» was used by the legislature to require defendant to establish that another jurisdiction is clearly the more appropriate forum to hear the action⁸³. »

Dans *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*⁸⁴, le *Petit Larousse* a été cité : est « exceptionnel » ce « qui échappe à la règle »,

79. *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68.

80. *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, précité, note 68 ; *Carrier c. Frigon*, précité, note 68 ; *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Gordon Capital Corp.*, précité, note 68 ; *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68 ; *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68.

81. *Bern c. Bern*, J.E. 95-957 (C.S.), précité, note 68, 14.

82. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 61, p. 1043. Dans *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68, le juge note (p. 4) : « The comments of the Quebec Minister of Justice on art. 3135 Q.C.C. do not have the authority of the body which drafted Title III of the New Code. However, in the absence of any commentaries from such body, they are of some interest. »

83. *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68, 14-15.

84. *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*, précité, note 68, 2229.

ce qui est « inhabituel ». Certains jugements n'ont manifestement pas tenu compte de ce critère, et nous y reviendrons.

4.3 À la demande d'une partie

La troisième exigence du Code est que le *forum non conveniens* doit être demandé par une partie ; habituellement, le défendeur. Dans *Lamborghini (Canada) Inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*⁸⁵, paradoxalement, c'était le demandeur qui soulevait le *forum non conveniens*. Comme le souligne le tribunal, il « semble mal comprendre ».

Le fait que l'article 3135 C.c.Q. énonce que c'est à la demande d'une partie que l'autorité du Québec peut décliner sa compétence soulève toute la question du délai imparti pour invoquer l'exception.

Dans *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*⁸⁶, le tribunal est d'avis que le délai de rigueur édicté par les articles 161 et 163 C.p.c. n'est applicable qu'aux exceptions déclinatoires contestant la juridiction du tribunal et qu'un délai de rigueur ne saurait s'appliquer à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il ajoute

[qu'il] est davantage approprié de faire une analogie avec les exceptions de litispendance et de choses jugées prévues à l'article 165 paragraphe 1 C.P. [...] ces dernières sont motivées par des fins similaires, soit éviter la multiplicité des procès et la possibilité de jugements contradictoires. Tout comme la nouvelle exception du *forum non conveniens*, elles réalisent ultimement un objectif d'intérêt public et de protection de la stabilité du système judiciaire. Les exceptions prévues à l'article 165 paragraphe 1 C.P. n'étant soumises à aucun délai et pouvant être soulevées en tout état de cause, le Tribunal croit qu'il en est de même pour l'exception du *forum non conveniens*.

Dans *P.J. Clayman Canada Inc. c. Gibson Textile Dyers Ltd.*⁸⁷, le juge indique qu'on ne lui a pas demandé de se pencher sur la question et il a réservé les droits du défendeur de le faire.

Dans *Droit de la famille—2054*, le défendeur demandait le sursis des procédures au Québec au motif de litispendance. Or, la demande était prématurée, la compétence du tribunal québécois devant être décidée en tout premier lieu. En première instance, présumant que les deux tribunaux sont compétents, le tribunal s'aventure à s'interroger s'il devrait alors décliner sa compétence en faveur du tribunal étranger suivant l'article 3135 C.c.Q., argument qu'il rejette. La requête pour permission d'appeler a été rejetée puisque l'appelant pourra toujours contester la compétence du tribunal

85. *Lamborghini (Canada) Inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, précité, note 68, 11.

86. *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, précité, note 68, 2229.

87. *P.J. Clayman Canada Inc. c. Gibson Textile Dyers Ltd.*, précité, note 68.

québécois et, si la Cour lui donne tort, présenter sa demande de sursis, qui alors ne serait plus prématurée, ou une requête en vertu de l'article 3135 C.c.Q.

Ces décisions nous paraissent faire naître beaucoup d'insécurité juridique. D'une part, les juges suggèrent aux parties ce moyen alors même qu'elles ne le soulèvent pas. D'autre part, le *forum non conveniens* ne serait soumis à aucun délai et pourrait être soulevé en tout état de cause. Pour faire face à une évolution qu'elle juge néfaste d'une procédure, une partie pourrait invoquer en tout temps la question du *forum non conveniens*. Permettre le maintien d'une telle épée de Damoclès sur les procédures en cours ne semble pas souhaitable et nous nous rallions plutôt à l'opinion qui oblige à présenter ce moyen dans le délai de rigueur applicable aux moyens préliminaires⁸⁸.

4.4 Un forum étranger plus approprié

En ce qui concerne l'exigence que les autorités d'un autre État soient mieux à même de trancher le litige, deux jugements ont présenté de façon systématique les éléments à prendre en considération et ils sont cités à plusieurs reprises dans les autres décisions. Il s'agit de *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*⁸⁹ et de *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*⁹⁰. Les éléments qui y sont précisés sont les suivants : 1) le lieu de résidence ou du domicile des parties ; 2) le lieu de résidence des témoins, leur disponibilité et la situation des éléments de preuve ; 3) le lieu de formation et d'exécution du contrat qui donne lieu à la demande ; 4) l'existence et le contenu d'une autre action intentée à l'étranger et le progrès déjà effectué dans la poursuite de cette action ; 5) la situation des biens appartenant au débiteur ; 6) la loi applicable au litige ; 7) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi ; 8) l'intérêt de la justice.

C'est avec cette grille d'analyse que nous aborderons l'étude des jugements rendus. Nous y ajouterons un certain nombre d'autres éléments auxquels les décisions ont moins souvent recours.

88. Voir G. DUGRÉ et S. MARTIN, *loc. cit.*, note 66, 86-88.

89. *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, précité, note 68, 2255. Voir aussi *Banque Toronto-Dominion c. Marceau*, C.S. Montréal, n° 500-05-015921-933, 18 août 1994, j. Grenier, cité dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68, 220.

90. *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*, précité, note 68, 2230-2231, citant M.G. PEACOCK, *loc. cit.*, note 33, 117-118.

4.4.1 Le lieu de résidence ou du domicile des parties

Il y a lieu de distinguer ici suivant que le législateur a fondé la compétence des tribunaux québécois sur la présence au Québec de la résidence ou du domicile du défendeur (4.4.1.1) ou du demandeur (4.4.1.2).

4.4.1.1 Résidence ou domicile du défendeur au Québec

Plusieurs décisions ont considéré que le fait que le demandeur résidait ou était domicilié à l'extérieur du Québec permettait de justifier l'admission du *forum non conveniens*⁹¹ dans des matières où pourtant le domicile du défendeur dans la province fondait la compétence des tribunaux du Québec.

Dans *Carrier c. Frigon*⁹² les parties résidaient toutes deux au Québec, mais le juge a considéré pour admettre le *forum non conveniens* que les demandeurs résidaient en Floride 50 p. 100 du temps.

Dans *Gordon Capital Corp. c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*⁹³, le juge a indiqué que « si l'on fait exception du fait que La Garantie est domiciliée au Québec, aucun facteur de rattachement ne suggère que c'est le tribunal québécois qui devrait se saisir du différend ». Dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*⁹⁴, le juge a précisé « qu'à l'exception de la présence du siège social de la défenderesse à Montréal il n'y a pas, quant aux faits du litige, d'autre lien de rattachement avec le Québec ».

Malgré son ancienneté et son universalité, le domicile du défendeur au Québec n'apparaît donc pas toujours accepté comme un facteur déterminant de compétence. Dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*⁹⁵, la Cour souligne que l'article 3135 C.c.Q. ne contient pas d'exception particulière lorsque le fondement de la compétence du tribunal est basé sur le domicile du défendeur. La Cour estime même qu'il s'agit en l'espèce d'un facteur très secondaire puisque la compagnie fait affaire partout au

91. Ainsi dans *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68, le juge a considéré le siège social et la place d'affaires de la demanderesse en Ontario et de la défenderesse au Québec. Dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68, le juge a considéré le domicile de la demanderesse au Venezuela, la place d'affaires de la compagnie AMS en Colombie-Britannique et le domicile de la défenderesse au Québec. Dans *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, précité, note 68, 2255, le juge a indiqué que les défendeurs résidaient au Québec.

92. *Carrier c. Frigon*, précité, note 68.

93. *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Gordon Capital Corp.*, précité, note 68, 9.

94. *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68, 214.

95. *Ibid.*

Canada et pas seulement au Québec, lieu de son siège social. Elle ajoute que le domicile du défendeur est généralement le fondement de la compétence du tribunal en droit privé intérieur mais qu'une telle règle n'existe pas en droit international privé.

Nous ne pouvons souscrire à une telle affirmation. Le domicile du défendeur donnait compétence aux tribunaux québécois en droit international privé avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, il fonde toujours la compétence des tribunaux depuis l'entrée en vigueur du Code civil (voir les articles 3134 et 3148 C.c.Q.). Il s'agit même d'une règle universelle et permanente puisqu'elle existait dans le droit romain, le droit canonique, le droit coutumier et qu'elle est acceptée actuellement par l'ensemble des législations étrangères.

La règle est naturelle : on ne doit pas forcer un justiciable à se défendre loin de son domicile. Elle est particulièrement justifiée en matière internationale, sous peine de paraître vouloir protéger indûment ses ressortissants contre les actions judiciaires des étrangers.

Deux autres décisions ont d'ailleurs rejeté le *forum non conveniens* au motif précisément que le domicile du défendeur était le forum naturel : *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*⁹⁶ et *Gordon Capital Corp. c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, en première instance⁹⁷. Dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*⁹⁸, le juge explique ces décisions de la façon suivante : elles auraient été rendues avec à l'esprit la jurisprudence antérieure au 1^{er} janvier 1994 fondée sur l'article 68 C.p.c. qui n'est plus applicable. Comme nous l'avons indiqué, même si l'article 68 C.p.c. n'est plus applicable sur ce point, la règle est restée la même.

Toujours dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, une citation incomplète des professeurs Talpis et Castel⁹⁹ sur le for naturel est suivie de la phrase suivante : « Ainsi donc, il n'est pas possible d'importer dans le droit international privé la règle énoncée en droit intérieur quant au for naturel¹⁰⁰. »

96. *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*, précité, note 68.

97. *Gordon Capital Corp. c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, précité, note 68 ; en appel, le *forum non conveniens* a été admis. Voir également *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, précité, note 68.

98. *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68, 221.

99. J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc. cit.*, note 62, 801, 901.

100. *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 65, 222.

Cette interprétation de l'article 3155 C.c.Q. fait table rase des règles de compétence édictées par le législateur québécois : le tribunal québécois ne serait plus compétent que lorsqu'il est le plus compétent. Or, à notre avis, le fait qu'un tribunal étranger puisse être un tribunal plus approprié que le tribunal du Québec ne signifie pas automatiquement que ce dernier n'a pas un lien suffisant avec le litige pour justifier sa compétence. *A contrario*, le tribunal québécois, pour être compétent, n'a pas à être celui qui a les liens les plus étroits avec l'action et les parties.

Il faut aussi prendre en considération l'influence de la notion d'établissement dans le nouveau Code. Ainsi, dans *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*¹⁰¹, le fait que la défenderesse ait eu son siège social en Ontario, mais un établissement au Québec, qu'elle y poursuivait des activités de financement de l'entreprise et que c'est cette activité qui était en cause, conformément à l'article 3148, 2° C.c.Q., a fourni au juge un argument supplémentaire pour rejeter le *forum non conveniens*.

4.4.1.2 Résidence ou domicile du demandeur au Québec

Plus rarement le législateur donne compétence aux autorités du domicile d'une partie autre que le défendeur. Dans les matières familiales, où la résidence ou le domicile du demandeur au Québec suffit à fonder la compétence des autorités du Québec, certains jugements doutent de la solidité des liens établis avec le Québec¹⁰².

Ce n'est pas le cas dans *Droit de la famille—2223*¹⁰³. Le juge y rejette le *forum non conveniens* dans une action en séparation de corps après un examen attentif de ces liens.

La question du domicile des parties est plus obscure dans *Droit de la famille—2032*¹⁰⁴ où le juge rappelle ceci : « Les époux peuvent même avoir un domicile distinct. » Le tribunal québécois n'était pas compétent sur la demande en divorce puisque les parties n'étaient pas restées 12 mois au Québec, mais il l'était à l'égard de la séparation de corps demandée par le mari, même si les époux avaient un domicile en Belgique, puisque le mari avait sa résidence au Québec.

101. *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*, précité, note 68.

102. *Droit de la famille—2032*, précité, note 68.

103. *Droit de la famille—2223*, précité, note 68.

104. *Droit de la famille—2032*, précité, note 68.

La critique des chefs de compétence retenus par le législateur québécois est encore plus évidente dans *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*¹⁰⁵ où le juge a considéré le domicile de l'assuré en Ontario et de l'assureur en Iowa pour admettre le *forum non conveniens*. Seul le bénéficiaire était domicilié au Québec, ce qui était pourtant suffisant pour fonder la compétence des tribunaux du Québec en vertu de l'article 3150 C.c.Q. On a déjà mentionné que le juge ajoute même pour justifier sa décision que ce dernier facteur de rattachement est nouveau et, qu'avant le 1^{er} janvier 1994, il n'aurait pas pu fonder la compétence des tribunaux du Québec.

4.4.2 Le lieu de résidence des témoins, leur disponibilité et la situation des éléments de preuve

Plusieurs décisions ont considéré, pour admettre le *forum non conveniens*, le lieu de résidence des témoins et la situation des éléments de preuve à l'étranger. Dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*¹⁰⁶, l'ensemble des témoins résidaient en Colombie-Britannique. Dans *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*¹⁰⁷, l'assuré était mort en Ontario et des témoins s'y trouvaient. Dans *Carrier c. Frigon*¹⁰⁸, les témoins se trouvaient en Floride. Dans *Droit de la famille—2032*¹⁰⁹, le juge a indiqué qu'il faudra probablement que des citoyens belges se déplacent pour témoigner ici. Dans *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*¹¹⁰, le juge a pris en considération le siège social et la place d'affaires de la compagnie qui a exécuté les travaux et reçu paiement pour ceux-ci en Ontario. Dans *Lumbermen's Mutual Casualty Co. c. Midland Transport Ltd.*¹¹¹, le juge estime que les autorités soit du Nouveau-Brunswick, soit de Terre-Neuve seraient mieux à même de trancher le litige, ne serait-ce qu'en tenant compte du lieu de résidence des principaux témoins susceptibles d'éclairer la Cour sur le déroulement des faits générateurs de responsabilité et de la situation des lieux où les événements se sont déroulés.

D'autres décisions n'ont pas admis le *forum non conveniens* bien que le lieu de résidence de certains témoins et la situation des éléments de preuve se fussent trouvés à l'étranger : *Rosdev Investments Inc. c. Allstate*

105. *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68.

106. *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68.

107. *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68.

108. *Carrier c. Frigon*, précité, note 68.

109. *Droit de la famille—2032*, précité, note 68.

110. *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68.

111. *Lumbermen's Mutual Casualty Co. c. Midland Transport Ltd.*, précité, note 68.

*Insurance Co. of Canada*¹¹², *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*¹¹³ et *A.V.S. Technologies Inc. c. Goldstar Co.*¹¹⁴.

Dans cette dernière décision, le juge indique qu'il est possible et même probable que la tenue d'un procès à Montréal cause quelques inconvénients aux parties en raison de la localisation de certains éléments de preuve ou de certains témoins à l'extérieur de la province. Toutefois, tous ces arguments existent également en faveur de la demanderesse. Dans *Droit de la famille—2223*¹¹⁵, le juge a également considéré pour écarter l'application du *forum non conveniens* qu'il y aura un problème de disponibilité des témoins, que l'action soit intentée au Pérou ou au Québec. Dans *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*¹¹⁶, le juge estime enfin que le fait que plusieurs témoins résident à l'étranger pénalise davantage l'intimée que la requérante.

4.4.3 Le lieu de formation et d'exécution du contrat qui donne lieu à la demande

Certaines décisions¹¹⁷ ont retenu le lieu de formation du contrat pour décider que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige que les autorités du Québec, bien que ce chef de compétence ne soit plus admis en droit international privé québécois¹¹⁸.

112. *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*, précité, note 68.

113. *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, précité, note 68.

114. *A.V.S. Technologies Inc. c. Goldstar Co.*, précité, note 68.

115. *Droit de la famille—2223*, précité, note 68.

116. *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*, précité, note 68.

117. Dans *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68 et dans *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68, le lieu de conclusion du contrat était situé en Ontario. Dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68, il a été tenu compte du fait que la banque défenderesse avait confirmé à Vancouver la lettre de crédit délivrée à l'origine à Hong Kong, que l'acceptation du transfert de la lettre de crédit s'était faite à Vancouver, de même que la présentation des documents requis aux termes de la lettre de crédit. Dans *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Anderson Inc.*, précité, note 68, c'est Lavalin qui a souscrit au contrat d'assurance et elle a son siège social au Québec. Dans *A.V.S. Technologies Inc. c. Goldstar Co.*, précité, note 68, le lieu de formation du contrat était situé en partie à l'extérieur du Québec puisque quelques rencontres, dont celle où a été négocié le document intitulé «Partial Settlement» allégué par la demanderesse aux paragraphes 36 et suivants de sa déclaration, ont été tenues à Séoul.

118. Comparer l'article 3148 C.c.Q. avec l'article 68 C.p.c.

Le lieu d'exécution du contrat a été également pris en considération¹¹⁹. Il s'agit là d'un chef de compétence qui fonde la compétence des autorités du Québec et des autorités étrangères¹²⁰.

4.4.4 L'existence et le contenu d'une autre action intentée à l'étranger et le progrès déjà effectué dans la poursuite de cette action

Dans sept décisions, l'argumentation invoquait une autre action intentée à l'étranger¹²¹ : dans deux de celles-ci, on soulevait la question de la litispendance¹²². Trois décisions ont rejeté le *forum non conveniens*. Dans *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*¹²³, le juge indique : « Quant à la possibilité de jugement contradictoire entre le tribunal du Massachussetts et celui du Québec, [...] le Tribunal ne peut retenir cette prétention puisque les trois identités [...] ne se retrouvent pas ici. » Il ajoute :

D'abord, il n'y a aucun facteur de rattachement entre [la requérante] et les tribunaux du Massachussetts et, qui plus est, le mis en cause [...] soulève qu'en vertu de la clause de non-concurrence les tribunaux du Massachussetts n'ont pas juridiction pour entendre la demande de [l'intimée] contre lui.

119. Dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68, le paiement devait avoir lieu en Colombie-Britannique. Dans *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68, le lieu d'exécution du contrat était situé en Ontario. Dans *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Anderson Inc.*, précité, note 68, l'exécution du contrat d'assurance se ferait à Montréal. Dans *A.V.S. Technologies Inc. c. Goldstar Co.*, précité, note 68, l'action de la demanderesse mettait en question la mauvaise exécution des obligations de la défenderesse à Montréal. La défenderesse avait son siège social en Corée du Sud, mais elle poursuivait au Québec des activités de vente et de distribution de ses produits. Le tribunal du Québec était compétent suivant l'article 3148, 3^e C.c.Q.

120. Voir les articles 3148 et 3168 C.c.Q.

121. **Décisions où le *forum non conveniens* a été admis (4) :**

— *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, précité, note 68 ;

— *Droit de la famille—2032*, précité, note 68 ;

— *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Gordon Capital Corp.*, précité, note 68 ;

— *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68.

Décisions où le *forum non conveniens* n'a pas été admis (3) :

— *Banque Toronto-Dominion c. Cloutier*, précité, note 68.

— *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*, précité, note 68 ;

— *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, précité, note 68.

122. *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Gordon Capital Corp.*, précité, note 68 ; *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, précité, note 68 ; *Droit de la famille—2032*, précité, note 68. Voir aussi *Droit de la famille—2054*, précité, note 68, où la litispendance était invoquée mais non le *forum non conveniens*.

123. *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*, précité, note 68, 223.

Par conséquent, le juge rejette l'exception déclinatoire fondée sur le *forum non conveniens*.

Dans *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*¹²⁴, le juge a précisé que, au moment de la signification de l'action le 3 décembre 1993, il n'existait aucune procédure pendante à l'extérieur du Québec entre les mêmes parties. Ce n'est que le 3 janvier 1995, soit plus d'un an après l'introduction de la demande en jugement déclaratoire, que le défendeur en reprise d'instance a poursuivi la demanderesse en Alaska.

Dans *Banque Toronto-Dominion c. Cloutier*¹²⁵, le juge a considéré que l'action intentée par plusieurs investisseurs en Ontario ne sera l'objet d'un jugement final que dans plusieurs mois, sinon des années, que le jugement qui pourrait être rendu en Ontario ne mettrait pas fin au présent litige et que le risque de jugements contradictoires était nul.

Dans quatre autres décisions¹²⁶, l'existence d'une autre action a justifié l'admission du *forum non conveniens*.

Dans *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, il existait, de l'avis du juge, un danger de jugements contradictoires entre les tribunaux québécois et les tribunaux ontariens sans que la litispendance ait été invoquée.

Dans *Droit de la famille—2032*, l'action en séparation de corps intentée au Québec risquait de devenir sans objet puisque le tribunal belge était saisi de procédures de divorce¹²⁷.

Dans *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*¹²⁸, une autre action avait été intentée en Ontario par une compagnie liée à la défenderesse contre la demanderesse alléguant rupture du même contrat. Bien que la demanderesse ait projeté de demander le rejet de cette action au motif que la compagnie qui l'avait intentée n'était pas partie au contrat, le juge a fait droit au *forum non conveniens*. L'action en Ontario n'impliquait pas les mêmes parties que celle de Montréal, mais des liens évidents existaient, suivant le juge, entre les deux. De plus, l'action au Québec avait précédé celle qui avait été intentée en Ontario, mais de peu, et

124. *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, précité, note 68.

125. *Banque Toronto-Dominion c. Cloutier*, précité, note 68.

126. *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, précité, note 68; *Droit de la famille—2032*, précité, note 68; *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Gordon Capital Corp.*, précité, note 68; *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68.

127. C'est ainsi que cette décision explique celle de *Droit de la famille—2054*, précitée, note 68.

128. *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68.

cette dernière était plus avancée en ce qui concerne la procédure et avait des chances d'être entendue plus rapidement.

Dans *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Gordon Capital Corp.*¹²⁹, il existait une connexité entre les deux recours. Suivant le juge Deschamps, le *forum non conveniens* est la pratique suivie par cette cour lorsqu'il n'y a pas de litispendance parfaite.

Les liens entre litispendance et *forum non conveniens* sont ainsi précisés. C'est peut-être ce qui explique que dans certaines décisions les tribunaux ne se sont pas dessaisis, comme le voudrait l'article 3155 C.c.Q., mais qu'ils ont plutôt sursis à statuer ou ont décliné leur compétence conditionnellement¹³⁰, comme le prévoit l'article 3157 C.c.Q. Dans l'affaire *Gordon*, la Cour d'appel estime qu'il serait imprudent de rejeter l'action de l'intimée au Québec : « Qu'arriverait-il si le tribunal ontarien décidait en [sa] faveur et si, en toute théorie, [l'appelante] refusait de donner suite au jugement déclaratoire^{130a} ? »

Également, dans *Droit de la famille—2032*¹³¹, le juge indique qu'« il faut [...] éviter la possibilité ridicule où les tribunaux de chaque pays déclinent juridiction. J'ai donc l'intention, m'inspirant de l'article 3137 du *Code civil du Québec*, de prononcer un ordre de surseoir sur les procédures en séparation le temps que les tribunaux belges prennent position. » Dans *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*¹³², le juge a ordonné la suspension de la poursuite jusqu'à ce qu'un jugement final soit prononcé dans l'action intentée en Ontario. Dans *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*¹³³, bien qu'il n'y ait pas eu d'autre action pendante, la Cour a ordonné un sursis.

Dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*¹³⁴, le juge s'est élevé contre cette tendance :

Comme le présent tribunal n'est pas appelé à statuer sur un sursis qui ne semble possible que sous l'empire de l'article 3137 C.c.Q., il y a lieu de faire droit à la requête, sous réserve, quant à la partie demanderesse, de son droit d'intenter pareille poursuite en Colombie-Britannique devant le tribunal approprié.

129. *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Gordon Capital Corp.*, précité, note 68.

130. *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68.

130a. *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Gordon Capital Corp.*, précité, note 68, 9.

131. *Droit de la famille—2032*, précité, note 68, 2222.

132. *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, précité, note 68, 2256 ; dans cette dernière affaire, on cite : *National Trust c. Friedrich*, J.E. 93-1686 (C.Q.).

133. *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68.

134. *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68, 223.

4.4.5 La situation des biens

Cet élément a été considéré dans les affaires suivantes : *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*¹³⁵ (en Ontario) ; *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*¹³⁶ (le situs de la lettre de crédit : là où elle est payable, soit en Colombie-Britannique) ; *Droit de la famille—2032*¹³⁷ (en Belgique) ; et *Carrier c. Frigon*¹³⁸ (en Floride) pour admettre le *forum non conveniens*.

La situation des biens a également été prise en considération dans *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*¹³⁹ et *Banque Toronto-Dominion c. Cloutier*¹⁴⁰, mais cette fois, puisque les biens étaient au Québec, le *forum non conveniens* a été rejeté.

Il peut paraître surprenant que la situation des biens soit prise en considération alors même que l'action n'est pas réelle. C'est évidemment toute la question de l'exécution du jugement que ce critère soulève.

4.4.6 La loi applicable au litige

La question de la loi applicable au litige a été considérée dans plusieurs décisions. C'est le droit ontarien qui était applicable dans les affaires suivantes : *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*¹⁴¹, *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*¹⁴² et *Gordon Capital Corp. c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*¹⁴³. Il s'agissait du droit de la Colombie-Britannique dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*¹⁴⁴, du droit de la Floride dans *Carrier c. Frigon*¹⁴⁵, de celui de la Belgique dans *Droit de la famille—2032*¹⁴⁶, de celui de Terre-Neuve ou du Nouveau-Brunswick dans *Lumbermen's Mutual*

135. *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68.

136. *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68.

137. *Droit de la famille—2032*, précité, note 68.

138. *Carrier c. Frigon*, précité, note 68.

139. *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*, précité, note 68.

140. *Banque Toronto-Dominion c. Cloutier*, précité, note 68.

141. *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68.

142. *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68.

143. *Gordon Capital Corp. c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, précité, note 68.

144. *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68.

145. *Carrier c. Frigon*, précité, note 68.

146. Dans *Droit de la famille—2032*, précité, note 68, 2221, le juge a indiqué qu'« [a]dvenant le cas où il y aurait une dissolution du régime matrimonial, ce seront les lois belges qui s'appliqueront. Si les tribunaux québécois sont appelés à statuer sur ces questions, cela exigera premièrement des expertises sur les lois étrangères. »

*Casualty Co. c. Midland Transport Ltd.*¹⁴⁷. Dans toutes ces décisions, le *forum non conveniens* a été admis. Dans *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*¹⁴⁸, le juge a considéré le fait que le litige était régi par le droit du Québec pour rejeter le *forum non conveniens*.

Il est surprenant que l'application d'une loi étrangère par le tribunal, qui est l'essence même du droit international privé, puisse justifier un déclinatoire de compétence au profit de l'autorité dont il s'agit d'appliquer la loi. D'autant plus que le *Code civil du Québec* a introduit des dispositions de nature à faciliter la preuve du droit étranger (voir l'article 2809 C.c.Q.) et que les droits dont il était question dans les décisions rapportées n'étaient guère exotiques !

4.4.7 L'avantage dont jouit la partie qui a choisi le for

La considération de l'avantage dont jouit le demandeur dans le for choisi provient encore plus évidemment que les autres facteurs de la jurisprudence de la common law canadienne et notamment de l'arrêt *Amchem*¹⁴⁹.

Dans *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*¹⁵⁰, il n'y avait, suivant le procureur de la demanderesse lui-même, ni perte d'avantage ni création d'inconvénient, si le dossier était transmis aux tribunaux de la Colombie-Britannique, à l'exception des frais déjà engagés.

Dans *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*¹⁵¹, le juge a considéré l'intention du défendeur de ne pas invoquer la prescription ontarienne d'un an et la réduction des frais du défendeur, ses avocats se trouvant à Toronto, dans sa décision d'admettre le *forum non conveniens*. L'augmentation des frais pour le demandeur ne lui est pas apparue être une injustice.

Dans *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*¹⁵², le juge a indiqué ceci :

Le fait que les défendeurs résident au Québec et qu'ils y possèdent des biens n'est pas un facteur déterminant compte tenu des désavantages et inconvénients financiers qu'ils auraient à subir s'ils avaient à se défendre sur un autre front.

Rien ne laisse prévoir que la demanderesse subira un préjudice quelconque si l'action est instruite dans le forum le plus approprié compte tenu de toutes les circonstances.

147. *Lumbermen's Mutual Casualty Co. c. Midland Transport Ltd.*, précité, note 68.

148. *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, précité, note 68.

149. *Amchem Products Inc. c. C.-B. (W.C.B.)*, précité, note 40. Voir la note 48 et le texte correspondant.

150. *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68.

151. *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68.

152. *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, précité, note 68, 2255-2256.

Dans *Gordon Capital Corp. c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*¹⁵³, en première instance, le juge a évalué que « la doctrine du *forum non conveniens* au Québec [...] ne pourrait être invoquée devant cette Cour afin de priver la demanderesse d'un avantage juridique légitime ». La cause de la demanderesse était prescrite suivant le droit ontarien et non suivant le droit québécois. En appel, les juges ont estimé que « Gordon n'a jamais eu d'attente raisonnable qu'au cas d'un litige elle pourrait s'adresser au tribunal québécois dans le but de profiter de l'art. 2190 C.c.B.C.^{153a} ».

Dans *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*¹⁵⁴, le juge a considéré qu'il serait grandement avantageux pour les demanderesses que les tribunaux du Québec soient saisis du litige, puisqu'ils sont les mieux placés pour interpréter la loi québécoise.

4.4.8 L'intérêt de la justice

Dans *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*¹⁵⁵, le juge a indiqué que « les intérêts de la justice seraient mal servis s'il fallait permettre aux parties de multiplier les procédures inutilement ». Dans *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*¹⁵⁶, le tribunal n'a pas été convaincu que l'administration de la justice serait mieux servie s'il déclinait compétence.

4.4.9 Autres éléments

D'autres éléments ou conditions ont été examinés par les tribunaux, soit le caractère abusif ou vexatoire de la procédure¹⁵⁷, l'intérêt des enfants¹⁵⁸ ou

153. *Gordon Capital Corp. c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, précité, note 68, 24.

153.a *Id.*, 9.

154. *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, précité, note 68.

155. *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, précité, note 68, 2256. Voir aussi les affaires *Simcoe et Carrier*, précitées, note 68, qui emploient également l'expression « intérêt de la justice ».

156. *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*, précité, note 68.

157. Dans *United Color & Chemicals International Inc. c. Carmichael Ltd.*, précité, note 68, le juge a considéré que le fait de saisir les tribunaux québécois ne présentait aucun caractère abusif ou vexatoire. Dans *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, précité, note 68, le juge a considéré qu'en commençant des procédures le 3 janvier 1995 en Alaska, soit plus d'un an après que l'action en jugement déclaratoire a été introduite, le défendeur en reprise d'instance semble tenter de soutirer à la Cour supérieure les questions litigieuses dont elle est déjà légalement et légitimement saisie. Il mentionne également que l'action au Québec n'est ni abusive ni vexatoire et n'a pas été introduite dans le but d'échapper à la juridiction d'un tribunal de l'Alaska.

158. *Droit de la famille—2223*, précité, note 68.

l'intérêt légitime de la famille¹⁵⁹, le lieu de résidence des avocats du défendeur¹⁶⁰, la nécessité d'une procédure en exemplification à l'étranger¹⁶¹, la preuve de la compétence des tribunaux étrangers¹⁶², le contexte fédéral¹⁶³.

5. Les critères du *forum non conveniens* en procédure civile québécoise

L'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois provoque donc plus de difficultés que le législateur ne l'avait probablement pensé. L'abondance aussi soudaine de contestations sur ce point montre bien l'étendue des risques encourus, l'article 3135 du Code pouvant être transmuté de règle d'exception en fondement de la compétence internationale des tribunaux québécois.

Depuis qu'elle existe, la doctrine du *forum non conveniens* a donné lieu à de multiples difficultés de mise en œuvre dans les pays qui l'utilisent. Il n'est donc pas étonnant que des problèmes identiques surgissent lors de son apparition en droit québécois. Il serait cependant utile d'essayer de tenir compte des déboires vécus ailleurs pour éviter de les reproduire.

La principale critique faite à un pouvoir général d'évaluation de l'opportunité de sa propre saisine donné au tribunal par le *forum non conveniens* est l'insécurité et l'imprévisibilité qu'il engendre. Devant l'incertitude de l'exercice effectif d'une compétence judiciaire indéniable, les parties sont obligées de protéger leurs droits en multipliant les procédures ; il n'est donc pas rare qu'un même litige donne lieu maintenant à plusieurs poursuites simultanées aux États-Unis — pour limiter les risques de désistement de for de certains tribunaux. C'est ainsi que, par un remarquable effet boomerang, la doctrine du *forum non conveniens* contribue à l'encombrement des rôles des tribunaux alors qu'elle a été invoquée pour les dégager.

159. *Droit de la famille*—2054, précité, note 68.

160. *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68 ; *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*, précité, note 68.

161. *Droit de la famille*—2032, précité, note 68.

162. *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills Canada Ltd.*, précité, note 68 ; *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, précité, note 68 ; *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, précité, note 68.

163. Dans *Banque Toronto-Dominion c. Arsenault*, précité, note 68, le juge a indiqué (p. 2255) : « il ne faut pas perdre de vue que les considérations qui sous-tendent les règles de courtoisie font également appel à des impératifs de commodité et de nécessité, et que ces règles s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les membres d'un État fédéral qu'entre des pays étrangers ». Voir aussi *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, précité, note 68.

D'un autre point de vue, l'ouverture généralisée d'une contestation de l'opportunité de l'exercice de sa juridiction par un tribunal alourdit les procédures et retarde les débats sur le fond. Comme la décision sur la compétence risque d'avoir des effets importants sur le fond même de la contestation (puisque une bonne partie des demandes rejetées sont abandonnées plutôt que reprises ailleurs)¹⁶⁴, l'envergure des débats sur les avantages et inconvénients du for saisi mobilise beaucoup de temps, de ressources et d'énergie de la part des parties.

Cela explique que, depuis quelques années, dans les pays soumis à ce régime jurisprudentiel, les législateurs sont plutôt intervenus pour limiter ou éliminer les possibilités de *forum non conveniens*. Au Québec, nous avons fait l'inverse, en prenant cependant la précaution de limiter cette éventualité à des « cas exceptionnels ». Malheureusement, il ne semble pas que cela ait été toujours bien compris. Il faut dire que les commentaires du ministre de la Justice sur ce point ont probablement contribué à la confusion.

Or, il est très important de maintenir ce caractère exceptionnel, sous peine d'affaiblir gravement l'ensemble des règles de rattachement juridictionnel du Code, tout en important les graves inconvénients vécus ailleurs.

La difficulté principale est donc de définir l'exception. Les considérations mentionnées dans les commentaires du ministre ne suffisent manifestement pas à fournir des critères sur ce plan. Certaines considérations sont même contestables, comme « l'absence de familiarité de l'autorité appelée à trancher le litige avec le droit applicable » qui menace la logique de l'ensemble du titre *Du droit international privé*. Si les tribunaux devaient rejeter d'emblée les cas d'application du droit étranger désignés par les règles de rattachement du Code civil, cela constituerait une régression juridique assez ahurissante en cette période d'internationalisation des rapports de droit. Par ailleurs, les questions de « disponibilité des témoins » relèvent plus de pré-occupations des parties et le juge ne paraît pas particulièrement mieux placé que le demandeur pour évaluer ce genre de difficultés. Reste la « faiblesse du rattachement du litige à cette autorité, le litige se trouvant en relation beaucoup plus étroite avec les autorités d'un autre État ».

Cet énoncé correspond à la raison d'être du *forum non conveniens* plus qu'à un critère de sa mise en œuvre. Pris tel quel, il pourrait même conduire à une interprétation extensive fondée sur la comparaison des rattachements

164. Voir D.W. ROBERTSON, « *Forum Non Conveniens* in America and England: A Rather Fantastic Fiction », (1987) 103 *Cour. Q. Rev.* 398-403. Selon une enquête, sur 180 cas rejetés pour *forum non conveniens* devant les tribunaux fédéraux américains, aucun — ou presque — n'a été présenté devant un autre tribunal.

juridictionnels¹⁶⁵ — ce qui n'a plus rien d'exceptionnel. Et c'est alors l'ensemble des règles adoptées par le législateur qui est directement menacé.

En effet, le codificateur a adopté dans certains cas pour politique de faciliter l'accès aux tribunaux à certaines parties dans certaines actions. Par exemple, il entend clairement protéger le droit d'accès aux tribunaux du Québec des consommateurs et des travailleurs domiciliés ou résidant au Québec, au point d'enlever tout effet à une renonciation à cette compétence¹⁶⁶. Comment un tribunal pourrait-il décider de leur enlever ce droit d'action au nom du *forum non conveniens*? De la même manière, l'article 3150 du Code civil veut donner un accès privilégié aux personnes résidant au Québec en matière d'assurance¹⁶⁷.

Il est certain que, si l'on ajoute à ces facteurs de rattachement juridictionnel un critère de « relations plus étroites » avec les autorités d'un autre État, c'est l'application même de la règle dans son principe qui est menacée, et l'exception qui deviendra la règle.

C'est ce qui s'est produit dans certaines des premières décisions rendues. C'est clairement le cas en matière d'assurance par exemple, avec le raisonnement suivi dans *Czajka c. Life Investors Insurance Co. Of America*¹⁶⁸. À partir des arguments retenus, il est difficile d'imaginer une situation dans laquelle une personne domiciliée au Québec pourrait mettre en œuvre la compétence conférée aux tribunaux en faveur des bénéficiaires d'assurance. C'est donc bien la règle même qui est alors écartée.

Pour sauvegarder l'application du Code, il faut donc que la jurisprudence adopte une définition de l'exception qui assure le respect des politiques législatives. Plusieurs jugements font état de cette nécessité d'adopter un critère clair pour guider les tribunaux sur cette question.

Pour ce faire, il serait possible de s'appuyer sur la jurisprudence de common law, en reprenant les exigences adoptées antérieurement, en Angleterre par exemple, du caractère « vexatoire et abusif » du choix des demandeurs. Il est certain qu'alors la charge de la preuve pour obtenir un rejet de l'action sera telle que cela deviendra vraiment exceptionnel. Cette perspective a été évoquée dans certains jugements.

165. Telle est la première approche proposée par la doctrine. Voir J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc. cit.*, note 62, et H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 65.

166. C.c.Q., art. 3149.

167. Voir *supra*, section 4.1, les autres exemples donnés sur la compétence des tribunaux québécois.

168. *Supra*, note 68.

Cette voie ne semble pourtant pas la mieux adaptée à la situation juridique du Québec. Tout d'abord, il s'agit d'une règle élaborée dans un contexte de common law et qui ne répond pas à la logique d'un droit codifié. De plus, elle a été généralement abandonnée, tant en Angleterre qu'en common law canadienne, ce qui n'en facilite pas la mise en œuvre.

Nous proposons donc de procéder d'une autre manière plus appropriée à un contexte juridique codifié. L'article 3135 du Code fournit même une partie de la réponse car il fait de l'exigence « que les autorités d'un autre État [soient] mieux à même de trancher le litige » une condition nécessaire mais non suffisante pour un déclinatoire de compétence. Le seul fait que les tribunaux d'un autre État soient mieux placés à l'égard d'un litige donné n'a rien d'exceptionnel et se présente chaque fois que le Québec n'est pas le for naturel de litige. Décliner sa compétence sur cette seule base ignore donc l'exigence du Code « exceptionnellement ». Il reste à préciser les conditions de cette exception.

Première proposition : la jurisprudence doit veiller au respect de chacune des règles attributives de juridiction du Code civil. La situation des tribunaux québécois est, sur ce point, très différente de celle des juges de common law qui doivent évoluer dans un univers beaucoup moins réglementé. Lorsque le législateur entend privilégier l'accès aux tribunaux québécois dans certaines actions, les juges sont tenus de respecter cette volonté.

Seconde proposition : le caractère exceptionnel de la règle de l'article 3135 exige la présence de circonstances qui permettent d'écarter un rattachement prévu par le Code sans en détruire le principe. Ce n'est donc pas une évaluation *in abstracto* de la faiblesse ou de l'importance de la relation entre le litige et le tribunal qui doit être prise en considération, mais le fait que le rattachement du litige au Québec est tellement faible, même du point de vue de la politique juridictionnelle du Code, qu'il est justifié de l'écarter au profit de la relation « beaucoup plus étroite » en faveur d'une autre juridiction.

Dans ces conditions, il devient possible de réconcilier la logique du Code et celle de l'article 3135 C.c.Q. Le tribunal s'assure alors que ce sont des circonstances vraiment « exceptionnelles » qui entraînent la mise à l'écart d'un rattachement dont l'application normale n'est pas menacée par cette décision.

L'avantage de l'adoption d'une telle ligne de conduite serait certainement de diminuer fortement la propension à recourir à cette manœuvre procédurale dans de nombreux litiges et d'augmenter d'autant la fiabilité juridictionnelle des tribunaux québécois.

Il faudrait certainement aussi que ce débat ne puisse être soulevé qu'*in limine litis*, pour que les doutes sur ce point soient dissipés le plus rapidement possible¹⁶⁹.

Dans cette optique, il serait important d'établir l'intangibilité des clauses d'élection du for au Québec. Rien de pire ne peut se produire quant à un choix ferme de soumission aux tribunaux du Québec dans un contrat que de devoir faire face aux aléas d'un débat sur l'opportunité de leur juridiction, d'autant que ces mêmes tribunaux n'ont aucune marge d'appréciation de même nature par rapport à une élection de for en faveur d'un tribunal étranger¹⁷⁰. L'article 3135 C.c.Q. devrait respecter autant l'autonomie des parties dans le domaine juridictionnel que l'article 3082 C.c.Q. le fait dans le champ normatif.

Les inconvénients, très graves et réels, de l'implantation d'une approche laxiste du *forum non conveniens* par simple appréciation des avantages comparés des divers fors possibles sont tels qu'il faudrait conseiller au législateur de refermer complètement la porte imprudemment ouverte dans l'article 3135 C.c.Q. si la jurisprudence ne parvenait pas, au cours des prochaines années, à en restreindre efficacement la portée. L'analyse des avantages et inconvénients sur ce point des divers systèmes juridictionnels conduit en effet à préférer se passer de cet instrument si l'on ne peut pas en limiter l'application aux saisines vraiment pathologiques.

En conclusion, l'adoption du nouvel article 3135 du nouveau Code civil illustre bien les difficultés de mixité d'approches de droit codifié et de common law. L'idée d'introduire un certain contrôle du bien-fondé de la saisine judiciaire dans un contexte codifié peut être inspirée de l'expérience faite en ce sens en common law, mais elle ne doit pas conduire à une importation indistincte de toute une théorisation construite dans un contexte juridique entièrement différent. Sinon, ce sont les justiciables qui devront subir le contre-coup d'un mélange maladroît de techniques incompatibles.

169. Voir *supra*, p. 934.

170. C.c.Q., art. 3148 *in fine*.