

# Quelques commentaires sur le rapport de l'Office de révision du Code civil sur le droit international privé

Edith Deleury and Alain Prujiner

Volume 18, Number 2-3, 1977

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042166ar>  
DOI: <https://doi.org/10.7202/042166ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)  
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Deleury, E. & Prujiner, A. (1977). Quelques commentaires sur le rapport de l'Office de révision du Code civil sur le droit international privé. *Les Cahiers de droit*, 18(2-3), 233–263. <https://doi.org/10.7202/042166ar>

Article abstract

This comment of the "Report on Private International Law" prepared by the Private International Law Committee of the Civil Code Revision Office is in answer to the Committee's request for voiced reactions to its project. The comments follow the draft's order and constitute, after a short survey, a series of remarks and suggestions for improvement.

# Quelques commentaires sur le rapport de l'Office de revision du Code civil sur le droit international privé

Edith DELEURY et Alain PRUJINER\*

*This comment of the "Report on Private International Law" prepared by the Private International Law Committee of the Civil Code Revision Office is in answer to the Committee's request for voiced reactions to its project. The comments follow the draft's order and constitute, after a short survey, a series of remarks and suggestions for improvement.*

	<i>Pages</i>
<b>Introduction</b> .....	234
<b>I — Remarques générales</b> .....	235
A — Un tout homogène .....	235
B — Un droit vraiment international par son esprit, un souci de l'uniformité et une législation qui se veut à la fois précise et souple .....	236
C — Une nomenclature qui manque un peu d'harmonie et des réaménagements nécessaires .....	237
<b>II — Les principes généraux</b> .....	238
A — De l'application des lois .....	238
B — De l'interprétation et de la mise en œuvre des règles de conflit .....	239
<b>III — Les conflits de lois</b> .....	241
A — Le statut personnel .....	241
1 — état et capacité des personnes physiques .....	241
2 — les personnes morales .....	248
B — Les actes juridiques .....	248
1 — la forme des actes juridiques .....	248
2 — le fond des actes juridiques .....	248
C — Les faits juridiques .....	250
D — Le régime des biens .....	252
1 — le statut réel « ut singuli » .....	252
2 — les successions .....	255
<b>IV — Les conflits de juridictions</b> .....	255
A — Les actions personnelles à caractère patrimonial .....	256
B — Les actions personnelles relatives à l'état des personnes .....	257

\* Professeurs, Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
V — La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers .....	258
A — Les principes généraux .....	259
B — La procédure d'« exequatur » et la preuve .....	260
C — Les décisions étrangères relatives à l'état et la capacité .....	261
VI — La procédure .....	262
VII — Les immunités de juridiction .....	263

---

## INTRODUCTION

L'Office de révision du *Code civil*, dans son rapport sur le droit international privé<sup>1</sup>, nous propose toute une série d'articles destinés à faire partie d'un titre spécial du *Code civil* couvrant à la fois les conflits de lois et les conflits de juridictions. Il s'agit donc, pour reprendre les termes du président et rapporteur du Comité, non pas d'une simple révision, mais d'une véritable codification du droit international privé du Québec<sup>2</sup> encore que certaines règles, nous le verrons, nous semblent dépasser quelque peu le cadre strictement provincial pour empiéter ou revêtir des dimensions qu'on pourrait qualifier de canadiennes.

La nécessité d'une telle codification n'est guère discutable et l'on ne peut qu'applaudir à l'objectif que s'est fixé le Comité et au travail qui a été accompli en ce sens. En effet, les quelques dispositions éparses contenues au *Code civil*<sup>3</sup> et au *Code de procédure civile*<sup>4</sup> ne répondent plus, de toute évidence, aux nécessités du commerce international, entendu ici au sens de relations entre particuliers ressortissants de pays étrangers<sup>5</sup>. Par ailleurs et au-delà de l'ouverture des frontières à laquelle nous faisons allusion précédemment<sup>6</sup>, le contexte dans lequel nous nous situons, c'est-à-dire l'existence et la réalité de la confédération canadienne qui juxtapose et amalgame deux systèmes juridiques dont les valeurs et les traditions diffèrent, est un autre facteur qui milite en faveur de cette codification, sans compter, évidemment, le phénomène d'immigration<sup>7</sup>.

1. Ci-après désigné Rapport.

2. *Rapport*, pp. 4 et 6.

3. De fait, ce sont les articles 6, 7 et 8 du Code civil qui constituent le corps essentiel de nos règles de droit international privé. *Cf.*, également les articles 27, 135, 348a, 349, 1220, 2189 à 2191 du même Code.

4. *Cf.*, arts. 130, alinéa 2, 132, 135, 137, 178 à 180 C.p.c.

5. Ce qui participe d'ailleurs de la définition même du droit international privé.

6. D'où l'effort systématique d'unification du droit international privé sur le plan international et la multiplication des traités.

7. Nous pensons ici aux liens qu'ont pu maintenir avec leurs pays d'origine les ressortissants étrangers établis au Québec et non pas à leur condition juridique en tant qu'étrangers au pays.

Au-delà de l'objectif, cependant, il convient d'examiner les principes qui nous sont proposés et les règles qui y sont sous-jacentes. Il n'est pas de notre propos et il serait prétentieux d'entreprendre une étude exhaustive du Rapport. Nous nous limiterons donc aux lignes directrices pour en commenter ensuite les différentes composantes. Pour ce faire et pour des raisons de commodité, nous adopterons le plan qui a été suivi par le Comité.

Quelques remarques générales tout d'abord.

### I — Remarques générales

#### A) UN TOUT HOMOGENÈME

La codification qui nous est proposée se veut et se présente comme un tout homogène puisque dans ce seul et même titre on se trouve à couvrir à la fois les conflits de lois et les conflits de juridictions, y compris la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, la procédure et les immunités de juridiction.

Si le mot tout peut faire sursauter certains puristes, notamment ceux pour qui le domaine du droit international privé se limite aux conflits de lois<sup>8</sup> ou encore ceux qui, au contraire, y incluent outre les conflits de juridictions, la nationalité et la condition des étrangers<sup>9</sup>, sans compter aussi la notion de domicile<sup>10</sup>, nous nous accordons quant à nous avec le choix et la nomenclature établie par le Comité : rendons à César ce qui appartient à César, c'est-à-dire le domicile au droit de personnes et sans possibilité de discussion, puisque c'est là un domaine qui ressortit à la compétence du Parlement fédéral, comme tout ce qui touche à la naturalisation<sup>11</sup>. Là où par contre se situe le paradoxe encore que nous

8. Cette théorie dite restrictive et qui a prévalu surtout en Allemagne, s'appuie sur la structure de la théorie générale des conflits de lois, sur leur particularisme sur le terrain des sources, de la nature des règles de conflit et de la méthode adoptée. Nonobstant les analogies et l'interdépendance entre les conflits de lois et les conflits de juridictions, l'exclusion de ces derniers se justifierait, outre la différence de nature qui existe entre les règles qui les gouvernent, par le caractère essentiellement politique de ces dernières qui s'oppose au caractère juridique des règles de conflit de lois. Cf., P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., par Y. Loussouarn, Paris-Dalloz, 1962, pp. 5 et seq.

9. C'est notamment la position du droit français. Cf., Henri BATIFFOL, *Droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J. 1970, t. 1, pp. 4 à 7.

10. Ceci correspond à la tradition qui prévaut dans les pays anglo-saxons. Cf., J.-G. CASTEL, *Canadian Conflict of laws*, Butterworth, Toronto 1975, p. 6 et JOHNSON, *The Conflict of laws with special reference to the Province of Quebec*, 2<sup>e</sup> ed., Wilson & Lafleur, Montréal, 1962, p. 59 et seq.

11. Cf., article 91, par. 25 de l'*A.A.N.B.*

concevions l'inhérence de la difficulté à légiférer d'une manière cohérente dans un État confédéré, c'est lorsque le Comité nous propose un certain nombre de règles de conflits qui empiètent nettement sur la compétence législative fédérale : cohérence donc, mais aussi problème de constitutionnalité. C'est ainsi que nous nous interrogeons sérieusement sur le caractère *intra-vires* des dispositions qui touchent, sinon au mariage<sup>12</sup>, tout au moins au divorce<sup>13</sup>, sans compter les règles relatives au *situs* de certains biens, comme les effets négociables, les brevets, marques de commerce, dessins industriels et droits d'auteur<sup>14</sup> et aux immunités diplomatiques et consulaires<sup>15</sup>. Soulignons cependant que ce faisant, l'Office de révision du Code civil reste fidèle à la ligne de conduite qu'il s'est fixé en regard de l'ensemble de la réforme du droit<sup>16</sup> et que certaines des dispositions précitées ne font que reprendre sinon reproduire des règles déjà incorporées dans des lois fédérales. Il n'en reste pas moins que sur le plan d'une éventuelle application pour ne pas parler de leur adoption, la difficulté subsiste et qu'il faudra compter avec certaines susceptibilités.

**B) UN DROIT VRAIMENT INTERNATIONAL PAR SON ESPRIT, UN SOUCI DE L'UNIFORMITÉ ET UNE LÉGISLATION QUI SE VEUT À LA FOIS PRÉCISE ET SOUPLE**

Dans la mesure où ici, le législateur doit faire œuvre de coordination, c'est-à-dire articuler ou pour reprendre une formule chère à Wolff, faire vivre ensemble des systèmes de droit différents, il convenait, dans l'élaboration de cette codification, d'éviter les formules rigides qui ne peuvent que nuire à la dynamique même et à toute construction positive dans ce domaine du droit. C'est ce qu'a fait le Comité et c'est avec prudence que là où notre jurisprudence se montre hésitante et là même où elle est inexistante, il a fait appel aux solutions du droit comparé, puisqu'on a laissé marge à l'interprétation judiciaire. On s'est gardé également de proposer des solutions « dans des domaines où les idées ne sont pas encore cristallisées »<sup>17</sup>. C'est le cas notamment pour la question préalable<sup>18</sup> qui est loin de faire l'unanimité.

12. Arts. 10, 51 et 72 du Projet.

13. Arts. 11, 14, 52, 53, 57, 73 et 76.

14. Art. 34.

15. Arts. 88 à 93.

16. Sur ce point, *vide* : E. DELEURY et M. RIVET, « Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C. sur la famille », (1975) 16 C. de D., 603.

17. Rapport, p. 8.

18. *Idem*, p. 14.

Une autre caractéristique du Rapport est la recherche constante de l'uniformité des solutions et nous retrouvons parmi les dispositions suggérées bon nombre des règles qui ont été élaborées à la Conférence de La Haye. Ceci soulève à certains égards un problème de transposition en regard du particularisme du droit québécois, mais les problèmes d'ajustements que nous avons pu relever restent mineurs et dans l'ensemble ne soulèvent guère de difficultés.

C'est dire que c'est l'esprit d'un droit véritablement international de par ses sources qui nous est proposé. C'est aussi une construction qui concilie avec bonheur les diverses tendances et rationalisations d'ensemble du droit international privé.

La philosophie territorialiste reste dominante mais cède le pas, lorsque nécessaire, devant les principes de justiciabilité et d'efficacité. On reste fidèle par ailleurs au système des grandes catégories de rattachement qui répond davantage, parce que plus souple, aux objectifs du droit international privé, tout en prévoyant dans certains cas, pour ne citer que la catégorie des actes juridiques, des règles particulières pour certaines situations plus complexes<sup>19</sup> ou qui peuvent mettre en cause l'ordre public québécois<sup>20</sup> quand elles ne présentent pas un caractère d'urgence<sup>21</sup>.

#### C) UNE NOMENCLATURE QUI MANQUE UN PEU D'HARMONIE ET DES RÉAMÉNAGEMENTS NÉCESSAIRES

Le Rapport se divise en sept chapitres consacrés respectivement aux principes généraux, aux conflits de lois, aux conflits de juridictions, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions puis des sentences arbitrales étrangères, à la procédure et aux immunités de juridiction et d'exécution. Le tout est chapeauté d'un chapitre préliminaire, composé d'un article unique qui porte sur le champ d'application des lois.

Déjà on peut s'étonner de voir figurer la procédure (chapitre VI) entre les règles consacrées à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères et celles relatives aux immunités de juridiction. Mais nous sommes encore plus surpris de voir qu'on lui a consacré tout un chapitre. En effet, s'il faut admettre que procédure et preuve constituent une catégorie quelque peu particulière, à laquelle d'ailleurs il faut rattacher la prescription, il n'en reste pas moins qu'elles forment

19. Cf., plus particulièrement les règles relatives à la vente d'objets mobiliers corporels (art. 23 à 25) et au contrat d'assurance (art. 27 et 28).

20. *Vide* : pour exemple, les articles 14 et 57, à propos desquels cependant nous émettons certaines réserves.

21. C'est le cas notamment en matière de capacité et de protection des personnes (art. 19).

partie d'un ensemble, celui des conflits de lois et à ce titre devraient être intégrées dans le chapitre II qui leur est consacré.

Par ailleurs, mais c'est peut-être là faire preuve de rigorisme, il nous semble qu'il serait plus logique d'aborder le problème des immunités qui forme le chapitre VII immédiatement après celui des conflits de juridictions dont il est la suite logique plutôt qu'en tout dernier.

Enfin, il nous semble que les quelques articles qui, au chapitre des conflits de lois, sont consacrés aux sûretés mobilières<sup>22</sup> feraient meilleure figure sous le titre des sûretés<sup>23</sup> car il ne s'agit pas là, à proprement parler, de problèmes propres au droit international privé. Par contre, il nous semble qu'il y aurait avantage à rapatrier dans le rapport certaines des dispositions qui figurent dans le *Rapport sur la preuve*<sup>24</sup>, notamment l'article 7 consacré à la preuve de la loi des autres provinces ou territoires du Canada. Mais ce sont là des questions dont nous aurons l'occasion de reparler.

## II — Les principes généraux

### A) DE L'APPLICATION DES LOIS [article 1]

L'article 1 qui constitue le chapitre préliminaire énonce, nous dit-on, sur le champ d'application des lois, des règles générales qui sont universellement admises :

« Les règles de droit interne s'appliquent, sous réserve des dispositions de droit international privé.

Les règles de droit international privé s'appliquent sous réserve des traités en vigueur. »

Qu'il nous soit permis cependant de nous interroger sur la pertinence, voire même la portée, de cette disposition en regard de l'absence de définition des termes employés, car on nous a toujours enseigné et nous ne pensons pas que les choses sur ce point aient changé, que le droit interne inclut les règles de droit international privé et que par ailleurs les règles contenues dans les traités sont du droit international privé<sup>25</sup>. Ces préceptes ne sont d'ailleurs pas contredits par les commentaires des commissaires sur le sujet. Il nous semble donc qu'on aurait pu trouver

22. Art. 40 à 43.

23. Ces dispositions ont d'ailleurs été incorporées dans son Rapport par le Comité du droit des Sûretés. Cf., O.R.C.C., *Rapport sur les sûretés réelles*, XXXVII, Montréal 1975, art. 225 à 228.

24. O.R.C.C., XXVII, 1975.

25. Nous entendons évidemment, les traités en vigueur.

une formule plus simple pour consacrer le principe que l'application du droit étranger est une exception, exception qui par ailleurs résulte de la volonté du législateur.

B) DE L'INTERPRÉTATION ET DE LA MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES DE CONFLIT [articles 2 à 7]

Le chapitre II contient un certain nombre de dispositions d'ordre général sur les délicats problèmes du conflit des qualifications, du renvoi, de l'interférence de la notion d'ordre public, de la fraude à la loi ainsi que sur le fardeau et l'admissibilité des moyens de preuve et la prescription. C'est dire qu'on aborde déjà l'univers complexe des conflits de lois.

Certains argueront peut-être que les dispositions des articles 6 et 7, qui traitent de la prescription et de la preuve, débordent le cadre de principes qui se veulent généraux. De fait, et bien que nous soyons d'accord avec la substance, il reste que si ces dispositions s'insèrent bien dans le cadre des règles qui peuvent mettre en échec l'application de la loi étrangère, c'est par l'intermédiaire de règles de conflits qu'elles opèrent et c'est là, d'ailleurs, leur nature même. Nous les situerions donc plus volontiers sous le chapitre II plutôt que sous couvert de principes généraux.

Pour ce qui a trait au problème des qualifications, l'article 2 consacre le principe maintenant bien établi dans la jurisprudence de la qualification *lege fori*<sup>26</sup>, avec cependant une exception puisque dans l'alinéa 2, le comité propose d'adopter pour la qualification des biens comme meubles ou immeubles la loi du lieu de leur situation. On modifie donc ou on consacre le droit en vigueur selon l'interprétation que l'on donne à l'alinéa 2 de l'article 6 *C. civ.*<sup>27</sup>, élargissant par le fait même le domaine du statut réel<sup>28</sup>. Il n'est pas nécessaire ici de justifier le fondement de cette exception qui s'impose pour des raisons évidentes d'efficacité quant à l'exécution des jugements.

---

26. Cf., sur ce point l'exposé des motifs du juge Deschênes in, *Gauthier v. Bergeron*, [1973] C.A. 77, p. 79 et J. G. CASTEL, *Principes généraux de droit international privé québécois dans Problèmes de droit contemporain*, Mélanges Louis Baudouin, éd. A Popovici, Montréal, P.U.M. 1974, pp. 242 à 251.

27. Cf., *infra*, nos commentaires sur le statut réel mobilier et la Thèse de Jeffrey A. TALPIS, *The Law governing the domain of the « statut réel » in contracts for the transfer inter vivos of moveables ut singuli in Quebec private international law*. Laval, P.U.L. 1970.

28. À moins évidemment qu'on adopte une interprétation littérale de l'article 6(2) et qu'on demande la qualification dans tous les cas à la *lex fori*.

Cependant, si nous sommes d'accord avec le principe d'une qualification *lege causae* au second degré<sup>29</sup>, nous nous permettons de suggérer quelques aménagements. Certains systèmes juridiques ignorent en effet, la distinction entre meubles et immeubles : c'est le cas notamment des pays anglo-saxons qui opposent le « personal » au « real property » sans cependant qu'il y ait correspondance<sup>30</sup>. Dans ces circonstances, l'exception nous semble perdre beaucoup de sa portée pratique et il y aurait sans doute lieu de la reformuler.

Ce même souci de justiciabilité et d'efficacité a par ailleurs conduit le Comité à rejeter la théorie du renvoi (article 3). Si nous sommes sensibles aux arguments avancés, car il est utopique de penser qu'on peut arriver à une coordination parfaite des systèmes en présence, il reste que la théorie n'est pas toujours d'application aussi complexe qu'on nous le décrit et qu'elle permet parfois d'atteindre le but escompté. Aussi nous regrettons l'exception qui était contenue dans l'avant-projet et qui reprenait les principes énoncés à l'article 3 de la *Convention de La Haye* de 1951 en matière de statut personnel<sup>31</sup>. C'est là peut-être le seul domaine où la théorie peut s'appliquer avec un certain bonheur, aussi, pourquoi la rejeter de manière aussi tranchée ? Par ailleurs, la notion bien imprécise de droit interne risque de réserver certaines surprises.

L'énoncé de l'article 4 par contre nous apparaît plus satisfaisant : on y consacre la distinction entre ordre public interne et ordre public international<sup>32</sup>, sans prétendre d'ailleurs définir cette dernière notion, le Comité, fort prudemment, s'en remettant à la sagesse des tribunaux.

Une remarque cependant. Il nous apparaît en effet que l'alinéa 2 de l'article précité s'insérerait beaucoup mieux dans les dispositions du chapitre V consacré à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères puisqu'il traite précisément de l'exception d'ordre public international qui permet de s'y opposer<sup>33</sup>. Le chapitre 1 ne pourrait d'ailleurs qu'y gagner en harmonie car on y trouverait toute, mais aussi seulement, la dialectique de notre système de conflits de lois.

---

29. Parce qu'il s'agit ici d'une qualification demandée à la loi désignée par la règle de conflit du for elle-même résultante d'une qualification *lege fori*.

30. Cf., sur ce point, les observations de Jeffrey A. TALPIS, *op. cit.*, pp. 134 et 135.

31. Cf., sur ce point J. G. CASTEL, *Principes généraux de droit international privé québécois*, *op. cit.*, pp. 257 et seq.

32. L'article 4 parle en effet d'incompatibilité avec l'ordre public, tel qu'il est entendu dans les relations internationales. Par ailleurs le texte utilise l'expression « manifestement incompatible », ce qui circonscrit encore davantage son domaine d'intervention.

33. On ajouterait alors un nouvel alinéa à l'article 81.

Un dernier mot enfin sur l'article 5 qui, pour nous, clôt ce chapitre des principes généraux et qui consacre l'application en droit international privé de la règle *fraus omnia corrumpit*. L'article a le mérite d'être bien rédigé et donne une définition claire et précise de la notion de fraude à la loi<sup>34</sup>.

En conclusion, donc, des principes fondamentaux qui, de manière générale, sont bien campés, mais des réaménagements nécessaires.

### III — Les conflits de lois (Chapitre II)

Sous ce chapitre qui regroupe une quarantaine d'articles, on retrouve quatre des grandes catégories de rattachement qui nous sont familières. Il s'agit du statut personnel, des actes juridiques avec l'opposition traditionnelle entre la forme et le fond, des faits juridiques, et enfin, de statut réel.

Les régimes matrimoniaux, catégorie hybride et plutôt mal circonscrite, ressortissent nettement dans le projet, fort à propos selon nous, du domaine dit de la loi d'autonomie dont ils constituent un cas d'application particulière. Les successions pour leur part, demeurent toujours intégrées au statut réel.

Nous avons déjà noté, dans notre introduction, la place qu'auraient mérité dans ce même chapitre, la procédure et la preuve. Nous y reviendrons en temps opportun puisque nous nous sommes proposés de suivre le plan du Rapport.

Quelles sont donc, sous cette rubrique, les modifications et les innovations proposées par les commissaires ?

#### A) LE STATUT PERSONNEL (articles 18 à 20)

##### 1) *L'état et la capacité des personnes physiques*

Si la règle générale posée à l'article 8 présente à priori peu de changement par rapport à la formulation de l'article 6, alinéa 4 C.c., l'état et la capacité demeurant régis par la loi du domicile de la personne physique, il convient cependant de s'arrêter sur le facteur de rattachement. En effet, le domicile dont il est fait mention ici doit s'entendre dans le sens de

34. L'article 5 se lit comme suit : « Les tribunaux ne tiennent pas compte des changements volontaires des facteurs de rattachement effectués dans le but de frauder les règles impératives du tribunal saisi ». Cette disposition n'envisage donc que la fraude à la loi québécoise. Voir cependant nos remarques *infra*, à propos des actes juridiques, note 70.

résidence habituelle<sup>35</sup>, c'est-à-dire que la détermination de la loi applicable ne se perdra plus, comme c'est le cas actuellement, dans les méandres de la recherche de l'intention; la définition proposée reposant sur des données de nature essentiellement objective<sup>36</sup>. Par ailleurs, cette définition nous apparaît plus réaliste dans la mesure où elle se trouve à assujettir la personne physique à la loi du pays avec lequel elle a des liens tangibles. Elle correspond d'ailleurs au critère utilisé dans la plupart des conventions de droit international privé<sup>37</sup>.

Cependant, le plus grand mérite du Rapport, sous ce chapitre, c'est d'avoir précisé le domaine de la loi personnelle, tout en prévoyant des causes d'éviction, encore qu'il serait peut-être préférable de parler d'assouplissement de la règle générale dont la rigidité pourrait nuire à la sécurité des transactions commerciales et à la protection de la personne et des intérêts des incapables étrangers. Nous pensons ici aux exceptions proposées en matière de capacité et de protection de la personne, c'est-à-dire, l'ignorance excusable de la loi étrangère dont le principe a été dégagé au siècle dernier par les tribunaux français<sup>38</sup>, avec cette différence que la règle est ici bilatéralisée<sup>39</sup> (article 9) et à la théorie de l'urgence énoncée à l'article 19. Cette dernière théorie qui trouve son fondement dans le même souci de protection que celui qui a consisté à l'énoncé de la compétence de principe de la loi personnelle permet de faire appel à la loi du for toutes les fois que l'application de la loi compétente se trouve contrariée par des circonstances exceptionnelles.

Le texte suggéré parle en effet « d'urgence ou d'inconvénients sérieux ». Le libellé est donc assez large pour couvrir, au-delà des situations urgentes, les cas dans lesquelles la loi étrangère ne prévoit pas de mesure de protection au même titre qu'il permet de pallier à l'inefficacité ou à l'insuffisance des mesures qui auraient pu être adoptées<sup>40</sup>.

35. Cf., O.R.C.C., *Rapport sur le domicile de la personne humaine*, XXXIV, Montréal 1975, article 1 et les commentaires des commissaires, p. 12 du même Rapport.

36. Cf. sur ce point les commentaires des commissaires, *Rapport*, pp. 52 à 54, sous l'article 8.

37. O.R.C.C. *Rapport sur le domicile de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 6, note 3.

38. Il s'agit ici du célèbre arrêt rendu dans l'affaire *Lizardi* qui depuis a fait jurisprudence. Req. 16 janvier 1861, D., 1861, I, 193, S. 1861, I, 305. Pour une analyse de ce concept et sur son incidence en matière de capacité en droit international privé, *vide* : H. P. GLENN, *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, bibliothèque de droit international privé, vol. XIX, Paris-Dalloz, 1975, pp. 111 et seq.

39. Sur ce point, *vide* : H. P. GLENN, *op. cit.*, pp. 116 et 117.

40. Ces théories, ainsi que le souligne M. Glenn, rompent avec les principes du droit international privé car la décision du juge dépend ici, non pas de faits qui constituent des points de rattachement, mais d'une appréciation de tous les faits, comme en droit interne : *op. cit.*, p. 133.

L'objectif poursuivi explique également que la loi du for, dont la vocation subsidiaire est en principe provisoire sous réserve cependant de ses effets définitifs, puisse être appliquée de manière permanente lorsque la loi du domicile de l'incapable se révèle impossible d'application au Québec<sup>41</sup>.

Si l'on fait abstraction des subtilités d'ordre constitutionnel, les dispositions qui touchent au mariage et au divorce n'appellent pas de commentaires particuliers. Soulignons cependant que le principe d'égalité des époux qui a présidé à l'élaboration du *Rapport sur la famille*<sup>42</sup> impliquant nécessairement l'abolition du domicile légal de la femme mariée<sup>43</sup>, il convenait de prévoir la possibilité de conflits entre les lois personnelles des époux. Cette difficulté a été résolue par la détermination d'une loi unique<sup>44</sup>. C'est ainsi que les effets personnels du mariage sont soumis à la loi du domicile commun des époux au moment où ces effets sont en cause ou, à défaut, à celle de leur dernier domicile commun. En dernier ressort, le Rapport préconise l'application de la loi du lieu de célébration (article 10). En matière de divorce et de séparation de corps par contre et, pour des raisons évidentes, la compétence subsidiaire revient à la loi du for (article 11). À noter que la règle de conflit proposée s'applique également aux effets de ces deux institutions<sup>45</sup>.

Certains prétendent peut-être que la « loi du divorce » apparaît plus stable dans le Rapport que la « loi du mariage ». Cependant la solution

41. Il ne peut en effet y avoir articulation entre le système étranger de protection et les pouvoirs du juge québécois que s'il existe une certaine communauté de fonctions judiciaires dans les deux systèmes. *Idem*, p. 75.
42. O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, 1<sup>ère</sup> partie, XXVI, Montréal, 1974, p. 11. Ce principe se trouve plus précisément concrétisé aux articles 39 et 40 du Rapport.
43. *Cf.*, O.R.C.C., *Rapport sur le domicile de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 8.
44. C'est la solution qui a été adoptée en droit français en regard de la pluralité de nationalités au sein d'une même famille; *cf.*, H. BATIFFOL, *Droit international privé*, *op. cit.*, t. 2, p. 58.
45. Exception faite et nous y reviendrons des mesures relatives à la garde des enfants. *Rapport*, art. 11. Cet article doit être lu en corrélation avec l'article 17 qui détermine la loi applicable à l'obligation alimentaire entre époux divorcés, séparés ou dont le mariage a été annulé et qui, dans le projet, est rattachée aux institutions dont elle est la conséquence possible. De fait, cette disposition pourrait être superflue si elle n'éliminait le délicat problème de la qualification. Notons au passage que le Comité ne semble pas avoir retenu, en ce qui a trait à la séparation de corps, l'analyse avancée par certains auteurs qui voient dans cette institution un remède technique destiné à assurer l'ordre social sur le territoire québécois et non pas comme entraînant un changement d'état. Une telle qualification impliquerait l'application de la *lex fori*, à titre de loi de police et de sûreté et obligerait à exclure la séparation de corps du statut personnel. *Vide* : A. POPOVICI, « *Du nouveau en droit international privé québécois* », (1972) 32 *R. du B.*, 219, pp. 243 et 244.

reste conforme à la tradition québécoise et ne donne pas pour autant ouverture à la possibilité de la fraude.

Rappelons également que la *Loi sur le divorce*<sup>46</sup>, dans sa teneur actuelle, est muette sur la question des conflits de lois. Or, dans la mesure où, eu égard aux règles de compétence juridictionnelle<sup>47</sup> la *lex fori* peut ne pas correspondre à la *lex domicilii*, le problème mérite réflexion. Il y a en effet, dans ces circonstances, indépendance entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative<sup>48</sup>.

La règle proposée a donc à tout le moins le mérite de pallier à cette carence et, devant le silence actuel de la jurisprudence, elle pourrait inspirer le juge québécois souvent enclin, dans le domaine du droit international privé, à transposer les solutions du droit anglo-saxon<sup>49</sup> et, dans cette matière, à soumettre la question à la *lex fori*<sup>50</sup>, éliminant ainsi la question du conflit des lois<sup>51</sup>.

Sur un autre plan, celui de la filiation, il convient de souligner le souci qui a guidé le Comité en matière d'adoption. Rompant en effet avec les règles classiques du droit international privé, les commissaires ont opté pour la loi de l'État où l'adoption a eu lieu pour en régir les conditions, favorisant ainsi l'adoption internationale<sup>52</sup>. Quant aux effets, ils sont régis par la même règle de conflit que celle qui gouverne les effets de la filiation<sup>53</sup>, c'est-à-dire la loi du domicile de l'adopté au moment où ces effets sont en cause (article 13)<sup>54</sup>.

46. S.R.C. 1970, c. D-8.

47. *Loi sur le divorce*, *op. cit.*, art. 5 et 6.

48. *Cf.*, les auteurs cités p. 58, note 2 du *Rapport* et MENDES DA COSTA, « *Some Comments on the conflicts of law provisions on the Divorce Act* », (1968) 48 *R. du B. Can.* 277.

49. Pour une étude critique des sources du droit international privé québécois, *vide* : notamment, Paul-André CRÉPEAU, « *De la responsabilité civile extracontractuelle en droit international privé québécois* », (1961) 39 *R. du B. Can.*, 3.

50. *Cf.*, A. POPOVICI, *op. cit.*, p. 240. Il est vrai qu'on peut toujours soutenir que, si la loi fédérale sur le divorce ne contient pas de dispositions expresses à ce sujet, c'est parce que le législateur entendait maintenir la compétence de la *lex fori*. *Cf.*, MENDES DA COSTA, *op. cit.*, p. 956 et Jean-Gabriel CASTEL, « *Chronique de pratique et de jurisprudence canadienne relative au droit international public et au droit international privé* », *Cl.* 1969, p. 76.

51. Il s'opère ainsi une confusion entre compétence législative et compétence juridictionnelle.

52. *Rapport*, article 12 alinéa 2. Cette disposition reprend la solution qui avait été proposée par l'Office dans son *Rapport préliminaire sur les conflits de lois et de juridiction en matière d'adoption* en 1969. (art. 2 et commentaires, pp. 6 à 8 dudit *Rapport*).

53. Cette dernière règle nous paraît en effet plus simple et plus logique que celle qui avait été retenue dans le rapport préliminaire et qui favorisait la loi de l'adoption avec

Si ces dispositions nous paraissent bien fondées, par contre les solutions retenues en matière de droit de garde nous semblent relativement dangereuses en autant que, conjuguées avec les dispositions de l'article 57 du même Rapport, elles permettent, sinon facilitent les enlèvements internationaux.

Que l'on applique la *lex fori* lorsque la compétence des tribunaux québécois est basée sur le domicile de l'enfant dans la Province<sup>55</sup>, la solution ne paraît guère discutable. Mais qu'on applique cette même loi quand la compétence de nos tribunaux trouve son fondement dans la simple présence physique de l'enfant dans la Province, voilà qui paraît moins à propos. Certes, en cette matière et conformément aux énoncés politiques de l'Office, l'intérêt de l'enfant doit être pour le juge la considération déterminante<sup>56</sup>. Mais cet intérêt sera-t-il vraiment bien servi si l'on permet au parent mécontent de la décision rendue par les tribunaux de son domicile ou du domicile de l'enfant, ou encore à celui qui craint la décision que pourraient rendre ces derniers, de s'adresser aux tribunaux québécois après avoir soustrait l'enfant à la garde de l'époux qui se l'est vu confier légalement ou à qui il le sera probablement ? Nous n'avons que trop d'exemples d'enfants ainsi « véhiculés » d'une province ou d'un pays à un autre pour ne pas nous en inquiéter<sup>57</sup>. Par ailleurs, le tribunal saisi sur cette même base est-il à même de déterminer quel est le meilleur intérêt de l'enfant ? Nous sommes enclins à penser que dans de telles circonstances, c'est plutôt l'intérêt du requérant qui risque d'être pris en considération. Or, celui-ci peut ne pas être conforme à l'intérêt de l'enfant. Pour ce faire, il faudrait pouvoir apprécier tous les éléments de la situation<sup>58</sup> ce qui est rarement le cas.

---

cependant une réserve dans le cas où l'adopté avait sa résidence habituelle au Québec, en faveur de la *lex fori* (*op. cit. supra*, note 52, art. 3, pp. 9 et 10).

54. Les dispositions relatives à la filiation figurent dans l'article 12 du *Rapport*.
55. Compétence qui est d'ailleurs incluse dans l'article 57. Mais il faut rappeler ici que d'après le Rapport soumis par le Comité du domicile de la personne humaine, le domicile du mineur doit s'entendre comme étant celui de ses père et mère ou de la personne qui en a la garde légale. À défaut de décision judiciaire dans l'hypothèse où les parents seraient séparés, le mineur est réputé domicilié chez celui avec qui il réside habituellement. O.R.C.C. *Rapport sur le domicile de la personne humaine*, *op. cit.*, art. 4.
56. O.R.C.C. *Rapport sur la famille*, 1<sup>ère</sup> partie, *op. cit.*, article X, pp. 35 et 36. Voir également la déclaration de principe énoncée à l'article 1 de la 2<sup>ème</sup> partie du *Rapport*, O.R.C.C. XXXVI, Montréal, 1975, p. 36.
57. Cette question constituait d'ailleurs l'un des thèmes du dernier congrès international de droit comparé. Nous renvoyons ici le lecteur à la communication présentée par Me Jeffrey A. TALPIS pour le Québec, qui devrait être publiée sous peu.
58. En effet, si l'on considère les dispositions de l'alinéa 2 de l'article X des dispositions liminaires du *Rapport sur la famille*, le tribunal, dans l'appréciation de l'intérêt de

Il est vrai, nous dit-on, que les tribunaux du Québec pourront reconnaître les décisions rendues en matière de garde et d'autorité parentale par les autorités de l'État où l'enfant était alors soit domicilié, soit présent ou dont il était à l'époque ressortissant<sup>59</sup>. Néanmoins, si cette disposition peut parer à la possibilité d'un conflit de décisions, il reste qu'elle opère *a posteriori* et que la question de la prévention reste en suspens. Il nous apparaît donc plus sage de garder comme règle de conflit la loi du domicile, entendu ici dans sa nouvelle définition<sup>60</sup>, ce qui assurerait tout autant le respect de notre ordre public et celui de l'intérêt de l'enfant. Si par ailleurs on entendait garder la présence physique comme fondement de la compétence juridictionnelle des tribunaux québécois en la matière, encore que l'article 19 permette de répondre adéquatement selon nous aux situations qui peuvent nécessiter leur intervention, il faudrait laisser au juge suffisamment de discrétion pour lui permettre d'exercer ou non cette compétence en regard de l'intérêt de l'enfant, lequel correspond d'ailleurs dans les situations que nous avons envisagées à un souci de saine administration de la justice<sup>61</sup>.

Les mêmes remarques s'appliquent en ce qui a trait à la reconnaissance des décisions rendues par les autorités d'un État étranger alors que l'enfant y était présent<sup>62</sup>. Il est vrai que l'exception qui, au nom de

---

l'enfant doit tenir compte, notamment, « de l'âge, du sexe, de la religion, de la langue, du caractère de l'enfant, de son milieu familial ou des autres circonstances dans lesquelles il se trouve » (*op. cit.*, *supra* note 56). Ce sont là des critères qui sont déjà retenus par nos tribunaux, mais il reste que leur énumération constitue un cadre qui s'avérerait nécessaire en regard du caractère d'ordre public de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant. Sur l'évolution de notre jurisprudence en la matière, voir E. DELEURY, M. RIVET et J. M. NEAULT, « *De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité* », (1974) 15 C. de D. 779.

59. Cette disposition doit être lue en conjonction avec les articles 58(3) et (5), 59, 60, 62 et 67 du même Rapport.

60. Compte tenu de la définition proposée en regard du domicile de l'enfant (*cf. supra*, note 55), le rattachement suggéré nous semble en effet plus réaliste.

61. *Cf. supra*, les critères énumérés sous la note 58.

62. C'est d'ailleurs une tendance qui se dessine de plus en plus dans les provinces dites de *common law* où les tribunaux sur la base de cette distinction, ou bien confirment la décision rendue par le tribunal de la résidence habituelle ou bien ordonne de rendre la garde de l'enfant à la personne qui en avait auparavant le contrôle, remettant par là même la question aux tribunaux de la juridiction appropriée. *Cf.*, J. G. CASTEL, « *Custody orders, jurisdiction and recognition* », 11 *Alta L. Rev.*, 15, David PATTENDEN, « *Foreign custody orders: the problem of custody jurisdiction* », (1972) *Queen's Law Rev.*, 338; *Power on Divorce*, 3<sup>ème</sup> éd. par Christine DAVIES, Carswell, Toronto, 1976, p. 225 et p. 257 et seq.; Barbara HOUGH, « *Canadian Conflict rules for corollary relief upon a divorce* », (1976) 24 *Chitty's L.J.* 44; L. R. ROBINSON, *Custody and Access*, in MENDES DA COSTA, *Canadian studies in Family law*, Butterworths, Toronto 1972, vol. 2, 543, p. 557 et seq. et MENDES DA COSTA, « *Enforcement of judgments and*

l'intérêt de l'enfant, permet aux tribunaux québécois de les reviser au fond<sup>63</sup> en tempère largement la portée. Mais pourquoi ne pas les considérer plus simplement comme un élément de fait laissé à l'appréciation du juge comme c'est le cas actuellement ?

Par ailleurs et si l'on en revient à la règle de conflit, doit-on considérer celle-ci comme une exception au principe qui gouverne les effets du divorce et de la séparation de corps ou comme une règle qui s'applique en dehors de tout contentieux matrimonial ? Bien que le contexte nous incite à retenir la première solution<sup>64</sup>, il nous semble que le projet devrait se faire plus précis sur ce point. Et si notre interprétation est la bonne, on se retrouverait alors devant un problème identique à celui précédemment soulevé, c'est-à-dire celui d'un conflit de décisions, conflit qui opposerait alors la juridiction saisie de la demande en divorce à celle du tribunal de la province ou du pays où l'enfant a été transporté au moment du procès<sup>65</sup>. Qui plus est, si l'on suppose que la juridiction saisie du divorce, qui dans notre hypothèse est également celle où l'enfant est domicilié, et le tribunal saisi de la question de la garde sur la base de la présence physique de l'enfant dans son ressort juridictionnel soient toutes deux extraterritoriales et que l'enfant vienne ensuite à être transporté au Québec, leurs décisions étant toutes deux susceptibles de reconnaissance, on peut se demander quand prendra fin le contentieux dont l'enfant, en attendant, fera les frais !

Réserve faite de ces dernières dispositions, les propositions du Comité, pour le reste, nous semblent fort valables. Il nous faut cependant souligner, avant d'en terminer avec cette revue du statut des personnes physiques, l'innovation introduite à l'article 15 en matière d'obligation alimentaire, le Projet soumettant cette dernière à la loi du domicile du créancier. Inspirée des *Conventions de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires*<sup>66</sup> et aux *obligations alimentaires envers les enfants*<sup>67</sup>, cette disposition ainsi que les exceptions qu'elle comporte<sup>68</sup> traduisent bien la philosophie qui a inspiré le Comité.

---

*orders across Canada* » in *C.B.A. continuing education Seminars*, no 2, 93, p. 128 et seq.

63. *Rapport*, art. 76, alinéa 3. Cette disposition correspond d'ailleurs au droit positif en matière de reconnaissance des jugements étrangers qui ne présentent pas un caractère de finalité.

64. *Cf.*, *Rapport*, art. 11, alinéa 2, 14, 53, 57 et 76.

65. *Cf.*, les auteurs cités *supra*, note 62.

66. *Recueil des Conventions de La Haye*, édité par le bureau permanent de la Conférence de La Haye, Pays-Bas, 1973, p. 218 et s.

67. *Recueil des Conventions de La Haye, op. cit.*, p. 32 et s.

## 2) Les personnes morales

Il était difficile à ce niveau de ne pas en faire mention, ne serait-ce que pour souligner la fidélité du Rapport à la tradition selon laquelle les personnes morales sont régies par la loi du lieu de leur création. On retrouve également les mêmes exceptions en ce qui concerne l'exercice de leurs activités à l'étranger (article 20).

### B) LES ACTES JURIDIQUES

#### 1) La forme des actes juridiques (Article 21)

L'article 21 du Projet établit à la fois un système général et souple, bien adapté aux besoins de sécurité et de stabilité qui dominent cette catégorie. Le principe traditionnel *locus regit actum* est conservé avec toute sa vigueur en matière personnelle et de mariage, tandis que la forme des actes relatifs au patrimoine bénéficie de diverses options supplémentaires qui se justifient fort bien<sup>69</sup>. On peut noter aussi l'extension de compétence extraterritoriale du notaire québécois qui semble bien fondée, ainsi que le principe de l'autorité des agents diplomatiques ou consulaires auxquels est assimilé « un représentant général du Québec à l'étranger ». L'opportunité pratique de cette disposition est certaine, mais elle paraît soulever, à prime abord, quelques difficultés d'ordre constitutionnel.

#### 2) Le fond des actes juridiques (Articles 22 à 29)

La catégorie des actes juridiques fait l'objet d'une nouvelle distinction entre les actes « présentant un caractère international » et ceux ne le présentant pas. Cela provient du maintien de la loi d'autonomie, c'est-à-dire de la liberté des parties de choisir à quelle législation ils entendent soumettre leur contrat. Les membres du Comité ne désirent pas étendre aux contrats purement internes cette possibilité, y trouvant probablement une trop forte présomption de fraude à la loi<sup>70</sup>.

68. *Rapport*, article 16 qui permet d'opposer une défense fondée sur l'inexistence selon la loi du domicile du défendeur d'une obligation alimentaire dans les relations entre ascendants et descendants au-delà du 1<sup>er</sup> degré ainsi qu'entre collatéraux et alliés.

69. Voir J. G. CASTEL, « *De la forme des actes juridiques et instrumentaires en droit international privé québécois* », (1957) 35 *R. du B. Can.* 654 et H. TURGEON, « *Locus regit actum* » (1955-56) 58 *R. du N.* 124.

70. L'aspect bilatéral de la règle entraîne même une protection contre la fraude à la loi étrangère, contrairement au principe général de l'article 5 du projet. À ce sujet, voir H. BATTIFOL, *Droit international privé* (1967-4<sup>e</sup> éd.) p. 628.

Cet aspect de la question a déjà suscité des inquiétudes et entraîné, par exemple, l'exigence d'un lien entre la loi désignée et le contrat en cause<sup>71</sup>. Cette approche, plus souple, permet d'atteindre l'objectif visé sans scinder la catégorie et, surtout, semble d'application plus facile. Sinon, la détermination préalable du « caractère international » posera certainement des problèmes difficiles à la jurisprudence. Par ailleurs cette limite a l'avantage de s'appliquer à toutes les situations ce qui permet d'éviter d'établir une règle très rigide d'un bord et d'un certain laxisme de l'autre.

Cette loi d'autonomie contrôlée s'agence d'ailleurs bien avec la théorie du centre de gravité, c'est-à-dire la détermination de la localisation du contrat par une évaluation des indices de rattachement en l'absence de clause expresse. Et le commentaire des membres du Comité établit fort clairement, à l'aide d'exemples, qu'ils entendaient protéger cette orientation. Quelle ne fut pas notre surprise de découvrir que le texte de l'article proposé semble n'avoir aucun rapport avec ce choix ! En effet, la « loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des diverses circonstances qui l'entourent, a le meilleur titre à le régir » ressemble beaucoup plus à la « proper law of a contract » des juges de *Common law* qu'à celle du centre de gravité des civilistes<sup>72</sup>. Or il existe une différence importante entre ces deux approches : sous l'influence de la nouvelle école américaine particulièrement, la *Common law* valorise dans son analyse les intérêts étatiques. Aussi la démarche du juge vaudrait-elle des lois au contrat en cause directement. Au contraire, l'attitude civiliste part du contrat lui-même, dont elle dégage les indices du rattachement par rapport à des lieux (et non des lois), puis, par diverses pondérations, aboutit où une localisation principale (le centre de gravité) dont la loi s'appliquera. La différence, bien que parfois subtile, est sensible<sup>73</sup>. Nous aimerions donc que le Comité transpose vraiment dans son texte le choix exprimé dans le commentaire.

Dans cette optique, il deviendrait facile de présenter les articles suivants portant sur des cas particuliers (vente d'objets mobiliers corporels, régimes matrimoniaux, assurance, arbitrage) comme de simples applications de la règle générale, la loi précisant dans ces cas la pondération

---

71. Voir H. BATIFFOL, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, *Mélanges Maury I*, p. 39; M. TOMASZEWSKI, « La désignation postérieure à la conclusion du contrat de la loi qui la régir » (1972) *Rev. crit. dr. int. priv.* 567.

72. Voir Kahn-FREUND, « La notion anglaise de la « proper law of the contract » devant les juges et devant les arbitres » (1973) *Rev. crit. dr. int. priv.* 607.

73. Par exemple, voir M. JETTÉ, « L'Affaire Colmenares, 2 aspects de la théorie des contrats en *Common law* et droit civil » (1966) 16 *Thémis* 279.

particulière de certains indices. La prééminence du domicile du vendeur en matière mobilière corporelle se justifie alors fort bien de même que l'exception au profit de la loi de l'acheteur lorsque la vente est conclue dans l'état de ce dernier. *Idem* pour la loi du lieu d'une enchère ou d'une bourse. D'ailleurs, l'ensemble des règles concernant la vente d'objets mobiliers corporels, fortement inspiré de la *Convention de La Haye de 1955*, s'inscrit fort adéquatement dans la perspective que nous proposons. Par contre, un léger doute peut porter sur la pertinence de la définition, bien alambiquée, de l'article 25.

Le régime matrimonial est un cas plus particulier qui a suscité bien des controverses compte tenu du caractère souvent factice du rattachement opéré en regard de la volonté présumée des parties, conduisant certains à l'analyser non pas tant comme un acte que comme un fait juridique<sup>74</sup>. Le choix du domicile commun au moment du mariage ou à défaut du premier domicile commun et, subsidiairement, du lieu de célébration du mariage comme facteurs de rattachement en l'absence de contrat, s'inscrit ici dans une perspective plus réaliste qui nous ramène au raisonnement qui fonde l'analyse de loi d'autonomie telle que proposée et qui permet plus facilement de l'inclure dans les cas particuliers (article 26). Dans cette optique la qualification du changement de régime matrimonial ne pose guère de problèmes et l'on conçoit qu'il soit soumis à la loi du domicile commun au moment du changement<sup>75</sup>.

Les facteurs proposés en matière d'assurance, en particulier le domicile de l'assuré, nous semblent effectivement propres à protéger l'assuré québécois. Enfin les dispositions concernant l'arbitrage semblent bonnes, surtout si l'on accepte de soumettre la volonté des parties à l'existence d'un lien tel que nous le proposons au niveau du principe général.

### C) LES FAITS JURIDIQUES

L'ancienne catégorie des faits juridiques, ignorée par le *Code civil* et soumise par la Cour suprême à la jurisprudence britannique<sup>76</sup>, est l'objet de profondes modifications. Tout d'abord elle est scindée en deux, le projet distinguant les « obligations extra-contractuelles fondées sur l'enrichissement injuste » (article 30) de la « responsabilité civile extra-contractuelle » au sens large (article 31). On retrouve là la distinc-

74. Cf., H. BATIFFOL, *Droit international privé, op. cit.*, t. 2, pp. 276 et seq.

75. Sur la question de la qualification et de la loi applicable au changement de régime matrimonial, *vide* : A. POPOVICI, « De la mutabilité du régime matrimonial étranger », (1975) 35 *R. du B.* 77.

76. *O'Connor v. Wray* (1930) R.C.S. 231.

tion entre les quasi-contrats et les délits, les premiers restant soumis à la règle traditionnelle de la loi du lieu de survenance (article 30), tandis que les seconds seraient désormais rattachés à la « loi du domicile du demandeur » (article 31).

Cette distinction apparaît fondée, la nature particulière des quasi-contrats nécessitant un régime dont les éléments de rattachement soient plus proches de ceux que l'on retrouve en matière contractuelle. La « loi du lieu de survenance du fait » s'impose alors, à défaut de tout acte juridique, mais la détermination de ce lieu risque encore d'être parfois difficile<sup>77</sup>.

La responsabilité civile extra-contractuelle échappe à ces problèmes de localisation, au moins dans un premier temps, de même qu'aux subtilités de la *Common Law*. Un nouveau facteur de rattachement est créé : « le domicile du demandeur au moment de la survenance du fait générateur du préjudice ».

Une remarque préliminaire s'impose : tout l'article 31 parle de demandeur et de défendeur. Dans leur commentaire, les membres du Comité l'expliquent en rappelant que « ce n'est pas toujours la victime qui poursuit l'auteur du dommage. Ce peut être les descendants de la victime poursuivant le père de l'auteur du délit ». Cette raison même nous incite fortement à choisir la solution opposée car il devient évident que le domicile du « demandeur » risque de n'avoir aucun lien avec l'action, pire même, le même accident devrait être soumis à des lois différentes selon les divers demandeurs possibles ! La logique et la pratique obligent donc à rejeter le domicile du « demandeur » au profit du domicile de la « victime ».

Une fois cette précision apportée, il semble bien que le choix du Comité soit adéquat et marque un progrès certain dans notre droit international privé. En effet, les problèmes soulevés par la loi « du lieu du délit » sont sérieux, tant du fait de son imprécision relative (lieu de l'acte ou du dommage) que de son caractère parfois fortuit. Par ailleurs la théorie américaine du « centre de gravité », séduisante intellectuellement, offre l'inconvénient de transformer le moindre procès en « cause célèbre » avec des possibilités de preuves extraordinairement complexes tout en supprimant toute prévisibilité<sup>78</sup>. Or une analyse des buts recherchés par

77. Voir P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, 1961, Paris-Dalloz.

78. Voir *Babcock v. Jackson* (1964) 53 *Rev. crit. dr. int. priv.* 284 (Traduction et Commentaire J. G. CASTEL); W. RAYNER *Babcock v. Jackson* : « *A new Approach to tort in the conflict of laws* » (1964) 3 *West. L.R.* 150; J. SWAN, « *New Principles in the law of Torts: the conflict of laws* » (1973) *Lectures L.S.U.C.* 505; P. J. LOWN, « *A proper law of torts in the conflict of laws* » (1974) 12 *Alberta L.R.* 101.

ces nouvelles jurisprudences aboutit à dégager comme fondement principal, bien que souvent inavoué, l'application extraterritoriale de lois protégeant mieux la victime. D'une certaine façon, les juges ont tendu à considérer que la protection établie pour une personne au niveau de la responsabilité devrait la suivre, l'assimilant ainsi à une nouvelle forme de statut personnel. La proposition du Comité s'inscrit donc bien dans l'évolution internationale sur ce sujet avec l'avantage d'une plus grande clarté et précision, gages d'une application aisée.

Reste alors l'exception du deuxième paragraphe de cet article 31, qui enlève à la victime (demandeur) sa protection lorsque la loi « du lieu où le fait générateur du préjudice s'est produit » rend ce fait licite ou n'entraîne pas d'obligation à réparation. Ce rôle restrictif de l'ancienne *lex loci delicti* s'impose. En effet une action autorisée selon la loi d'un État ou n'entraînant pas de responsabilité selon cette législation ne saurait donner lieu à des dommages seulement à certaines victimes du fait de la loi de leur domicile. Cependant nous regrettons le choix effectué par le Comité au niveau de la localisation. Le lieu du « fait générateur » amène à se placer entièrement dans la perspective de l'auteur du dommage, ce qui semble incohérent avec la règle générale. En s'attachant à la victime toujours, il semble plus approprié d'admettre l'exception de la loi du « lieu où le préjudice est subi ». L'adoption de cette perspective rendrait d'ailleurs inutile l'article 32 qui établit une « exception à l'exception » et prévoit un système étrange de retour à l'article 31 en vertu d'une démarche non plus de la nature d'une règle de conflit, mais de fond puisqu'il s'agit d'établir une « prévision » avant même de savoir en vertu de quelle loi.

Les grandes orientations choisies par le Comité en matière de faits juridiques semblent heureuses mais les détails d'application gagneraient à être revus et corrigés avant la codification.

#### D) LE RÉGIME DES BIENS (articles 33 à 44)

Dans ce domaine, le Comité a fait œuvre de clarification, se montrant par ailleurs fort soucieux des réalités et des exigences du commerce international.

##### 1) *Le statut réel « ut singuli »*

C'est ainsi tout d'abord que, conservant la distinction établie dans l'ancien droit et retenue par la plupart des auteurs entre les biens envisagés *ut universi* par opposition aux biens considérés *ut singuli*, le

Rapport soumet ces derniers à la loi du lieu de leur situation (article 33)<sup>79</sup>. La règle proposée met donc fin à la controverse doctrinale sur l'interprétation de l'article 6, alinéa 2 du *Code civil*, et sur l'empire respectif de la loi personnelle et de la loi territoriale en matière mobilière, la jurisprudence, elle-même incertaine s'orientant plutôt vers une qualification contractuelle<sup>80</sup>.

La règle est complétée par une nouvelle disposition qui, sans prétendre constituer une liste exhaustive vient préciser le *situs* de certains biens (article 34). Les localisations proposées ne traduisent cependant pas toute la tendance jurisprudentielle actuelle : ainsi les créances hypothécaires se trouvent-elles situées au lieu où se trouvent les biens qui en font l'objet<sup>81</sup>, localisation qui répond sans doute à un souci d'efficacité judiciaire et qui trouve sa complémentarité dans les dispositions du *Rapport sur l'enregistrement*<sup>82</sup> et du *Rapport sur les Sûretés*<sup>83</sup>. Par contre, on nous permettra d'exprimer quelques doutes, non pas sur la valeur intrinsèque, mais sur la constitutionnalité des dispositions relatives à la localisation des droits de propriété intellectuelle et industrielle<sup>84</sup>.

Mais l'aspect le plus novateur du Rapport réside sans conteste dans les dispositions qui traitent du transfert de propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels (articles 35 à 39). Ces dispositions qui visent à protéger les intérêts légitimes des créanciers locaux de l'acheteur et donc, le crédit local, faciliteront et favoriseront certainement les échanges internationaux. Tirées de la *Convention de La Haye* conclue le 15 avril 1958, elles s'inscrivent parfaitement dans la logique des réformes proposées par l'Office aux chapitres de la vente<sup>85</sup>, des

79. Pour une analyse de la question, voir J. A. TALPIS, *op. cit.*, *supra*, note 27.

80. *Idem*. Rappelons également qu'en vertu de l'alinéa 2 de l'article 2 du *Rapport*, la qualification des biens comme meubles ou immeubles est commandée par la *lex rei sitae*.

81. *Rapport*, art. 34, alinéa 2. Cette localisation cadre d'ailleurs parfaitement avec la définition de l'hypothèque, telle que proposée par le Comité sur le droit des sûretés, *Cf.*, O.R.C.C. *Rapport sur les sûretés*, XXXVII, Montréal 1975, art. 15, p. 184. Soulignons également que selon le même *Rapport*, l'hypothèque pourrait être tant mobilière qu'immobilière. *Idem*, art. 29, 46 à 52 et 104 à 109.

82. O.R.C.C., XLVI, Montréal, 1976.

83. *Cf.*, *supra*, note 81.

84. *Rapport*, article 34, alinéas 9 et 10, inspirés de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, S.R.C. 1970, c. E-9, de même que l'alinéa 7 du même article qui concerne les pensions de retraite versées en vertu d'une loi fédérale.

85. O.R.C.C. *Rapport sur la vente*, XXVI, 1975. *Vide* : notamment l'article 1 du *Rapport* qui définit la vente et qui fait du transfert de propriété l'essence même du contrat. *Cf.*, également les articles 12 et 15 dudit *Rapport*.

sûretés réelles<sup>86</sup> et de l'enregistrement<sup>87</sup>. Rappelons que ces dispositions soumettent les problèmes relatifs au transfert de propriété entre les parties à la loi du contrat<sup>88</sup>, alors qu'à l'égard des tiers, le transfert est régi en principe par la *lex situs* au moment de la réclamation ou de la saisie des objets vendus, les droits reconnus à l'acheteur en vertu de la loi de l'un des situs antérieurs lui demeurant cependant acquis<sup>89</sup>. Les deux autres exceptions à ce principe concernent les droits du vendeur impayé<sup>90</sup>, ainsi que la vente *a non domino*<sup>91</sup>. Enfin, exception faite de cette dernière hypothèse, les biens en transit sont réputés situés, en ce qui a trait à l'appréciation de ces différents articles, dans l'État de l'expédition<sup>92</sup>.

Ce même souci de favoriser les transactions internationales explique également la présence des articles 40 à 43 qui traitent des sûretés mobilières<sup>93</sup>, mais qui figureraient beaucoup mieux cependant dans le

86. *Op. cit.*, *supra*, note 81.

87. *Op. cit.*, *supra*, note 82. *Cf.*, notamment l'article 6 qui détermine les droits qui sont soumis à la formalité de la publication. Ajoutons que dans un tel contexte, les arguments avancés à l'encontre de la transposition des dispositions de la *Convention de La Haye sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels* (*Recueil des Conventions de La Haye, op. cit.*, p. 16) perdent de leur autorité. *Cf.*, J. A. TALPIS, *op. cit.*, *supra*, note 27, pp. 350 à 366.

88. *Rapport*, article 35 qui élimine les problèmes de conflits mobiles relativement à la question du droit aux fruits et aux produits de l'objet vendu de même que les questions afférentes aux risques, aux dommages-intérêts et à la validité des clauses de réserve de propriété au profit du vendeur. Dans la mesure où cette disposition détermine le champ d'application de la loi du contrat, il y aurait peut-être lieu de la rapatrier dans la section consacrée aux actes juridiques. *Cf.*, articles 23 et seq.

89. *Rapport*, article 36 qui reproduit l'article 3 de la *Convention de La Haye*.

90. *Rapport*, article 37 qui donne compétence à la loi du lieu où se trouvent les choses vendues au moment où le vendeur fait valoir ses droits de la manière prévue par la loi locale.

91. *Rapport*, article 38 qui donne compétence à la loi interne du pays où sont situés les objets au moment de la réclamation. Demeurent cependant acquis à l'acheteur les droits qui lui ont été reconnus par la loi interne du pays où les objets vendus ont été situés au moment où il a été mis en possession.

92. *Rapport*, article 39. Ceci implique qu'en regard de la vente *a non domino*, la mise en possession devient décisive, quel que soit l'endroit où cette mise en possession a été réalisée. Pour une analyse des dispositions de la *Convention de La Haye, vide* : la communication présentée par M. Alex WEILL, « *Les Conventions de La Haye sur la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels* » in *Travaux du Comité français de droit international privé*, année 1958, Paris-Dalloz, 1960, p. 37.

93. Ces dispositions inspirées en grande partie du *Uniform Commercial Code* (Permanent Editorial Board of the Uniform Commercial Code, *Rapport final*, avril 1971) et du *Uniform Personal Property Security Act*, (R.S.O. 1970 c. 344), autorisent notamment la création et la publication selon la loi québécoise d'une hypothèque sur un bien mobilier qui n'y est pas situé et s'insèrent dans le cadre des exceptions à la règle générale posée à l'article 33.

livre consacré aux sûretés<sup>94</sup> que dans le cadre de ce Rapport consacré au droit international privé.

## 2) *Les successions* (articles 44 et 45)

Les commissaires nous disent ici avoir opté pour le maintien de la scission, « croyant que la dévolution des immeubles ne pouvait s'exercer efficacement qu'en suivant la loi du lieu de leur situation réelle »<sup>95</sup>. Si nous sommes sensibles à cet argument essentiellement pragmatique, nous ne voyons pas néanmoins en quoi il a pu conduire au rejet de la solution proposée par Monsieur Fréchette, qui nous semble beaucoup plus satisfaisante sur le plan de l'esprit, tout en répondant au souci dont il est fait mention dans le Rapport<sup>96</sup>. Aussi, puisque le Comité semble disposé à remettre en cause la solution mitoyenne qu'il nous propose, qu'il nous soit permis de souligner que cette solution qui vise à l'adoption d'une loi unique et qui opère en faveur d'un rattachement à la loi personnelle, outre sa logique et sa simplicité, correspond au mouvement doctrinal qui se dessine actuellement dans les pays de droit civil, adapté cependant au contexte dans lequel s'inscrit le Québec. Il y aurait peut-être lieu d'y repenser et peut-être même de l'adopter.

## IV — *Les conflits de juridictions* (articles 46 à 57)

Disons tout d'abord que ce chapitre vient remédier à la carence de notre *Code de procédure civile* qui ne contient pas de dispositions sur la compétence internationale des tribunaux québécois. On y retrouve la plupart des critères qui déterminent actuellement le lieu d'introduction de l'action sur le plan local<sup>97</sup>, avec cependant plusieurs innovations qui tiennent précisément à l'élément d'extranéité qui caractérise les situations envisagées. Toutes ne sont pas nécessairement heureuses mais elles constituent dans l'ensemble une nette amélioration en regard des solutions actuelles. Nous les étudierons en fonction de la nature des actions qu'elles entendent régir plus particulièrement.

94. *Vide* cependant nos remarques, *supra*, note 23.

95. *Rapport*, p. 116, note 1.

96. Dans un article publié récemment où la solution québécoise et les solutions du droit comparé étaient analysées, Me Jean-Guy Fréchette propose en effet, selon nous, une solution toute aussi pragmatique et qui s'énonce comme suit : « La dévolution successorale est régie par la loi du dernier domicile du *de cuius*, cependant la loi de la situation doit être appliquée en matière immobilière, lorsque la loi du pays où est situé l'immeuble l'exige ». J. G. FRÉCHETTE, « *Le sort des successions en droit international privé québécois et comparé* » (1973) 4 R.D.U.S., 185, p. 253.

97. Articles 68 à 75 C.p.c.

Nous ne nous attacherons cependant qu'aux règles de compétence relatives aux actions personnelles à caractère patrimonial ou qui touchent aux questions d'état, les solutions proposées en matière réelle (article 48) comme en matière de succession, qui consacrent les solutions du droit positif, n'appelant pas de commentaires particuliers. Par ailleurs nous approuvons également l'absence d'une disposition particulière aux actions mixtes, qui serait nettement superfétatoire<sup>98</sup>.

A) LES ACTIONS PERSONNELLES À CARACTÈRE PATRIMONIAL (articles 46 et 47)

Le Rapport accorde ici droit de cité aux accords d'élection de for (article 46, alinéa 3) dont la validité, on s'en souvient, a récemment fait l'objet d'un débat au sein de notre Cour d'appel<sup>99</sup>. Compte tenu du contexte dans lequel ils s'insèrent<sup>100</sup> et des dispositions des articles 5 et 22 du Projet<sup>101</sup>, la possibilité d'abus qui expliquait la réticence opposée par certains se voit neutralisée<sup>102</sup>. Il n'y aurait donc aucune raison de ne pas reconnaître la volonté des parties comme fondement de la compétence juridictionnelle surtout quand on connaît l'incertitude des règles de compétence judiciaire internationale et qu'au surplus notre droit admet déjà la clause compromissoire<sup>103</sup>. Par contre, alors que la conclusion du contrat au Québec a été retenue en matière d'assurance (article 47), le Comité ne l'a pas arrêtée comme chef de compétence, pas plus d'ailleurs que la présence de biens, en raison du caractère fortuit de ces facteurs de

98. *Rapport*, p. 124.

99. *Cf.*, *Victoria Transport v. Alimport*, [1975] C.A. 415. Cet arrêt vient d'être infirmé par la Cour suprême qui a vu dans la clause litigieuse du contrat une élection de domicile confirmant par là même la compétence des tribunaux québécois. Ce jugement a été rendu le 5 mai 1976. Il s'agit d'un jugement majoritaire dont les motifs ont été exposés par le juge Pigeon. D'ailleurs, ainsi que le souligne le juge Mayrand en Cour d'appel, s'il est possible à un étranger de se soumettre à la compétence d'un tribunal québécois en faisant une élection de domicile conformément à l'article 85 c.c., *a fortiori* peut-il s'y soumettre par stipulation expresse du contrat. Cela est affaire d'intérêt privé.

100. Eu égard à la matière, on ne peut pas dire en effet que l'ordre public québécois peut en souffrir. *Cf.*, *supra*, note 99. Par ailleurs, il n'y a pas de modification de la compétence législative par suite de la modification de la compétence judiciaire.

101. Ces deux dispositions traitent en effet de la fraude à la loi et parent à toute éventualité d'une internationalisation factice des contrats.

102. Pour une analyse de la question, *vide*, Hélène GAUDEMET-TALON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé français*, Bibliothèque de droit international privé, vol. IV, Paris-Dalloz, 1965.

103. Art. 940 C.p.c. *Cf.*, également O.R.C.C., *Rapport sur la convention d'arbitrage*, XXII, 1973, articles 1 et 4.

rattachement<sup>104</sup>. Il reste, tout au moins en ce qui concerne la possession de biens que, tout aussi fortuit qu'il puisse être, ce rattachement peut s'avérer parfois fort utile, notamment si on considère les problèmes que soulève l'exécution des jugements. Nous sommes donc étonnés que le Comité, si soucieux de pallier à ces difficultés, l'ait écarté sans plus de discussion.

Compte tenu des difficultés soulevées par la présence du mot « toute » à l'alinéa 2 de l'article 68 *C.p.c.*, on doit rendre grâce à ce dernier de l'avoir supprimé en ce qui concerne la cause d'action<sup>105</sup>. Ceci permettra certainement aux tribunaux d'élargir leur compétence, encore que la localisation n'en soit pas pour autant facilitée.

En ce qui concerne le contrat d'assurance, outre la conclusion du contrat au Québec, l'article 47 reprend les dispositions des articles 69 et 73 *C.p.c.* dont il élargit cependant la portée puisqu'on retient, au même titre, la survenance du sinistre (article 47, alinéa 4) et, non pas les biens, mais l'intérêt assurable situé au Québec (article 47, alinéa 3). Pour des raisons qui peuvent participer de l'objet du contrat et par souci d'efficacité, nous préférons, quant à nous, nous rattacher au domicile du titulaire plutôt qu'à celui de l'assuré (article 47, alinéa 2). Pour le reste, les solutions nous semblent tout à fait justifiées.

## B) LES ACTION PERSONNELLES RELATIVES À L'ÉTAT DES PERSONNES

Ce sont surtout les dispositions relatives au mariage, au divorce et à l'autorité parentale qui retiendront notre attention. Nous ne reviendrons pas ici sur les problèmes d'ordre constitutionnel<sup>106</sup> dont nous avons déjà parlé dans notre introduction, mais nous nous attacherons plutôt au fondement des règles qui nous sont proposées.

Ainsi, en matière de nullité de mariage, si nous sommes d'accord avec le choix du domicile de l'un des époux au Québec<sup>107</sup> comme facteur de rattachement (article 51, alinéa 1), nous nous interrogeons sérieusement par contre sur l'opportunité de retenir la célébration du mariage des parties dans la province de Québec (article 51, alinéa 2) comme base de compétence juridictionnelle. Certes, l'argument qui tient à la tenue des registres de l'état civil ne manque pas d'attrait. Mais

104. *Rapport*, p. 120.

105. Le Comité suggère également d'assurer sur ce point la coordination avec l'article 68 *C.p.c.* Cf., *Rapport*, p. 120.

106. Cf., *supra*, notre introduction en regard de l'article 52 plus particulièrement.

107. Toujours dans l'optique proposée par le Comité sur le domicile de la personne humaine qui supprime le domicile légal de la femme mariée.

l'argument de l'ordre public nous paraît moins justifiable. Pourquoi en effet maintenir cette compétence si aucun des époux n'a son domicile au Québec. Qui plus est, cette compétence ne laisse-t-elle pas la porte ouverte aux manœuvres de celui qui désirerait obtenir une nullité sans que son conjoint le sache ! Il y a là matière à réflexion.

Par ailleurs, pourquoi exclure de l'article 53, qui détermine la compétence des tribunaux sur les mesures accessoires à la séparation de corps au divorce et à la nullité du mariage, celles qui touchent à la garde des enfants alors qu'on admet que la seule présence physique de ce dernier suffit à donner compétence en la matière à nos tribunaux ?

Autant l'exclusion des questions relatives à la garde des enfants de la compétence du tribunal saisi de la demande principale nous apparaît justifiée lorsque ceux-ci n'ont pas leur domicile<sup>108</sup> dans la Province, autant nous nous objectons à ce qu'on retienne comme chef de compétence la simple présence physique de l'enfant dans le ressort du tribunal. Ceci nous apparaît contraire à l'intérêt de la justice comme à l'intérêt de l'enfant. À tout le moins accepterions-nous qu'on limite la portée de cette disposition par une réserve qui laisserait place à la discrétion du juge. L'intérêt de l'enfant serait alors préservé.

Par contre et au-delà de l'argument d'ordre public, le choix, à défaut de domicile, de la résidence de fait dans la Province en matière de filiation et de légitimation nous apparaît plus justifié, car il opère véritablement dans l'intérêt de l'enfant (article 55).

Plus heureux également nous apparaissent les chefs de compétence proposés en matière alimentaire (article 56) et en matière d'adoption, car ils reflètent, au même titre que les règles de conflit qui s'y rattachent<sup>109</sup>, la dimension sociale de ces institutions.

#### V — La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (articles 58 à 80)

Ce chapitre, le quatrième du Rapport, contient un ensemble de dispositions qui, tout en respectant la nécessité d'un certain contrôle, simplifie et facilite grandement la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Inspirés, pour ne pas dire calqués, à quelques exceptions près, des dispositions de la *Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*<sup>110</sup>,

108. Ceci pour les raisons que nous avons énoncées plus haut et qui nous amènent à ne retenir que la première proposition de l'article.

109. *Rapport*, art. 13, 15 et 16.

110. *Recueil des Conventions de La Haye, op. cit.*, p. 106 et seq.

les textes proposés participent d'un esprit totalement étranger à notre droit positif<sup>111</sup> passablement désuet et emprunt d'un chauvinisme qui paraît aujourd'hui outrancier.

Outre la présomption de validité<sup>112</sup> qui gouverne les principes qui président à leur reconnaissance (article 58), le Rapport prévoit une procédure à la fois simple et souple puisqu'elle permet de donner un effet partiel aux décisions étrangères (article 67). Par ailleurs et conformément à la tendance de la jurisprudence récente<sup>113</sup>, les décisions relatives à l'état et à la capacité des personnes sont reconnues de plein droit (article 80), ce qui n'exclut pas pour autant tout contrôle, les conditions les concernant faisant d'ailleurs l'objet de dispositions particulières<sup>114</sup>.

#### A) LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

La présomption de validité posée à l'article 53 concerne non seulement la conformité de la compétence de l'autorité d'origine aux règles qui déterminent la compétence internationale des autorités étrangères<sup>115</sup>, mais elle concerne également le caractère final et exécutoire de celle-ci ainsi que l'absence de recours dans l'État où elle a été rendue. On devine donc aisément les moyens qui peuvent permettre au défendeur de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de cette dernière<sup>116</sup>. Cependant et c'est là l'une des principales innovations, la non conformité de la décision aux règles de conflit de lois québécoises<sup>117</sup> ne figure pas au nombre de ces moyens. Elle est même exclue textuellement (article 60) au même titre qu'il n'est plus permis au tribunal de l'exequatur de reviser la décision au fond (article 61). Mais une fraude commise dans la procédure peut y faire obstacle (article 58, alinéa 5). De même, afin d'éviter les procédures dilatoires, l'article 62 stipule, réserve faite cependant des décisions rendues par défaut, que « les tribunaux du Québec

111. Cf., les articles 178 à 180 C.p.c. qui touchent plutôt l'exécution, la reconnaissance étant plus particulièrement tributaire de l'article 1220 C.c.

112. Remarquons que le texte parle de décision judiciaire et non pas de tribunal, ce qui couvre tout organisme qui exerce des fonctions judiciaires. Cf., *Rapport*, p. 136.

113. Cf., *Dombrowski v. Demick*, C.S.D. Québec, no 487 D. 24 octobre 1969. Jugement rendu par le juge Paul Lesage.

114. Ces matières sont d'ailleurs exclues dans la *Convention de La Haye*, *op. cit.*, *loc. cit.*, article 1. Elles font l'objet des articles 72 à 80 du *Rapport*.

115. Cf., *Rapport*, art. 63 à 65. Notons que cette compétence est déjà présumée si l'on considère la portée conférée par nos tribunaux à l'article 1220 C.c. Sur ce point, *vide* : A. POPOVICI, *op. cit.*, *loc. cit.*, *supra*, note 45, p. 246.

116. *Rapport*, art. 58, alinéa 1 à 4.

117. Cf., les auteurs cités *supra*, note 115 et W. S. JOHNSON, « *Foreign Judgments in Quebec* », (1957) 35 *R. du B. Can.*, 911.

sont liés par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence ». Ajoutons également que le Rapport prévoit un régime spécial pour les décisions rendues par défaut, le demandeur ayant ici la charge de la preuve de la régularité de la signification, le défendeur ayant ensuite à justifier les raisons qui peuvent excuser son défaut (article 59). Soulignons enfin que le Rapport couvre les transactions judiciaires qui sont soumises aux mêmes principes en autant, évidemment, qu'ils leur soient applicables (article 68). Autant dire que le régime proposé apparaît fort complet et qu'il opère l'ajustement qui était devenu nécessaire dans notre droit à la pratique internationale.

Par contre, les articles relatifs à la procédure et à la preuve appellent quelques réserves.

#### B) LA PROCÉDURE D'EXEQUATUR ET LA PREUVE

Si la voie de la requête nous paraît fort justifiée (article 67, alinéa 1), nous nous expliquons mal le délai dont la procédure est assortie relativement aux demandes d'exécution (article 67, alinéa 3). Les commentaires du Comité à ce sujet sont d'ailleurs peu loquaces. Pourquoi ne pas se contenter de la déchéance qui résulte du fait que la décision n'est plus exécutoire à l'étranger, ainsi que le prévoit l'article 58, alinéa 3 ?

De plus, pourquoi cette discrétion accordée au juge en regard de l'exception de litispendance si le but recherché est précisément d'éviter la contrariété de décisions (article 69) ? Il nous semble qu'il serait préférable de rendre le respect de la litispendance étrangère obligatoire, lorsque l'action pendante devant le tribunal étranger donnera lieu à une décision qui devra ultérieurement être reconnue ici. Cette disposition ferait d'ailleurs meilleure figure si elle était incorporée au chapitre III qui traite de la compétence internationale des tribunaux québécois, tout en y gardant cependant la possibilité pour ces derniers d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires.

Enfin, en ce qui concerne la preuve, nous serions tentés de modifier la rédaction de l'article 66, alinéa 3 pour exiger plus simplement la production de la traduction en langue française de la preuve documentaire exigée lorsque les documents requis ne sont pas rédigés dans cette langue ou en anglais, ce qui n'exclut pas bien entendu l'exigence de la certification.

### C) LES DÉCISIONS ÉTRANGÈRES RELATIVES À L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ

Les critères retenus en la matière sont analogues à ceux énumérés aux articles 51 à 57 du projet relatif à la compétence internationale des tribunaux québécois pour les mêmes chefs d'action.

Les critiques que nous avons formulées dans le cadre de ce dernier chapitre s'appliquent donc tout autant à ces dispositions. Il faut cependant rendre grâce au Comité d'avoir ajouté comme base de compétence juridictionnelle emportant reconnaissance la nationalité<sup>118</sup> et d'avoir considéré comme valable l'adoption faite par une autorité compétente suivant ses propres règles (article 75). La dérogation en matière de prestations d'aliments aux dispositions de l'article 58, alinéa 4, apparaît également très pertinente.

Rappelons que ces décisions ne sont pas assujetties à la procédure de l'exequatur à moins qu'elles ne donnent lieu à des actes de contrainte sur les personnes ou d'exécution matérielle sur les biens. Dans ces circonstances la référence dans l'article 79 à l'article 67 ne se comprend pas très bien. Elle est même en contradiction flagrante avec l'article 80, dont la dernière proposition par contre ne serait pas incompatible avec un tel renvoi.

Quelques mots encore à propos de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères qui constituent le Chapitre V, mais que pour des raisons de commodité nous avons incluses dans cette section (articles 80 à 83). De fait, les dispositions qui les concernent n'appellent pas de commentaires particuliers, à l'exception de l'alinéa 1 de l'article 80, qui excipe de l'incapacité des parties pour s'opposer à la reconnaissance<sup>119</sup>. Il nous semble que l'incapacité de l'une des parties devrait être suffisante.

Mis à part ce détail, les articles qui y sont relatifs nous semblent bien campés. Soulignons cependant que les sentences arbitrales visées concernent, outre les sentences étrangères à proprement parler, celles qui, rendues au Québec, ne l'ont pas été en vertu des règles québécoises sur l'arbitrage, soit parce que soumises à la loi d'un autre État applicable à la procédure d'arbitrage, soit parce qu'elles sont intervenues dans le cadre d'une institution internationale d'arbitrage (article 81).

118. Il en est ainsi en matière d'atteintes au lien matrimonial, en matière de filiation, d'autorité parentale, de garde d'enfant et en matière d'aliments.

119. Ces dispositions tirent leur origine de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, adoptée par les Nations Unies le 10 juin 1958 (*Recueil des Traités des Nations Unies*, 1959, vol. 330), ainsi que de la Convention européenne sur l'arbitrage international.

## VI — La procédure

Tout d'abord la position des règles concernant la procédure et la preuve est surprenante dans le projet. Elles se retrouvent essentiellement au Chapitre VI, entre les dispositions concernant « la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères » et celles relatives aux « immunités de juridiction civile et d'exécution ». En fait, il s'agit plutôt d'une catégorie de rattachement comme telle, susceptible donc de s'intégrer au Chapitre II « des conflits de lois ». Catégorie un peu particulière certainement, mais qui se rattache à toutes les autres au niveau du processus de qualification.

Sur la procédure elle-même, son rattachement au droit du for est effectivement une règle qui fait l'unanimité des auteurs, des jurisprudences et des législations. Quant à la preuve, les développements proposés par les membres du Comité constituent de sérieuses améliorations à la situation actuelle. Bien sûr, la possibilité pour le juge de prendre d'office connaissance du droit étranger lui confère une initiative qui ne correspond pas parfaitement avec le rôle purement passif que certains voudraient lui garder. Même la simple possibilité de « demander aux parties d'en faire la preuve » y déroge sérieusement. Cependant cela se justifie fort bien puisqu'il s'agit surtout de s'assurer de l'application de la loi québécoise, y compris lorsque cette loi en désigne une autre. Il nous semble que cette possibilité est non seulement compatible avec l'exercice de l'activité judiciaire mais lui est même nécessaire. Une autre amélioration, de moindre portée cependant, est la reconnaissance d'une expertise unique. Cela était déjà pratique courante devant les tribunaux, pour des raisons de coûts en particulier. Son affirmation ne devrait donc pas causer de problème. Et la latitude accordée au tribunal sur les « autres moyens » possibles permettra de régler les cas particuliers pouvant surgir.

Par contre, c'est dans le *Rapport sur la Preuve* qu'est traité le problème posé par les lois des autres provinces canadiennes. L'incohérence jurisprudentielle actuelle, qui considère ces lois comme « étrangères » devant les tribunaux à forum provincial pour les intégrer au niveau canadien devant la Cour suprême, est rejetée en donnant l'obligation au juge québécois d'en prendre connaissance d'office.

Ainsi, il est possible de schématiser les (3) situations du juge vis-à-vis une loi quant à la preuve.

- 1) Loi en vigueur au Québec (y compris les règles de droit international privé) : le juge doit en prendre connaissance d'office. Ne peut faire l'objet d'une preuve.

- 2) Loi en vigueur au Canada (sauf le Québec) : le juge doit en prendre connaissance d'office. Peut faire l'objet d'une preuve.
- 3) Autre loi : le juge peut en prendre connaissance d'office. Peut faire l'objet d'une preuve.

Reste à déterminer, surtout dans ce troisième cas, le rôle de l'allégation.

Le Comité sur la preuve a bien précisé que l'allégation était nécessaire pour que l'obligation de prendre connaissance d'office soit effective. Le Comité sur le droit international privé n'a rien prévu explicitement à ce niveau. Est-ce pour élargir les pouvoirs du juge ou bien parce que cette limitation relèverait de l'évidence ? Même dans cette seconde hypothèse, qui semble plus probable, il ne serait pas inutile de l'écrire. Mais si c'était la première qui s'avérait exacte, il serait alors nécessaire d'affirmer la portée de cette extension.

Enfin, la vocation subsidiaire du droit québécois est certainement un progrès doctrinal par rapport à la présomption d'identité et l'on peut espérer que ce recours diminuera grâce à l'application des règles précédentes.

## VII — Les immunités de juridiction

Le Chapitre VII « Des immunités de juridiction civile et exécution » établit un ensemble cohérent et d'une valeur certaine. Cependant cet excellent travail se heurte à un problème évident de constitutionnalité. Est-ce que le Québec peut ainsi intégrer dans son droit interne les dispositions des *Conventions de Vienne de 1961 et de 1963* ? Nous laisserons la réponse aux constitutionnalistes . . .

### Conclusion

La construction d'ensemble qui nous est proposée par le Comité est plus que satisfaisante et si nous nous sommes permis de critiquer certaines orientations du Projet, c'est pour répondre à la réflexion à laquelle nous avons été invités. Nous espérons que l'Office de révision du *Code civil* sera sensible à ces quelques réflexions qui se veulent essentiellement constructives et qui participent de l'esprit et de la philosophie dans lesquels a été entreprise la révision du *Code*.

De fait, à quelques exceptions près, nos remarques portent surtout sur des modalités d'application et sur des détails qui ont déjà peut-être été revus et corrigés. Nous espérons qu'il en est de même en ce qui a trait aux différentes composantes du Rapport dont l'articulation pourrait être plus heureuse.