

Les aspects historiques de la qualification de la prescription en droit international privé

Antoine Motulsky-Falardeau

Volume 55, Number 4, December 2014

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027852ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027852ar>

[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

Motulsky-Falardeau, A. (2014). Les aspects historiques de la qualification de la prescription en droit international privé. *Les Cahiers de droit*, 55(4), 829–876. <https://doi.org/10.7202/1027852ar>

Article abstract

This article investigates the characterization of limitation from a historical point of view. The author's goal is to clarify the reasons behind the adoption of art. 3131 C.C.Q. and to use those reasons to better describe the object of limitation. The idea that limitation only affects procedure and bars the remedy has been abandoned in private international law because of its artificiality and the injustice it may create. In addition, the confusion that occurs throughout the history of this qualification does nothing to promote legal certainty. The author suggests revising the right-remedy dichotomy so as to decrease rather than increase the risk of injustice in disputes with a foreign element.

Les aspects historiques de la qualification de la prescription en droit international privé

Antoine MOTULSKY-FALARDEAU*

Cet article explore la qualification de la prescription sous un angle historique. Le but de l'auteur est de mettre en lumière les raisons ayant mené à l'adoption de l'article 3131 du Code civil du Québec et d'inviter à s'inspirer de ces raisons pour mieux décrire l'objet de la prescription. L'idée selon laquelle la prescription n'affecterait que la procédure en posant un obstacle au droit d'action a été abandonnée en droit international privé en raison de son artificialité et de l'injustice qu'elle est susceptible de provoquer. De plus, la confusion qui émaille l'histoire de cette qualification n'a rien pour favoriser la sécurité juridique. L'auteur suggère de réviser la dichotomie droit—action de manière à ce que les concepts choisis diminuent et non augmentent les risques d'injustice dans les litiges présentant un élément d'extranéité.

This article investigates the characterization of limitation from a historical point of view. The author's goal is to clarify the reasons behind the adoption of art. 3131 C.C.Q. and to use those reasons to better describe the object of limitation. The idea that limitation only affects procedure and bars the remedy has been abandoned in private international law because of its artificiality and the injustice it may create. In addition, the

* Avocat et chargé de cours, Faculté de droit, Université Laval. Cet article s'inspire d'une partie du mémoire de maîtrise intitulé « Le délai de prescription applicable à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère au Québec » et déposé par l'auteur à la Faculté de droit de l'Université Laval, sous la direction d'Alain Prujiner, professeur émérite. L'auteur désire le remercier et remercier aussi Sylvette Guillemard, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, et Charles Jarrosson, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), pour leurs commentaires et leurs conseils.

confusion that occurs throughout the history of this qualification does nothing to promote legal certainty. The author suggests revising the right-remedy dichotomy so as to decrease rather than increase the risk of injustice in disputes with a foreign element.

Este artículo examina la calificación de la prescripción desde un punto de vista histórico. El objetivo del autor es aclarar cuáles fueron las razones para que se adoptara el artículo 3131 del Código Civil de Quebec e igualmente invita a inspirarse de estas razones para reflexionar nuevamente sobre el objeto de la prescripción. La idea según la cual, la prescripción afectaría al procedimiento y obstaculizaría al derecho de acción ha sido abandonada en el derecho internacional privado debido a su artificialidad y a la injusticia que es susceptible de provocar. Adicionalmente, la confusión que proyecta la historia de esta calificación, no favorece en nada a la seguridad jurídica. El autor sugiere que se revise la dicotomía derecho-acción, de manera que los conceptos que han sido escogidos disminuyan, y no aumenten los riesgos de injusticias en los litigios que presentan un elemento extraño.

	<i>Pages</i>
1 La formation du droit international privé	834
1.1 La confusion entre la procédure et la substance des droits à Rome.....	835
1.2 La distinction entre la procédure et la substance des droits au Moyen Âge ..	836
2 L'émergence de la qualification procédurale	838
2.1 La règle <i>actor sequitur forum rei</i>	838
2.2 La valeur du contrat et l'action.....	841
2.3 Le droit civil et le droit naturel.....	842
3 L'expansion de la qualification procédurale	846
3.1 La France.....	847
3.1.1 Le for naturel.....	847
3.1.2 L'action procédurale	849
3.2 L'Angleterre, l'Écosse et les États-Unis.....	853
3.2.1 Le rejet des lois étrangères.....	853
3.2.2 La distinction graduelle du <i>right</i> et du <i>remedy</i>	855

4 La reconnaissance de la qualification substantielle	858
4.1 Le droit civil français	859
4.2 La common law anglo-américaine.....	861
4.3 La common law canadienne.....	863
4.4 Le droit civil québécois	868
Conclusion.....	873

Il existe des questions de droit en apparence purement techniques dont le traitement révèle en fait des risques d'injustice ; la qualification de la prescription est l'une de ces questions. Selon le débat maintenant séculaire à ce propos, il faut distinguer, au moment de l'expiration du délai, le droit de créance (le droit) et le droit d'action (l'action en justice) et se demander lequel s'éteint et lequel subsiste. Pour la plupart des protagonistes, se poser cette question revient à se demander si la prescription affecte la substance des droits ou seulement la procédure¹. Ce problème présente, selon certains, un « intérêt pratique limité » en droit interne². Cependant, lorsque la même question se pose à propos d'un rapport « contenant un élément étranger³ », il est admis que la réponse emporte « des conséquences⁴ ».

Le texte qui suit vise à rendre compte de ces conséquences en démontrant que la dichotomie *droit—action* a été abandonnée en droit international privé pour des raisons liées à des considérations de justice et d'équité. L'abandon de cette dichotomie étant juste et équitable dans les rapports entre étrangers, il n'y a pas de raison qu'elle persiste en droit telle qu'elle est. Notre recherche se veut donc une invitation à en repenser le

1. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1996 : « la qualification de la prescription fait l'objet de controverses doctrinales. Certains y voient une question de procédure, d'autres une question de substance. D'autres encore font une distinction entre la prescription qui éteint l'action (procédure) et le délai de déchéance qui éteint le droit (substance). »
2. Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Les obligations*, t. 3 « Le rapport d'obligations », 6^e éd., Paris, Sirey, 2009, p. 436.
3. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 2, vol. 2, Québec, 1977, p. 1004, tel que cité dans *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34, par. 32, pour circonscrire la notion d'élément d'extranéité et le domaine du droit international privé.
4. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2^e éd., Paris, Défrénois, 2005, p. 662 : « Le choix entre les deux conceptions a des conséquences en droit international privé. »

contenu normatif, de manière à éviter les concepts susceptibles de causer des injustices dans les litiges présentant un élément d'extranéité.

Selon le point de vue que nous entendons présenter, la prescription a été historiquement qualifiée de règle de procédure dans le but de dépouiller l'étranger du droit d'invoquer les règles de prescription de son pays. La qualification substantielle trouvera donc un écho favorable auprès des esprits sensibles à cette injustice et elle finira par s'imposer dans de nombreuses juridictions. Il pourrait donc paraître plus ou moins pertinent d'aborder aujourd'hui ce problème, en particulier au Québec où le ministre dit que l'article 3131 du *Code civil du Québec* « met fin à cette controverse » et tient les termes *droit* et *action* pour équivalents⁵.

Or, le lecteur attentif aura remarqué que des publications récentes semblent vouloir faire revivre la distinction non seulement en droit interne⁶,

-
5. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 1 : « Conforme à l'approche civiliste générale et à celle du Code civil qui traite de la prescription au Livre huitième, l'article a également l'avantage d'empêcher le demandeur de choisir le droit applicable à *la prescription de son action*, en choisissant l'État où il l'introduira. À la loi qui attribue un droit, il appartient de fixer *le délai dans lequel ce droit* est susceptible de s'exercer » (l'italique est de nous).
 6. Par exemple, tandis qu'on ne lisait rien à ce sujet dans la première édition de leur ouvrage paru en 2006, Didier Lluelles et Benoît Moore ont rajouté un paragraphe 19.1 à leur deuxième édition de 2012 (Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012, p. 20) où ils laissent maintenant entendre que la prescription éteint seulement le « *droit d'action* » et précisent, dans une note en bas de page, que « l'ex-débiteur civil est donc encore tenu à une obligation, justifiant la survie de l'hypothèque » en citant un arrêt de la Cour d'appel, lequel dit toutefois plutôt l'inverse (3095-7252 *Québec inc. c. Mickeck Jacyno*, [2010] R.J.Q. 1118 (C.A.), par. 39 : « l'hypothèque subsiste dans ses effets jusqu'à paiement ou prescription de l'obligation garantie (art. 1671 et 2875 C.c.Q.) », suivant une jurisprudence unanime (*Équipement P. Lacroix Inc. c. Laurier Lavoie Inc.*, [2002] R.D.I. 651 (C.A.), par. 16; *Belleterre (Ville de) c. Algonquin Énergie (Belleterre) inc.*, B.E. 2002 BE-369 (C.A.), p. 2; *Inversiones Bellrim, s.a. c. Guzzler Manufacturing inc.*, 2010 QCCA 323, par. 12, 13 et 43; *Dagenais c. Cassidy*, 2011 QCCS 2009, par. 37); comp. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006, p. 15 ; au sujet de cet arrêt, voir ÉLISE CHARPENTIER, « Une exception à la règle de l'inefficacité de l'hypothèque judiciaire dans le contexte de la faillite du débiteur », (2012) *Rev. can. D. com.* 271). Moins simple est la raison pour laquelle le droit visé par une déchéance ne peut être invoqué en vertu de l'article 2882 C.c.Q. : la Cour d'appel semble admettre que c'est parce que la déchéance, contrairement à la prescription, vise autant le droit que l'action (*Équipements industriels Robert Itée c. 9061-2110 Québec inc.*, J.E. 2004-605 (C.A.), par. 50), mais on peut expliquer le même effet par le seul article 2878 C.c.Q., lequel empêche d'imputer une renonciation implicite à celui qui invoque un droit pouvant être attaqué par un droit prescrit (voir Antoine MOTULSKY-FALARDEAU, *Le délai de prescription applicable à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère au Québec*, mémoire de maîtrise en droit, Université Laval, 2014 [non publié], p. 145 à 168).

où elle n'a jamais vraiment été évacuée⁷, mais également en droit international privé⁸, où l'idée selon laquelle la prescription est une question de procédure a reçu l'étonnante bénédiction de la Cour suprême du Canada dans un arrêt rendu en 2010⁹, malgré un arrêt de 1995 ayant condamné cette

-
7. Encore aujourd'hui, et outre la référence à la note précédente, la doctrine québécoise (Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 1152 et 1154; Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n° 1-1444; Céline GERVAIS, *La prescription*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 178; Daniel DUMAIS, «L'extinction du droit d'action: la prescription», dans *Collection de droit 2014-2015*, École du Barreau du Québec, vol. 4, *Responsabilité*, Montréal, Barreau du Québec, 2014, p. 6; Mario NACCARATO, «Dispositions générales», dans *JurisClasser Québec*, coll. «Droit civil», *Preuve et prescription*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, par. 23) est pratiquement unanime à suivre la qualification procédurale popularisée par Pothier (Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, t. 1, Paris, Debure l'aîné, 1761, n° 196, p. 211, et t. 2, n° 642, p. 228), mais depuis largement contestée en France, où la doctrine opine plutôt pour la qualification substantielle (P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 4, p. 675; Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, *Droit civil. Les obligations*, t. 2, 2^e éd., Paris, Sirey, 1989, p. 303; Marc BRUSCHI et Alain SÉRIAUX, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Paris, Economica, 1997, p. 290; Monique BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, Economica, 1986, p. 223), encore que certains soient plus circonspects et soulignent seulement que la question n'est pas réglée (François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 1415; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 2, p. 436).
8. Voir par exemple: Henri KÉLADA, *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 39; Stephen L. DRYMER, «Canada» dans CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Guide des règles nationales de procédure pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conformément à la Convention de New York: un rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI*, (2009) *Bull. CCI – Supp. spéc. 2008*, où les auteurs proposent d'appliquer le délai québécois de la *lex fori* aux demandes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères, sans mentionner l'article 3131 C.c.Q. ni l'arrêt *Minkoff c. Society of Lloyd's*, J.E. 2004-1459 (C.A.), ayant rejeté cette solution pour les jugements étrangers. Pour un commentaire plus étoffé sur la qualification procédurale en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements, voir Gérard GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 410 et 411, où les auteurs estiment, sans le bénéfice de l'arrêt *Minkoff* cependant, que «la question à qualifier serait bien une question de prescription, mais relative, quant à ce fond particulier, à une procédure au Québec: le droit non pas d'exécuter le jugement étranger, d'obtenir la somme d'argent, mais de demander au Québec la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue en dehors de cette province». Pour une opinion semblable mais plus nuancée, voir les commentaires sur l'article 3131 C.c.Q. de Gérard GOLDSTEIN, *Droit international privé. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, t. 1, Cowansville, 2011, n° 560, EYB2011DCQ1226 (DCL).
9. *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, [2010] 1 R.C.S. 649, par. 23: «les délais de prescription applicables, en vertu du droit national, à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont des "règles de procédure" au sens de l'art. III» de

qualification comme injustifiée¹⁰ et un autre de 2003 admettant, dans le sillon des propos tenus par la Law Commission de 1982¹¹ : « On a traditionnellement considéré que les délais de prescription empêchaient le créancier d'exercer son recours, mais qu'ils n'éteignaient pas sa créance. À mon avis, il s'agit là d'une *distinction vide de sens*. À toutes fins utiles, la dette [...] est prescrite¹². »

Les affirmations récentes tendant à raviver la distinction *droit—action* dans le contexte de la prescription et les injustices que de telles affirmations peuvent causer dans un litige international justifient donc, à notre avis, d'approfondir l'étude de ce problème. Nous suivrons à cet égard un plan chronologique partant de la naissance de la personnalité juridique de l'étranger à Rome jusqu'à la pleine reconnaissance de la durée de ses droits à l'époque contemporaine, en passant par l'émergence, l'expansion puis le recul de la qualification procédurale.

1 La formation du droit international privé

Alors que la différence entre le droit privé des États et les contacts entre ceux-ci existent manifestement depuis longtemps, l'idée de traiter cette différence d'un point de vue juridique est relativement récente. En effet, « pour être le droit des relations privées internationales, le droit international privé suppose que de telles relations existent en fait et soient permises en droit. Or il est à peine besoin de rappeler que cela a été rarement

la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 novembre 1958, (1961) 339 R.T.N.U. 3.

10. *Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022, par. 80 (l'italique est de nous) :

La common law a traditionnellement considéré la prescription comme une règle de procédure [...] La première [raison à l'origine de l'acceptation rapide de ce principe dans la jurisprudence anglo-américaine] était l'opinion selon laquelle *des justiciables étrangers ne devraient pas profiter d'avantages* que ne peuvent tirer les justiciables du tribunal saisi. Cette position est liée à la préférence anglaise pour la *lex fori* dans les situations de conflit. La seconde raison était l'opinion plutôt mystique selon laquelle une cause d'action en common law conférerait au demandeur un droit permanent.

11. GREAT BRITAIN, LAW COMMISSION, *Classification of Limitation in Private International Law – Report on a Reference under Section 3 (1) (e) of the Law Commissions Act 1965 (Law Com. No. 114)*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1982, p. 7 : « The rule [la qualification procédurale de la prescription entraînant l'application systématique de la *lex fori*] is based on a distinction which is in many respects *unreal*, i.e., the distinction between right and remedy, in that a right cannot be said to have an objective existence independent of the remedy which supports it [...] It follows that any classification based on this *artificial distinction* is itself unreal » (l'italique est de nous).

12. *Markevich c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 94, par. 41 (l'italique est de nous).

le cas au cours des siècles¹³». Pour en arriver à cette reconnaissance, il a fallu admettre d'abord que l'étranger était un sujet de droit (1.1) avant de concevoir non seulement que sa personne mais aussi que ses droits pouvaient être étrangers (1.2).

1.1 La confusion entre la procédure et la substance des droits à Rome

On se rappellera que «l'étranger a été considéré originairement par les civilisations antiques connues de nous comme dépourvu en principe de tout droit dans la cité¹⁴». Mais à Rome, à partir de l'établissement du système de la procédure formulaire vers le II^e siècle avant Jésus-Christ, l'étranger acquiert graduellement le droit d'obtenir justice en raison de l'élargissement des pouvoirs des magistrats romains, conditionné par les conquêtes et la volonté d'unification qui s'en est suivie, notamment sous l'influence de la philosophie universaliste des stoïciens¹⁵.

Sous l'ancien système des actions de la loi, seule existe l'instance légitime conduite à Rome entre citoyens romains sur une question de droit civil, mais le préteur de l'époque classique peut désormais ordonner la tenue d'une instance renfermée dans son *imperium* même en présence d'un étranger et autoriser le juge à trancher des questions ignorées de la Loi des XII Tables pour en combler les lacunes¹⁶. Ainsi l'affluence de pérégrins à Rome a-t-elle largement contribué à l'évolution du droit romain, particulièrement à la création du droit prétorien comme outil de correction du droit civil¹⁷.

13. Phocion FRANCESKAKIS, «Droit naturel et Droit international privé», dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 1, Paris, Dalloz, 1960, p. 113, à la page 120.

14. Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 2002, p. 151.

15. Jean GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey, 1967, p. 524.

16. Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 11, 30 et 38-40; Léo DOMENGET, *Institutes de Gaius*, Paris, A. Marescq Ainé, 1866, comm. 4, §103-109, p. 571-575.

17. Édouard CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, vol. 1, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1891, p. 484 et 712. Il n'est pas clair jusqu'où la notion de *jus civile* (c'est-à-dire le droit strict issu de la loi ancienne, particulièrement de la Loi des XII Tables, aussi appelé *jus Quiritium*) s'oppose seulement au *jus praetorium* (c'est-à-dire le droit nouveau issu de l'*imperium* du préteur) ou également au *jus gentium*. Selon Cuq, le *jus gentium* vise les mêmes normes que celles du *jus praetorium* auxquelles les Romains ont ensuite donné le nom *gentium* lorsqu'ils ont eu conscience qu'elles se retrouvaient chez tous les peuples civilisés (p. 490). D'autres, en revanche, estiment qu'il faut distinguer le droit prétorien du *jus gentium*, le premier ne valant que pour les citoyens et le second pour ceux-ci et les pérégrins (voir J. GAUDEMET, préc., note 15, p. 604, note 2, qui admet cependant que «le

Cela dit, l'accession de l'étranger au prétoire passait toujours par le droit romain. Certains auteurs ont, il est vrai, suggéré que le préteur pouvait s'inspirer du droit étranger lorsqu'il rédigeait une formule pour un procès impliquant un étranger¹⁸. Mais jamais le problème n'a été envisagé sous l'angle du conflit de lois : au plus trouvait-on « des textes concernant l'autorité des magistrats subordonnés ou des textes qui renvoyaient en quelque matière spéciale à la coutume locale¹⁹ », de sorte que le droit romain « ignorait le problème [des conflits de lois] ou en tout cas n'indiquait aucune solution²⁰ ». La raison en est que le droit romain ne concevait qu'un seul *imperium* — le sien, — tandis que la distinction fondatrice du droit international privé postule au contraire la reconnaissance d'un autre *imperium* ayant donné des droits à l'étranger. On peut donc, de manière imagée, suggérer que le droit romain était procédural²¹, mais la distinction entre la procédure et la substance des droits n'existait pas encore, de sorte que l'application systématique de la *lex fori* n'était pas le fruit d'une qualification mais d'une absence de qualification. Celle-ci ne sera pas formulée avant le Moyen Âge, où la distinction entre le pouvoir du juge et les droits des parties apparaît.

1.2 La distinction entre la procédure et la substance des droits au Moyen Âge

On trouve l'énoncé de principes de droit international privé à partir du XIII^e siècle, paradoxalement dans le contexte de l'étude du droit romain²². À cette époque, la reconnaissance de l'existence d'ordres juridiques étrangers se produit entre communes ou parlements soumis à une même autorité qui doit décider d'où tirer la loi applicable à une situation²³. Doctrine et

concept [de *jus gentium*] restera toujours imprécis»). Quoi qu'il en soit, l'élargissement de l'*imperium* du préteur concorde dans le temps avec la possibilité pour les étrangers d'obtenir justice à Rome.

18. E. CUQ, *id.*, p. 484.

19. Eduard Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-âge, spécialement dans l'Europe occidentale », (1934) 49 *R.C.A.D.I.* 543, 593.

20. Bernard AUDIT, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Economica, 2010, p. 64.

21. M. BANDRAC, *préc.*, note 7, p. 11.

22. Alain PRUJINER, « Introduction : Principes et méthodes du droit international privé québécois », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, 2012, par. 31, qui situe à cette époque la « véritable origine doctrinale du droit international privé actuel ».

23. Selon P. FRANCESCAKIS, *préc.*, note 13, p. 125, le droit international privé se veut ainsi l'expression d'un « certain fédéralisme », référant à Hessel E. YNTEMA, « The Historic Bases of Private International Law », (1953) 2 *Am. J. Comp. L.* 297, 299 : « Historically

jurisprudence, séparément semble-t-il²⁴, commencent alors à distinguer la procédure de la substance des droits afin d'éviter que la loi du tribunal saisi s'applique à l'étranger en tout procès²⁵. À l'inverse, la qualification procédurale empêche l'étranger d'invoquer la loi étrangère²⁶. Avec cette distinction, « la science moderne du droit international privé était née²⁷ ».

La première opinion que nous avons retracée concernant la qualification de la prescription a été émise au milieu du XIV^e siècle par Bartole, le « père de la science du droit international privé²⁸ ». Pour cet auteur, la créance du Florentin comparaisant devant le juge de Rome ne doit pas être assujettie à la prescription romaine lorsqu'elle est payable ailleurs, car « ce qui survient à l'improviste, comme une action en résolution du contrat » ne relève pas de l'ordonnancement du procès mais de la décision du litige²⁹. Selon le célèbre Bolognais, c'est le lieu de l'inexécution qui doit déterminer la loi applicable au *litis*, lieu qu'il concède cependant être localisé au *locus* du procès lorsque rien n'a été stipulé au contrat. Il est cependant généralement admis que Bartole qualifie la prescription comme relevant de la substance des droits et non de la procédure³⁰. Cette opinion sera suivie

[...] conflicts law has [...] developed within political communities organized in some degree on a federal basis.»

24. Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 353.
25. A. PRUJINER, préc., note 22, n^o 31.
26. E.M. MEIJERS, préc., note 19, p. 589, citant un arrêt du Parlement de Paris du milieu du XIII^e siècle qui refuse à un Normand le droit d'invoquer la coutume normande pour justifier son défaut de comparaître au motif que cette question touche à l'ordre de procédure.
27. *Id.*, p. 596; voir en ce sens : Max GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », (1929) 29 *R.C.A.D.I.* 287, 314 et 315 ; André HUET, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) – Compétence de la “lex fori” – Domaine de la “lex fori” : action en justice », (2001) *JurisClasseur Droit international*, fasc. 582-10, n^o 7.
28. E.M. MEIJERS, préc., note 19, p. 602 (notant que ce titre est « peut-être un peu exagéré »); voir, en ce sens, Bartolo de SASSOFFERATO, *Bartolus on the Conflict of Laws*, traduit par Joseph Henry BEALE, Cambridge, Harvard University Press, 1914, p. 9, qui souligne que c'est à Bartole que revient le mérite d'avoir élaboré « the first and standard statement of the doctrines of the Conflict of Laws ».
29. Bertrand ANCEL, « Le commentaire de Bartole *Ad legem cunctos populos* sur la glose *Quod si Bononiensis* mis en français », dans *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009, p. 53.
30. Armand LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, t. 1, Paris, Librairie Cotillon, 1888, p. 136; Ernest G. LORENZEN, « Huber's De Conflictu Legum », (1918-1919) 13 *Ill. L.R.* 375, 390.

jusqu'au milieu du xvii^e siècle³¹, bien que la question soit demeurée quelque peu obscure, comme en témoigne le fait que Dumoulin n'en a pas parlé³².

On trouve dès cette époque des commentaires dénonçant l'injustice découlant de la qualification procédurale. Dans une affaire où un Savoyard avait promis un paiement à Rome, le sénat de Chambéry saisi de la poursuite a refusé d'appliquer la *lex fori* à la prescription de l'action en restitution³³. Selon le commentateur de l'arrêt, outre que la *restitutio in integrum* ne fait pas partie de la procédure, il aurait été «injuste de faire varier le délai de prescription par un changement de juridiction³⁴».

2 L'émergence de la qualification procédurale

La réception d'un droit venu d'ailleurs va grandement diminuer à partir du xvi^e siècle. La technique pour rejeter la loi étrangère évoluera selon le moment et le lieu, passant de l'importance du domicile (2.1) à la qualification procédurale de l'*actio* (2.2), aboutissant en définitive à ne laisser entrer au prétoire que les droits de la *lex fori* (2.3).

2.1 La règle *actor sequitur forum rei*

En France, la rédaction des coutumes entraîne une réflexion sur la notion d'un droit commun non plus issu du droit romain mais des principes généraux en vigueur dans les coutumes du royaume, favorisant l'émergence d'un droit national³⁵. À cette époque, le magistrat breton d'Argentré critique vigoureusement Bartole et rejette l'application de la loi étrangère,

31. Jean MICHEL, *La prescription libératoire en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1911, p. 27 et 28 ; A. LAINÉ, préc., note 30, p. 203, 204 et 256.

32. Voir, par exemple, Bertrand ANCEL, «Les Conclusions sur les Statuts et Coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français», (2011) 100 *Rev. crit. dr. int. privé* 21, où la question n'est pas abordée. Certains auteurs, comme A. LAINÉ, préc., note 30, p. 256, et J. MICHEL, préc., note 31, p. 30, estiment cependant que Dumoulin a implicitement adopté la qualification substantielle, mais Louis BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes, ou statut*, t. 1, Paris, Guillaume Desprez, 1766, p. 364 et 365, remarque que Dumoulin «ne décide pas le combat d'entre la loi du créancier et celle du débiteur».

33. Raymond Théodore TROPLONG, *Le droit civil expliqué. De la prescription*, t. 1, Paris, Charles Hingray, 1835, p. 48 et 49.

34. J. MICHEL, préc., note 31, p. 33.

35. Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET et Jean GAUDEMET, *Introduction historique au droit xiii^e-xx^e siècle*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, p. 274 et 275. Sur l'apport de la doctrine au développement du droit commun coutumier en France, voir Didier VEILLON, «Quelques observations sur le droit commun coutumier français (XVI^e-XVIII^e s.)», (2007) 4 *Slovenian L. Rev.* 215, 216.

sauf aux personnes et à leurs meubles, ce qui n'inclut pas les contrats³⁶. Dans cette conception territorialiste du conflit de lois, le lieu de conclusion du contrat et le lieu désigné pour le paiement ne sont plus des facteurs de rattachement suffisants, car seul le domicile est susceptible de justifier l'application de la loi étrangère — et encore, seulement pour les questions d'état et de possession, la *lex fori* étant appelée à régler tout le reste.

Le juriconsulte nivernais Coquille, contemporain du magistrat d'Argentré, fournit à cette approche un motif voué à une grande fortune : la dette étant attachée au débiteur, c'est la coutume de son domicile qui doit la régir³⁷, ce qui aboutit évidemment à l'application systématique de la *lex fori*, compte tenu de la règle *actor sequitur forum rei* selon laquelle le demandeur doit suivre le for de la chose demandée (*res*) ou du défendeur (*reus*)³⁸. Mais la règle *actor sequitur* n'était pas une règle de conflit : c'était une règle de compétence. La confusion entre compétence et loi applicable deviendra cependant largement répandue. D'autres apportent une justification philosophique à ce principe, tel Simon d'Olive qui conclut :

Mais puisque suivant l'axiome des Philosophes le mouvement et l'action prennent leur forme et leur essence du terme où ils tendent et aboutissent, il s'ensuit que c'est par le domicile du débiteur que les dettes actives doivent être réglées ; vu que, suivant le Droit, le débiteur est le terme de l'action civile, et que le créancier poursuivant l'effet de son obligation et le paiement de son dû, est obligé de suivre la Cour et la juridiction du débiteur³⁹.

Cet argument est appliqué à la prescription extinctive par Paul Voet puis par son fils Jean, juristes hollandais du XVII^e siècle. Pour ces auteurs, la *lex fori* s'applique à la prescription de l'action en raison de la localisation de la dette au lieu du domicile du débiteur, lieu qui se trouve forcément à être, par application de la règle *actor sequitur*, celui du juge saisi de l'affaire⁴⁰. Le

36. J. MICHEL, préc., note 31, p. 34 et 35 ; A. LAINÉ, préc., note 30, p. 316 et 317.

37. Guy COQUILLE, *Les Œuvres de maistre Guy Coquille sieur de Romenay*, t. 2, Bordeaux, Claude Labottière, 1703, p. 282 (dans le contexte de la loi applicable aux créances et aux dettes d'une succession).

38. Arthur Taylor VON MEHREN, « Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law : A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-law Systems : General Course on Private International Law », (2002) 295 *R.C.A.D.I.* 9, p. 179.

39. Simon d'OLIVE DU MESNIL, *Les Œuvres de M^e Simon d'Olive sieur du Mesnil*, Lyon, Simon Rigaud, 1650, p. 574 (notre traduction en langue moderne).

40. J. MICHEL, préc., note 31, p. 40 et 41 ; E.G. LORENZEN, préc., note 30, p. 390 ; Jean Jacques Gaspard FOELIX, *Traité du droit international privé*, t. 1, 4^e éd., Paris, Marescq Ainé, 1866, p. 239 et 240 ; William GUTHRIE, *Private International Law*, 2^e éd., Édimbourg, T. & T. Clark, 1880, p. 269.

résultat, qui aboutit à exclure systématiquement la loi étrangère, s'inscrit également dans le contexte d'une exacerbation du sentiment national⁴¹.

Pourtant, même à cette époque, des tempéraments à l'adéquation nécessaire entre compétence et loi applicable existent. Par exemple, dans la doctrine et la jurisprudence flamandes de la fin du XVII^e siècle, «on doit suivre la Coûtume du lieu du domicile du débiteur», mais cela n'empêche pas qu'un arrêt de 1692 refuse d'appliquer la *lex fori* à la prescription «de manière que celle du lieu où l'on plaide est indifférente pour la Question⁴²». De même, entre marchands, une ordonnance de 1673 permet la saisine du juge «soit du domicile, soit du lieu où la promesse a été faite et la marchandise fournie, soit du lieu auquel le paiement doit être fait, et cela pour la plus prompte expédition des affaires du Commerce qui intéresse toutes les Nations⁴³», sans que cela signifie que la loi applicable doive changer.

Cela dit, la solution deviendra si généralisée qu'on ne retrouvera même plus de référence à Bartole dans les commentaires du début du XVIII^e siècle concernant ce débat : en France, la doctrine se borne à se demander si c'est la loi du créancier ou celle du débiteur qui doit régler la prescription, sans mentionner les autres facteurs de rattachement comme le lieu de conclusion ou le lieu de paiement, et tranche invariablement en faveur du débiteur⁴⁴. De même, la jurisprudence écossaise de cette époque, vraisemblablement influencée par l'habitude des avocats d'aller étudier en Hollande⁴⁵, suit la doctrine des Voet et rattache la prescription de l'action au domicile du débiteur⁴⁶.

41. Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, «Du conflit des lois différentes dans les États différents», dans *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 1, à la page 3, notent que la réflexion et l'action politique des Pays-Bas à cette époque sont orientées «contre la mythique sujétion au Saint-Empire romain germanique et contre une ambition espagnole encore proche» conformément à «l'idéologie de l'État souverain forgée par J. Bodin et H. Grotius».

42. Jacques POLLET, *Arrests du Parlement de Flandre sur diverses questions de droit, de coutume, et de pratique*, Lille, Lievin Danel, 1716, p. 341.

43. L. BOULLENOIS, préc., note 32, p. 607 et 608.

44. Claude BERROYER et Eusèbe-Jacques de LAURIÈRE, *Traité de M^r Duplessis ancien avocat au Parlement de Paris sur la coutume de Paris*, 3^e éd., Paris, Nicolas Gosselin, 1709, p. 488 et 489 (voir la note en bas de page); François-Ignace DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions*, Dijon, Antoine de Fay, 1730, p. 114; voir aussi les observations de Jean BOUHIER, *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Arnaud Jean-Baptiste Auge, 1742, p. 595.

45. D.J. Llewelyn DAVIES, «The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law», (1937) 18 *Brit. Y.B. Int'l. L.* 49, 52 et 53.

46. W. GUTHRIE, préc., note 40, n^o 374, p. 269; voir les décisions citées par le rapporteur dans *The British Linen Company v. Drummond*, [1830] 109 E.R. 683, 687 (R.-U.), en note (c).

Selon cette conception, l'application systématique de la *lex fori* se fait en deux temps et de manière indirecte, en ce sens que la loi du juge demeure distincte de l'action à prescrire. Pour les Voet, comme pour Coquille, la dette est tout simplement localisée au lieu où le débiteur est domicilié, bien que le motif de cette localisation soit fondé sur l'obligation du créancier de se plier à la compétence du juge de ce domicile. Mais ni l'un ni l'autre, pas plus d'ailleurs que la doctrine française et la jurisprudence écossaise, ne rattachent la prescription aux règles d'ordonnancement du procès. En ce sens, on peut dire que cette conception se distingue de la qualification procédurale de la prescription et demeure fondée sur un raisonnement de conflit de lois.

Au contraire, la qualification procédurale formulée par un compatriote des Voet, le magistrat frison Huber, se démarque par l'oblitération complète de toute référence à une recherche de localisation : puisque son objet — l'action — relève de l'ordonnancement du procès, nul besoin de recourir aux principes du droit international privé.

2.2 La valeur du contrat et l'action

L'opinion d'Huber se trouve dans un opuscule paru en 1689 de « dix pages qui ont autant de poids que dix volumes⁴⁷ ». Il est le premier à formuler la qualification procédurale de la prescription dans un contexte de conflit de lois : selon lui, la prescription ne concerne pas la valeur du contrat mais l'action, laquelle est un acte distinct et relève de l'ordonnancement du procès⁴⁸.

Cette distinction s'apparente à celle faite par le professeur toulousain Guillaume de Cun, au début du XIV^e siècle, pour défendre un passage de la glose d'Accurse où est justifiée la règle d'Azon selon laquelle le juge doit toujours appliquer sa propre loi⁴⁹. Pour cet auteur, il faut distinguer les affaires (*negotii*) qui visent les effets du contrat, et le procès (*litis*) qui vise les suites en découlant à l'improviste et accidentellement, les premières pouvant être soumises à la loi étrangère, mais le second étant toujours régi

47. A. LAINÉ, préc., note 30, t. 2, p. 96. Mais Huber a surtout influencé le système anglo-américain : B. ANCEL et H. MUIR WATT, préc., note 41, p. 3-5 ; D.J.L. DAVIES, préc., note 45, 53.

48. B. ANCEL et H. MUIR WATT, préc., note 41, p. 14 et 15 (l'italique est de nous) :
La raison en est que la prescription et l'exécution ne concernent pas *la valeur du contrat*, mais se rapportent au moment et au mode d'exercice de l'*action*, laquelle constitue en soi un quasi-contrat et acte autonome, à tel point qu'il est reconnu sur les motifs les plus solides qu'en ce qui touche l'ordonnancement du procès, la coutume du lieu où l'on agit et non celle du lieu où le contrat a été conclu doit être observée.

49. E.M. MEIJERS, préc., note 19, p. 601, note 3.

par la loi du juge. Ce passage est précisément celui que conteste Bartole pour justifier que l'action en résolution de contrat ne soit pas régie par la loi du juge et rejeter ainsi l'application de la *lex fori* à la prescription⁵⁰.

Bien qu'il ne se prononce pas sur la loi applicable, Pothier reprend la même distinction en 1761. Selon lui, les prescriptions « n'éteignent pas la créance » mais rendent « le créancier non-recevable à intenter l'action qui en naît⁵¹ », de sorte que ce qui subsiste, après l'écoulement du délai, peut aussi être regardé « comme obligation purement naturelle⁵² ». Or, jusqu'à Pothier, les auteurs qui discutent de l'obligation naturelle ne parlent pas des obligations visées par la prescription⁵³. Cependant, le terme « naturel » était bien connu en relation avec la prescription : un ancien débat se demandait si cette institution était de droit naturel ou de droit civil. Mais ce débat était, logiquement, antérieur à la qualification procédurale de la prescription et à la question de savoir si l'étranger pouvait invoquer la loi étrangère, puisqu'il s'est développé afin de déterminer si l'étranger pouvait seulement prescrire.

2.3 Le droit civil et le droit naturel

À partir du XVI^e siècle, la doctrine commence à utiliser la distinction romaine entre le droit civil et le droit naturel ou droit des gens pour justifier de refuser aux étrangers les bénéfices émanant d'un souverain qui n'est pas le leur, tout en leur permettant d'invoquer ceux qui n'émanent d'aucun souverain. Ainsi, on refuse à cette époque aux étrangers le droit de tester en invoquant la qualification civile de ce droit⁵⁴. Quant aux contrats, les auteurs commencent à affirmer que « les contrats sont du droit des gens » à

50. Huber ne cite pas Bartole, mais il réfère, au soutien de son opinion, à un autre magistrat frison, lequel cite Bartole précisément au même paragraphe auquel réfère Huber : Johan VAN DEN SANDE, *Decisiones Frisicae sive Rerum in suprema Frisorum curia judicatorum*, Leuvarde, Janssonius, 1639, p. 44.

51. R.J. POTHIER, préc., note 7, t. 2, n^o 642, p. 228.

52. *Id.*, t. 1, n^o 196, p. 211.

53. Claude DE FERRIÈRE, *Introduction à la pratique*, Paris, Jean Cochart, 1679, p. 184 et 185 ; Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 3, 2^e éd., Paris, Aubouin Emery et Clouzier, 1697, t. 1, p. 101 et 102 et t. 2, p. 262, lequel précise, sans même référer à un débat à ce sujet, que le créancier prescrit « perd sa dette, & tous droits & actions se perdent » (t. 2, p. 455). De son côté, F.-I. DUNOD DE CHARNAGE, préc., note 44, p. 108, mentionne bien qu'il y a « plus de doute sur l'obligation naturelle. Les uns pensent [que la prescription] n'a fait qu'en empêcher l'effet, et les autres qu'elle l'éteint entièrement », mais il conclut que « l'existence d'une obligation » n'est pas conforme aux « principes de la saine Jurisprudence » car la « Loi Civile a voulu, que le débiteur fût entièrement à couvert » et qu'elle « peut éteindre l'obligation naturelle, comme elle peut l'empêcher de naître ; et elle l'éteint, par tout ce qui suivant les maximes du Droit, tient lieu du paiement ».

54. H. BATIFFOL, préc., note 14, p. 146.

partir du XVII^e siècle⁵⁵, ce qui explique qu'ils lient les étrangers et traversent les frontières malgré la disparité des lois.

À la suite de Cujas qui se demandait si la prescription relevait du *iure civili* ou du *iure gentium*⁵⁶, Grotius se penche sur la question dans son célèbre ouvrage et conclut que tant les souverains que les étrangers peuvent prescrire, ce qui est «là un effet, non du droit civil, mais du droit naturel⁵⁷». Jusqu'au milieu du XVIII^e siècle, la plupart des auteurs qui se prononcent sur la question rattachent la prescription au droit naturel⁵⁸, solution que le Parlement de Paris avait alors consacrée en admettant que les étrangers puissent se prévaloir de la prescription⁵⁹. Le débat s'épuisera dans le courant du XIX^e siècle, les étrangers finissant par obtenir graduellement «la jouissance de tous les droits qu'ils invoquaient». Comme l'explique Batiffol, «[si] la distinction [entre le droit des gens ou le droit naturel et le droit civil] avait été viable, on aurait dû voir se développer une importante jurisprudence répartissant les matières du droit privé entre l'une et l'autre catégories, d'après leur caractère universel ou particulier, rationnel ou artificiel. Les choses se sont passées autrement⁶⁰».

En fait, la distinction romaine entre droit civil et droit des gens n'avait pas le sens que lui donnèrent les romanistes de la Renaissance, car toujours à Rome l'un et l'autre dépendaient de l'*imperium* du préteur, contrairement à la prescription que Grotius voulait précisément détacher de tout *imperium*. En ce sens, c'est plutôt à la différence entre le droit positif et le droit naturel auquel réfère le juriste hollandais⁶¹. Cette différence, qui semble

55. P. FRANCESCAKIS, préc., note 13, p. 138.

56. Jacques CUJAS, *Commentarii Ex libro XLI. Digestorum, ad Titulos VIII. De usurpationibus & usucapionibus*, Lyon, 1559, p. 1 ; comparer avec R.T. TROPLONG, préc., note 33, p. 36, qui soutient que Cujas était d'avis que la prescription éteint l'obligation civile comme l'obligation naturelle, tandis que Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Albert TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil – De la prescription*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1905, p. 29, soulignent qu'il enseignait qu'elle est de droit civil et opposée à la loi naturelle.

57. Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par Paul PRADIER-FODÉRÉ, t. 1, Paris, Guillaumin et cie, 1867, p. 465 et 472-474. L'ouvrage publié en 1625 sera plus tard cité avec approbation, sur ce point, par Emer DE VATTEL, *Droit des gens*, t. 2, Londres, 1758, p. 124-128.

58. Voir les références chez R.T. TROPLONG, préc., note 33, p. 36, et G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 56, p. 29, ces derniers omettant cependant Grotius et de Ferrière ; voir également Philippe-Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., Paris, Garnery, 1812, t. 9, p. 483.

59. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 56, p. 29.

60. H. BATIFFOL, préc., note 14, p. 147.

61. Déjà F.-I. DUNOD DE CHARNAGE, préc., note 44, p. 108, emploie la notion de droit positif pour qualifier les règles de la prescription acquisitive, par opposition au droit naturel dont relèvent celles de la prescription extinctive. R.T. TROPLONG, préc., note 33, p. 36,

restreinte à la philosophie et à la linguistique jusqu'à ce que les canonistes français du XII^e siècle la popularisent⁶², se manifestera également dans le débat relatif à la loi applicable dans les tribunaux marchands, où depuis Bartole on se demande dans quelle mesure l'équité doit l'emporter sur les formalités de la loi⁶³. Mais la notion d'un droit naturel indépendant de l'*imperium* du préteur n'était pas explicite à Rome, à tout le moins en ce qui concerne la prescription.

Il est vrai que les stoïciens avaient déjà émis « l'idée d'un droit inhérent à l'homme par cela seul qu'il est homme, indépendamment de la cité et de la religion⁶⁴ ». Cependant, la théorie juridique des obligations naturelles qui se constitue à partir de Julien vise surtout la répétition de l'indu et la compensation dans un contexte où certains tempéraments sont apportés graduellement, par l'*imperium* du préteur, à l'idée voulant que tout être humain n'est pas une personne et que tout accord de volonté n'est pas un contrat⁶⁵. Les romanistes modernes estiment ainsi qu'une obligation naturelle n'existait pas dès que le droit, légal et prétorien, était injuste au sens stoïcien, en particulier dans le cas de la prescription⁶⁶. Autrement dit, la prescription romaine relevait peut-être du pouvoir prétorien, mais elle n'était pas pour autant liée à la théorie des obligations naturelles.

qui critique cette qualification, estime au contraire qu'il « serait temps de renoncer à ces rêveries », car « le droit positif s'est emparé de la propriété comme de l'obligation ».

62. Alain BOUREAU, « Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèse sur la nature du droit médiéval », (2002) 57 *Annales. Histoire, Sciences sociales* 1463, 1469 et suiv., où l'auteur retrace la généalogie du « couple droit naturel/droit positif » depuis le problème de l'origine du langage selon l'opposition *phusis/thesis* déjà connu de Platon et ensuite repris par le grammairien Aulu-Gelle et le philosophe aristotélicien Boèce, lequel écrit à l'époque de la codification de Justinien, mais distingue précisément le problème de l'origine du langage par nature ou par position du problème du juste et du bon dans le domaine des normes (p. 1470) « puisque le droit de la cité (*jus civile*) et le bon de la cité se définissent par institution (*positione*), non par nature ».
63. Charles DONAHUE, « Equity in the Courts of Merchants », (2004) 72 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1, 4, 11 et 12, où l'auteur relate notamment la manière dont Bartole, Balde et Salicet ont utilisé la notion de « subtilités de droit » pour séparer le domaine respectif de la loi et de l'équité dans les tribunaux marchands (voir la traduction de l'expression « *de apicibus juris* », que le *Digeste* oppose à la bonne foi : Henri HULOT et Jean-François BERTHELOT, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Paris, Rondonneau, 1803, t. 2, livre 17, titre 1, n° 29, § 4, p. 482).
64. Paul HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, t. 2, Paris, Sirey, 1929, p. 249.
65. H. HULOT et J.-F. BERTHELOT, préc., note 63, t. 7, livre 46, titre 1, n° 16, § 4, p. 89 ; voir, en ce sens, P. HUVELIN, préc., note 64, p. 251 et 252.
66. P. HUVELIN, préc., note 64, p. 255 et 312 ; P.F. GIRARD, préc., note 16, p. 643 ; Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, Paris, Domat-Montchrestien, 1936, p. 313.

Il faut dire, de manière pragmatique, que la durée des actions n'a vraisemblablement pas été réduite par l'établissement de la prescription trentenaire⁶⁷, compte tenu de la règle qui empêchait la transmission des actions perpétuelles avant d'être intentées⁶⁸, couplée aux informations contenues au texte dit de la «table d'Ulpien» établissant que l'espérance de vie maximale à tout moment de la vie d'un individu n'était jamais supérieure à 30 ans⁶⁹. Ainsi, les actions perpétuelles, c'est-à-dire celles qui n'expiraient généralement pas dans l'année⁷⁰, portaient ce nom en raison de la règle de l'ancien droit voulant que le temps ne soit pas à même de briser un engagement⁷¹, mais le prêteur a fini par donner contre elles aussi une exception⁷², de sorte que toutes les actions avaient un terme et que l'idée d'une obligation concrètement perpétuelle n'existait tout simplement pas. Il n'y avait donc rien de révolutionnaire lorsque Justinien a achevé de réformer les règles de la prescription en abolissant la différence entre la propriété civile et la propriété prétorienne⁷³ et en imposant un seul et même effet à toutes les actions : «qu'elles soient absolument éteintes par la prescription⁷⁴».

L'utilisation de la distinction entre *jus civile* et *jus gentium* à partir de la Renaissance était donc fondée sur une interprétation artificielle du

67. Prescription établie par Théodose en 424, voir R.T. TROPLONG, préc., note 33, p. 23 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 56, p. 9.

68. H. HULOT et J.-F. BERTHELOT, préc., note 63, t. 7, livre 50, titre 17, n° 139, p. 665 : «Toutes les actions qui s'éteignent par la mort ou un certain espace de temps subsistent par le moyen de la contestation en cause» ; voir, en ce sens, Eugène DE ROZIÈRE, «L'intransmissibilité première des créances et des dettes», dans *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, Paris, L. Larose et Forcel, 1887, p. 48, 57.

69. H. HULOT et J.-F. BERTHELOT, préc., note 63, t. 5, livre 35, titre 2, n° 68, p. 190 et 191.

70. L. DOMENGET, préc., note 16, comm. 4, § 100, p. 575.

71. P. HUVELIN, préc., note 64, p. 310 : «Les obligations reipersécutoires peuvent-elles s'éteindre par la seule expiration d'un certain laps de temps ? L'ancien droit répondait : non : "ad tempus deberi non potest". Les obligations civiles sont perpétuelles.»

72. Adolphe Marie DU CAURROY, *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, t. 2, 8^e éd., livre 3, titre 15, Paris, Gustave Thorel, 1851, n° 3, p. 124 ; voir en ce sens Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, t. 3, 8^e éd., Paris, Henri Plon, 1870, p. 160.

73. Jean-François BRÉGI, *Droit romain. Les biens et la propriété*, Paris, Ellipses, 2009, p. 109.

74. Alexandre Pascal TISSOT, *Les douzes livres du Code de l'Empereur Justinien, de la seconde édition, traduits en français*, Metz, Behmer, 1807, t. 3, livre 7, titre 39, n° 4, p. 232. L'empereur byzantin souligne d'ailleurs abolir la distinction civile et prétorienne de la propriété dans des termes que la Cour suprême du Canada reprendra dans *Markevich c. Canada*, préc., note 12 : «car cette distinction énigmatique est *vide de sens* et n'est rien de moins que réelle, dont tout l'effet est d'épouvanter les jeunes gens qui commencent l'étude du droit, qui sont obligés mal-à-propos de s'embarasser l'esprit avec l'inutile doctrine des lois anciennes» (livre 7, titre 25, n° 1, p. 206 ; l'italique est de nous).

droit romain⁷⁵, en particulier pour qualifier la prescription. La doctrine reconnaissait d'ailleurs ne pas suivre tous les développements de ce droit⁷⁶. Même Pothier admettait que l'obligation naturelle subsistant à la prescription, qu'il nomme « créance inefficace », n'était pas l'obligation naturelle des Romains, car cette dernière était admise à compenser, contrairement à l'obligation prescrite⁷⁷. De plus, il ne donnait à la créance ainsi inefficace qu'une valeur non pas seulement limitée mais surtout conditionnelle : pour Pothier, la créance est « présum[ée] éteinte et acquittée, tant que la fin de non-recevoir subsiste⁷⁸ ». Dans le système de Pothier, donc, l'action que peut éteindre la prescription représente plus que l'action civile de Gaius que le prêteur peut neutraliser par une exception : elle représente la totalité des manifestations concrètes de la créance et non seulement certaines selon leur origine normative.

En définitive, l'action d'Huber et de Pothier représente la manifestation positive du couple droit naturel et droit positif, la valeur du contrat ou la créance inefficace en étant la manifestation naturelle. Forcément, au fur et à mesure que la notion de droit devient équivalente à la seule notion de droit positif, l'action reste le seul droit du justiciable. Lorsque cette conception est mise en œuvre au XIX^e siècle dans un contexte de droit international privé, le rejet de la loi étrangère est irrésistible et l'application de la *lex fori* devient systématique.

3 L'expansion de la qualification procédurale

De la fin du XVIII^e au milieu du XX^e siècle, le protectionnisme juridique concernant la loi applicable à la prescription s'affiche sans complexe. Tandis que le droit civil suit plutôt l'approche localisatrice pour rattacher les droits au domicile du débiteur (3.1), la common law suit généralement la conception procédurale (3.2).

75. H. BATIFFOL, préc., note 14, p. 146.

76. Comme lorsque Coquille justifie le rejet des développements sous Justinien en expliquant, de manière bucolique, que ceux-ci n'appartiennent pas à la splendeur du droit romain tel qu'il était « avant que le siège de l'Empire fût transféré en Constantinople », où les empereurs et gens de leurs Conseil n'étaient plus « élevés, nourris et appris en l'air, humeur et doctrine de Rome, l'air servant de beaucoup à incliner et diriger les humeurs des hommes », de sorte que « la valeur, le sens et la prud'homme des principaux de cet Empire ont été altérés » : J.-L. THIREAU, « Préfaces de Guy Coquille, présentations et choix de textes », (1998) 19 *Rev. hist. fac. dr.* 217, 246.

77. R.J. POTHIER, préc., note 7, t. 1, p. 206-208, et t. 2, p. 228 et 229.

78. *Id.*, t. 2, p. 228.

3.1 La France

En France, l'approche localisatrice de l'application de la règle *actor sequitur* pour régir la loi de l'action permet la persistance de la qualification substantielle dont le fonctionnement a été détaillé par Boullenois (3.1.1), mais les formules ambiguës de la doctrine et de la jurisprudence subséquente résultent en la généralisation de la qualification procédurale (3.1.2).

3.1.1 Le *for naturel*

En 1766, Boullenois publie son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*. Il convient de s'y attarder particulièrement pour deux raisons assez paradoxales. La première est qu'il inspire l'Américain Story, qui le cite à répétition pour justifier l'application de la *lex fori* à la prescription⁷⁹. La deuxième est que, en fait, Boullenois reprend, non sans une certaine ambiguïté, l'essentiel des solutions de Bartole et repousse même encore plus loin que lui l'emprise de la *lex fori*.

Tout d'abord, Boullenois estime qu'il faut, lorsqu'un lieu a été stipulé pour le paiement, « suivre la Loi où le paiement doit être fait⁸⁰ ». Il ne cite pas Bartole, mais il s'agit très exactement de la solution que le maître de Bologne avait proposée pour expliquer pourquoi il ne fallait pas appliquer systématiquement la *lex fori* au *litis*. Lorsque aucun lieu n'a été stipulé, en revanche, c'est la loi du domicile du débiteur qui est déterminante, car « c'est la personne qui se défend et qui invoque la Loi de son domicile⁸¹ ». Il cite alors Huber immédiatement après ce passage et l'on pourrait croire qu'il adopte sa qualification procédurale, comme Story l'a cru. De fait, la formule de Boullenois suggère clairement une conception procédurale de la prescription et de l'action qui en est l'objet : « quand on excipe de la prescription, on n'attaque pas le contrat en lui-même [...] on soutient seulement que le créancier ne vient pas dans le temps prescrit par la Loi du débiteur, ce qui ne donne pas atteinte au titre en lui-même, mais à [...] l'action et [à] la procédure intentée⁸² ».

Il faut cependant aller lire un peu plus loin les précisions de Boullenois pour comprendre que ce passage n'est applicable qu'aux « contrats qui ont

79. Joseph STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, Hilliard Gray and Company, 1834, p. 482 et suiv. Selon Ernest G. LORENZEN, « À propos du centenaire des commentaires de Story sur les conflits de lois », (1935) *Rev. crit. dr. int. privé* 295, 307 et 308, la majorité des références de Story viennent de Boullenois, qui avait écrit les plus récents travaux d'importance sur les conflits de lois.

80. L. BULLENOIS, préc., note 32, t. 2, p. 488.

81. *Id.*, t. 1, p. 365.

82. *Id.*, t. 1, p. 530.

par eux-mêmes une exécution parée», car, à l'égard des «actions à diriger en Justice pour parvenir à obtenir des condamnations qui nous procurent une exécution parée» [...] «la Loi seule de la Juridiction n'y influe point comme telle⁸³.» Ainsi, dans le contexte des conventions matrimoniales, il précise que «la durée de l'action *pertinet ad decisoria*⁸⁴». Plus loin, il souligne que la péremption de l'instance ne doit pas avoir pour effet d'entraîner la prescription de l'action étrangère, car «l'on ne conçoit guères comment un Statut pourroit avoir l'autorité et la force d'éteindre et de périmier une action qui est soumise à d'autres Loix⁸⁵».

Pour Boullenois, donc, l'action se distingue des questions de procédure. De plus, il ne propose d'appliquer la loi du domicile du débiteur que dans le cas «où l'exécution des contrats n'est déterminée à aucun lieu⁸⁶». Malgré une certaine confusion, Boullenois rattache l'action à la loi du lieu désigné pour l'exécution de l'obligation, comme Bartole l'affirmait pour le *litis* de Guillaume de Cun. Mais, contrairement à Bartole, Boullenois ne localise pas le lieu de l'inexécution au lieu du tribunal saisi lorsque aucun endroit n'a été stipulé pour cette exécution : il rattache cette inexécution au lieu du domicile du débiteur et localise l'action à cet endroit.

Il est vrai que l'opinion de Bartole soulevait une difficulté : le choix de la juridiction, dans ce cas, emportait la désignation de la loi applicable en l'absence de stipulation. En revanche, Boullenois voit très bien le risque que pose l'application de la *lex fori* à l'action, car «le changement de Jurisdiction ne doit pas changer la décision⁸⁷». Pour lui, donc, l'action n'est pas régie par la *lex fori*, mais par la loi qui va «dans le principe devoir juger de la question⁸⁸». Pour justifier son opinion, il cite l'«Ordonnance des évocations», dont il décrit l'effet de la manière suivante : «Quand les parties ont contracté ensemble, et que les contestations qui naissent de leur contrat sont évoquées ou portées dans un Tribunal étranger, il faut juger comme on jugeroit dans le *Tribunal naturel des contestations*⁸⁹».

83. *Id.*, t. 1, p. 535 et 536.

84. *Id.*, t. 1, p. 368.

85. *Id.*, t. 1, p. 540.

86. *Id.*, t. 2, p. 488.

87. *Id.*, t. 1, p. 543.

88. *Id.*

89. *Id.*, t. 2, p. 489 (l'italique est de nous), qui réfère à l'article 46 de l'Ordonnance : «Les procez évoquez seront jugez par les Juges pardevant lesquels le renvoy a été fait, suivant les coûtumes des lieux d'où les procez auront été évoquez, à peine de nullité et cassation des Jugemens et Arrests qui auront esté rendus ; pour raison de quoi les parties se pourront pourvoir en notre Conseil» (voir Daniel JOUSSE, *Nouveau Commentaire sur les ordonnances des mois d'août 1669 et mars 1673*, Paris, Debure, 1761, p. 59).

Boullenois ne réfute donc pas que la règle *actor sequitur* emporte désignation de la loi applicable à l'action ni qu'elle soit régie par la loi du tribunal compétent, mais il attribue à cette compétence un rôle autonome par rapport à la loi du tribunal qui aura à décider concrètement de la question. Selon lui, en effet, le tribunal saisi doit juger l'affaire comme s'il avait été le « tribunal naturel des contestations ». En d'autres termes, le « tribunal naturel » d'une action personnelle, et conséquemment la loi applicable à cette action et à sa prescription, est localisé au lieu désigné pour le paiement ou, lorsque ce lieu n'a pas été désigné, au lieu du domicile du débiteur. Boullenois rapproche ainsi la prescription de l'obligation qu'elle vise encore plus que Bartole ne l'avait fait.

La question n'est pas réglée par le Code civil de 1804, mais Boullenois est connu de ses commentateurs. Son opinion sera toutefois confondue avec celle des Voet et d'Huber, de sorte que la notion de « tribunal naturel des contestations » sera escamotée au profit de la notion de « tribunal » tout court, consacrant la qualification procédurale de la prescription comme de l'action.

3.1.2 L'action procédurale

Au début du XIX^e siècle, Merlin semble adopter l'opinion de Boullenois, mais il affirme également suivre l'opinion d'Huber et opte finalement pour « la loi du lieu où le débiteur est actionné⁹⁰ ». Cette confusion sera également reprise par Foelix, qui affirme suivre « l'opinion de Jean Voet, de Dunod et de Boullenois », selon laquelle « la prescription extinctive se règle par la loi du domicile qu'a le débiteur *au moment de la demande*⁹¹ ». En affirmant que le domicile du débiteur doit être apprécié au jour de la demande, Foelix soulève une question importante, mais que Dunod et Boullenois avaient tranchée au contraire de ce qu'il affirme⁹². Enfin, bien qu'il souligne que l'application à la prescription de « la loi du lieu où l'action est née, c'est-à-dire où la convention a été formée » est « peut-être la mieux

90. P.A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 12, 5^e éd., Paris, J.-P. Roret, 1827, p. 691 et 692.

91. J.J.G. FOELIX, préc., note 40, p. 140.

92. F.-I. DUNOD DE CHARNAGE, préc., note 44, p. 114 : « si le débiteur avoit changé de domicile depuis le contrat, il semble qu'il ne pourroit pas en cela faire la condition de son créancier plus mauvaise, parce qu'il ne doit pas dépendre de lui, d'abrégier à son gré le terme de la Prescription au préjudice de son créancier » ; L. BULLENOIS, préc., note 32, t. 2, p. 368 : « Ainsi par le changement de domicile, on peut changer de Juridiction ; mais on ne peut changer les conventions matrimoniales, les augmenter, ni les diminuer ; la durée de l'action *pertinet ad decisoria* ».

fondée en théorie⁹³», Foelix propose plutôt de suivre la *lex fori* au motif que « le juge ne peut que suivre la loi à laquelle il est soumis⁹⁴ ».

Troplong, en revanche, propose l'application de la loi du lieu du paiement, car c'est à cet endroit que le créancier se rend « coupable de cette faute » selon laquelle il a négligé de poursuivre en temps utile⁹⁵. Cela dit, il ne précise pas ce qu'il advient du cas où le lieu du paiement n'est pas prévu au contrat. De plus, il estime que la prescription éteint complètement l'obligation — et donc qu'elle lui est intimement liée —, mais il n'analyse que les fondements de la prescription pour déterminer la loi applicable. Troplong s'inscrit néanmoins dans la lignée de Bartole et de Boullenois en retenant un facteur de rattachement qui n'est pas nécessairement déterminé par le domicile d'une des parties, mais plutôt par l'un des lieux où doit se manifester l'obligation. De plus, pour ces auteurs comme pour lui, l'action — ou le droit résultant de l'inexécution du contrat — n'est pas une notion de procédure, mais une notion susceptible de conflit de lois.

L'opinion de Troplong demeurera isolée, car la Cour de cassation se prononce en faveur de la loi du domicile du débiteur pour régler la prescription en 1869, tout en fournissant cependant des motifs ambigus qui laissent paraître la préférence pour la *lex fori*: « les règles de la prescription sont celles de la loi du domicile du débiteur qui, poursuivi en vertu de la loi de son pays, a le droit de se prévaloir des dispositions de cette même loi qui peuvent le protéger contre l'action dont il est l'objet⁹⁶ ». D'ailleurs, selon le commentateur de cet arrêt, la *lex fori* est la loi qui doit réellement être appliquée à la prescription, car c'est cette loi qui octroie et limite la faculté d'agir en justice⁹⁷.

Mais si le débiteur peut se « protéger contre l'action » en invoquant la *lex fori*, le résultat est de réduire le droit corrélatif de son créancier, par hypothèse étranger. Dans ce cas de figure, l'action devient la mesure du droit du créancier étranger, ce qui a pour effet de le dépouiller des droits qui, par exemple, pouvaient se rattacher à une plus longue prescription. Dans les faits, ce système revient à appliquer systématiquement la *lex fori* aux droits des étrangers — ou plutôt, mais cela revient au même, à leurs actions.

93. J.J.G. FOELIX, préc., note 40, p. 141.

94. *Id.*, p. 150 et 151.

95. R.T. TROPLONG, préc., note 33, p. 47 et 48.

96. Cass., 13 janvier 1869, S. 1869.I.49, note Labbé.

97. *Id.*

Cela revient au même parce que la notion d'action elle-même, dans ce système, n'est rien d'autre que ce que le justiciable peut obtenir du juge, ce qui, à moins de croire que ce que le juge refuse et qu'on ne peut plus lui demander continue néanmoins d'exister en droit, est l'équivalent normatif du droit⁹⁸. C'est à tout le moins la définition romaine («L'action n'est autre chose que le droit de poursuivre en jugement ce qui nous est dû⁹⁹»), comme celle de Demolombe: «L'action enfin, c'est le droit lui-même mis en mouvement; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix¹⁰⁰».

Cette définition a donc pour effet d'oblitérer la distinction entre la procédure et la substance des droits comme à Rome. On se souviendra que cette distinction repose, lorsqu'elle est formulée au Moyen Âge, sur la différence entre le pouvoir du juge et les droits des parties¹⁰¹. Mais si l'action est reliée à la fois au pouvoir juridictionnel et au lien de droit, la distinction entre la procédure et la substance disparaît puisque l'action, le droit de saisir le juge et le droit d'obtenir ce qui est dû se confondent en une seule et même norme.

Ainsi, à partir du début du XIX^e siècle, la doctrine donne une définition de la procédure qui englobe en réalité la notion même de droit positif. Un essai paru en 1809 marque l'apparition de la notion de droits *sanc-tionnateurs* pour définir le contenu de la procédure, comprenant à la fois l'action, les dommages-intérêts et les voies d'exécution¹⁰². Blondeau, qui disait s'inspirer de Bentham, donnait en fait un nouveau nom à ce que le

98. Voir, en ce sens, Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédéric FERRAND, *Procédure civile : droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 6, qui notent que «la possibilité de s'adresser à un juge» est le critère le moins incertain de la juridicité.

99. H. HULOT et J.-F. BERTHELOT, préc., note 63, t. 6, livre 46, titre 7, n^o 51, p. 614, ce qui fait dire à Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Cotillon et Cie., 1881, p. 803 et 804, que «l'action ne diffère pas beaucoup du droit qui lui sert de base : l'identité est même complète en ce sens que l'action et le droit lui-même ne comptent jamais dans notre patrimoine pour deux valeurs distinctes».

100. Jean-Charles Florent DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. 9, Paris, Auguste Durand, 1852, p. 201.

101. Voir *supra*, notes 25, 26 et 27. Cette manière de distinguer la procédure et la substance des droits tend d'ailleurs à valider la définition moderne de l'action : Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, Paris, PUF, 1958, p. 273 ; Henri MOTULSKY, *Écrits Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 95 à 99 ; C. proc. civ., art. 30.

102. Hyacinthe BLONDEAU, *Essais sur quelques points de législation ou de jurisprudence*, Paris, Videcoq Fils Ainé, 1850, p. 180, reprend, avec des annotations supplémentaires, son essai intitulé «Sur ce qu'on appelle l'Effet rétroactif des lois» paru dans J.-B. SIREY, *Recueil général des lois et des arrêts – II^e partie – Lois et décisions diverses*, Paris, 1809, p. 277, puis dans *Thémis Belgique*, t. 8, 1825, p. 347.

philosophe anglais appelait « obligations *adjectives* » pour désigner très exactement le *litis* de Guillaume de Cun¹⁰³. La dichotomie devient rapidement populaire et est reprise par la doctrine qui définit la procédure comme composée des droits sanctionneurs qui assurent la sanction des droits déterminateurs définissant les droits subjectifs substantiels¹⁰⁴. D'ailleurs, lorsque Foelix publie son *Traité du droit international privé* (introduisant en France l'expression, inspirée de Story¹⁰⁵), il cite l'essai de Blondeau pour expliquer comment distinguer les effets et les suites du contrat et définit ces dernières comme étant « les résultats qu'aura la négligence, la faute ou la demeure dans l'exécution, et les dommages-intérêts dus en conséquence, et la restitution en entier fondée sur une de ces dernières causes [...] ainsi que le mode d'exécution d'un contrat¹⁰⁶ ».

Dans un tel système où l'action est la mesure du droit, le créancier étranger se voit privé des droits auxquels la *lex fori* permet de résister : « Le défendeur, en excipant de prescription, invoque un moyen de droit que lui accorde la loi de son pays¹⁰⁷ ». L'emploi indistinct de la notion d'action et de la notion de droit pour référer aux bénéfiques que les parties peuvent obtenir des tribunaux illustre ainsi la confusion normative entre la procédure et la substance des droits qui s'est opérée. Aussi, bien que le raisonnement de l'arrêt de 1869 de la Cour de cassation ne soit pas formulé en termes de qualification procédurale de la prescription, le résultat est en tout point identique en raison du rejet systématique de la loi étrangère¹⁰⁸.

Des développements similaires se produisent à la même époque en Angleterre, en Écosse et aux États-Unis.

103. Jérémie BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 1, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802, p. 287 : « les [obligations originelles] portent sur des événements que les parties contractantes ont prévu : les [obligations adjectives] sur des événements qu'elles n'ont pu prévoir » ; comp. *supra*, notes 29 et 49.

104. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, préc., note 98, p. 12, référant à J. OUDOT, *Premiers essais de philosophie du droit et d'enseignement méthodique des lois françaises*, Paris, Joubert, 1846, p. 112.

105. Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 388, note 229 (1) ; Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2010, p. 9.

106. J.J.G. FOELIX, préc., note 40, p. 149 et 150.

107. Alfred MARTIN, « La prescription libératoire en droit international privé », (1887) 19 *Rev. Droit Int'l. & Legis. Comp.* 262, 281.

108. J. MICHEL, préc., note 31, p. 237 : « [le] système de la *lex domicilii debitoris* se confond théoriquement et pratiquement avec celui de la *lex fori* ».

3.2 L'Angleterre, l'Écosse et les États-Unis

Dans les systèmes de common law, «une emprise durable [des idées d'Huber] s'exerça sur le conflit de lois¹⁰⁹». Ainsi, «la doctrine d'Huber orientera la jurisprudence et éclairera encore les constructions de Dicey en Angleterre et de Beale aux États-Unis» jusqu'au xx^e siècle¹¹⁰. D'un point de vue technique, la confusion opérée entre la compétence et la loi applicable était tout à fait conforme à la conception qui régnait en Angleterre, où «les origines procédurales de la *Common law* elle-même interdisaient de dissocier le fond du droit et la délimitation du pouvoir juridictionnel¹¹¹». Ainsi, l'exclusivité de la *lex fori* était naturelle (3.2.1), mais la nécessité d'en expliquer les fondements dans un contexte de droit international privé a justifié l'émergence de la dichotomie *right—remedy* (3.2.2).

3.2.1 Le rejet des lois étrangères

Selon Kahn-Freund, le faible niveau d'abstraction du mandat juridictionnel du système romain se retrouve dans le système anglais du bref introductoire d'instance :

In the past the judicial mandate to enforce rights was formulated at a very low level of abstraction, exemplified by the Roman system of *actiones* or the English system of writs: the judge can declare and enforce only such rights as are protected by a limited catalogue of remedies each of which sets in motion a different procedure. He has a mandate to give redress for the breach of specifically defined promises, but not for «breach of contract», for specific wrongs, but not for «delict», for specific deprivation of benefit, but not for «unjust enrichment», just as today the mandate of a criminal court is to punish specific crimes, not «crime» in the abstract¹¹².

En effet, la mission juridictionnelle confiée aux juges de ce système est limitée au catalogue d'actions prévu par le droit qu'ils sont chargés d'appliquer. Par exemple, Blackstone parle ainsi de la responsabilité délictuelle :

When a person hath received an injury [...], he is to consider what redress the law has given for that injury; and thereupon is to make application or suit to the crown, the fountain of all justice, for that particular specific remedy which he is

109. B. ANCEL et H. MUIR WATT, préc., note 41, p. 3.

110. *Id.*, p. 4 et 5; voir, en ce sens, D.J.L. DAVIES, préc., note 45, p. 53: «The work which exercised by far the greatest influence in the development of private international law in the common-law countries was the chapter by Ulrich Huber (1636-94) entitled "De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis" in his *Praelectiones Juris Romani et Hodierni*, which was published in 1689.»

111. Horatia MUIR WATT, «Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis», (1986) 75 *Rev. crit. dr. int. privé* 425, 427.

112. Otto KAHN-FREUND, «General Problems of Private International Law», (1974) 143 *R.C.A.D.I.* 139, 353 et suiv.

determined or advised to pursue. As, for money due on bond, an action of *debt*, for goods detained without force, an action of *detinue* or *trover*; or, if taken with force, an action of *trespass vi et armis*; or, to try the title of lands, a *writ of entry* or action of trespass in *ejectment*; or, for any consequential injury received, a special action *on the case*¹¹³.

Pour Laycock, qui analyse l'histoire de la notion de *remedy*, Blackstone et la jurisprudence américaine du début du XIX^e siècle formulent l'idée que cette notion doit servir à corriger la violation d'un droit substantiel, mais ils ne formulent pas l'idée moderne selon laquelle le *remedy* est l'une des étapes du procès, en raison de la confusion entre les éléments substantiels et procéduraux de celui-ci : «That distinction [of the remedy as a distinct phase of the lawsuit] could not easily emerge under the writ system, in which jurisdiction, procedure, cause of action, substantive law, and remedy were all tied together in each writ. Blackstone implicitly equated remedies with writs; choosing what "remedy" to pursue meant choosing the appropriate writ¹¹⁴.»

Dans ces systèmes où l'action se confond avec le droit recherché et le pouvoir du juge de l'octroyer, il ne peut y avoir de distinction concrète entre la procédure et la substance des droits, car l'action, spécifique au droit réclamé, *est* la substance de celui-ci. Selon Monique Bandrac, la dualité du droit substantiel et de l'action «ne saurait se manifester dans les droits anglo-américains, qui, à l'instar du droit romain prétorien des époques classiques, ne réglementent que la procédure et ne contiennent qu'un ensemble d'actions¹¹⁵».

Pour Kahn-Freund, le faible niveau d'abstraction du mandat juridictionnel de ces systèmes empêche l'application de la loi étrangère : «At this level of abstraction foreign law cannot be applied: every question of substantive law is merged in a question of the jurisdiction of the court which does not extend beyond the remedies of the *lex fori*¹¹⁶.»

113. William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. 3, 7^e éd., Oxford, Clarendon, 1775, p. 272 et 273.

114. Douglas LAYCOCK, «How Remedies Became a Field: A History», (2007-2008) 27 *Rev. Litig.* 161, 169 et 170.

115. M. BANDRAC, préc., note 7, p. 11.

116. O. KAHN-FREUND, préc., note 112, p. 353. L'auteur estime cependant que le droit anglais a atteint un niveau supérieur d'abstraction du mandat juridictionnel lui permettant d'appliquer la loi étrangère en droit des contrats au XVII^e siècle, mais il reconnaît qu'il n'est pas clair que ce niveau ait été atteint en matière d'enrichissement sans cause et de responsabilité délictuelle.

De fait, la question des conflits de lois dans les juridictions anglaises n'a pas été abordée avant le XVIII^e siècle¹¹⁷. Dans la doctrine, Story fut le premier à en parler sérieusement dans son ouvrage de 1834¹¹⁸. Ainsi, en 1705, le juge Keeper applique le délai de prescription anglais à une action en recouvrement d'une dette constatée par un jugement français, en appliquant purement et simplement la loi anglaise sans poser même la question du conflit de lois ni de la qualification procédurale, «probably due to an insular preference for the *lex fori*¹¹⁹». La question du conflit de lois commence à se poser vers la fin du XVIII^e siècle dans le contexte d'un emprisonnement pour dette, bien que Huber et Voet soient cités dès 1760 pour prouver l'application de la loi anglaise à une dette contractée en France par un Anglais¹²⁰.

3.2.2 La distinction graduelle du *right* et du *remedy*

Dans *Melan v. The Duke de Fitzjames*, les juges Eyre et Rooke estiment que la loi française régit le contrat conclu en France servant de soutien à l'arrestation du débiteur en Angleterre et que celui-ci doit être libéré puisque la loi française n'admet pas qu'un contrat contraigne le corps mais seulement les biens ; cependant, le juge Heath, dissident, est d'avis contraire : «The laws of the country where the contract was made can only have a reference to the nature of the contract, not to the mode of enforcing it», car les *remedies* sont régis par la loi «where the party resides», mais, précise-t-il immédiatement, quiconque entre dans un pays «voluntarily subjects himself to all the laws of that country¹²¹». En d'autres termes, le juge Heath fournit des motifs pour expliquer que les tribunaux anglais peuvent juger l'affaire qui leur est soumise. Mais il déduit du fait qu'il exerce régulièrement sa compétence que la loi applicable est forcément la *lex fori*.

La distinction entre la *nature of the contract* et les *remedies* sera reprise en 1811 pour justifier l'application de la *lex fori* à la prescription. Dans l'affaire *Williams v. Jones*, un avocat invoquait la prescription indienne pour l'opposer à la réclamation de son client pour des sommes

117. D.J.L. DAVIES, préc., note 45, p. 54.

118. *Id.*, p. 49 et 50, où l'auteur remarque ceci : «When Story's *Commentaries on the Conflict of Laws* appeared in 1834 no serious attempt had been made to construct a system of Conflict of Laws on the basis of the existing English and American decisions» et «It was left to Story to formulate a common-law system of private international law.»

119. Edgar H. AILES, «Limitation of Actions and the Conflict of Laws», (1932-1933) 31 *Mich. L. Rev.* 474, 488, référant à *Dupleix v. De Roven*, [1705] 23 E.R. 950, 951 (R.-U.).

120. *Robinson v. Bland*, [1760] 97 E.R. 717 (R.-U. B.R.).

121. *Melan v. The Duke de Fitzjames*, [1797] 126 E.R. 822, 825 (R.-U.).

qu'il lui avait remises en Inde concernant divers procès qui s'y étaient tenus. Les juges ont rejeté l'argument de la prescription indienne au motif que celle-ci n'éteignait que l'action, laissant la dette intacte *at common law*, et qu'une loi prévoyait que la prescription anglaise était interrompue tant que le créancier était *beyond the seas*. Comme le laisse entendre le juge Ellenborough, la loi indienne relative au *remedy* n'opère pas en Angleterre *by comity*, de sorte que le créancier titulaire d'un *unlimited right* est à l'abri de la prescription tant qu'il est à l'étranger¹²².

Mais la distinction entre le *right* et le *remedy* est ambiguë, à telle enseigne que lorsque le juge Tenterden est saisi, en 1830 dans *De la Vega v. Vianna*, de la même question que celle que le juge Heath avait eu à trancher dans *Melan v. The Duke de Fitzjames*, il réfère à l'opinion de ce dernier pour conclure à l'application pure et simple de la *lex fori*: «A person suing in this country [...] is to have the same rights which all the subjects of this kingdom are entitled to¹²³.» Pour le juge Tenterden, donc, la *lex fori* s'applique toujours aux *rights* d'une personne *suing in this country*.

De fait, ce dernier ne distingue pas non plus entre le *right* et le *remedy* lorsqu'il applique, dans *The British Linen Company v. Drummond*, la prescription anglaise de la *lex fori* contre une dette contractée en Écosse par des Écossais: «the party suing, and seeking to avail himself of the law of a particular country, must take that law as he finds it¹²⁴». Il termine toutefois son opinion en admettant qu'une décision antérieure de la Chambre des Lords créait «the smallest doubt in [his] mind¹²⁵». Dans cette décision venant d'Écosse (le doute soulevé illustre, en lui-même, la pertinence du droit écossais sur la question), c'est plutôt l'opinion inverse qui est énoncée, les juges refusant carrément d'appliquer la *lex fori* au motif que le débiteur n'est pas domicilié en Écosse¹²⁶.

Peu de temps après, le juge Tindal procède explicitement à la qualification procédurale de la prescription dans *Huber v. Steiner*, après avoir cependant cité le juge Tenterden qui appliquait pourtant purement et simplement la *lex fori* sans qualifier la question en litige:

122. *Williams v. Jones*, [1811] 104 E.R. 441, 446 (R.-U.).

123. *De la Vega v. Vianna*, [1830] 109 E.R. 792, 793 (R.-U.).

124. *The British Linen Company v. Drummond*, préc., note 46, 687 (l'italique est de nous).

125. *Id.*

126. *The British Linen Company v. Drummond*, préc., note 46, note (c) (référant à «*The York Buildings Company v. Cheswell*, February 1792» et à «*Delvalle v. The Creditors of the York Buildings Company* 1786. (Morrison's Dict. of Decis. 4525)», affaire aussi appelée «*Della Valle v. The York Buildings Co.* (March 9, 1786)» dans *Don v. Lippmann*, [1837] 7 E.R. 303, 306 (R.-U.)).

[So] much of the law as affects the rights and merit of the contract, all that relates «ad litis decisionem», is adopted from the foreign country; so much of the law as affects the remedy only, all that relates «ad litis ordinationem» is taken from the «lex fori» of that country where the action is brought; [...] in the interpretation of this rule, *the time of limitation of the action falls within the latter division*, and is governed by the law of the country where the action is brought, and not by the *lex loci contractûs*¹²⁷.

Cet arrêt fixe la jurisprudence anglaise pour longtemps, et inspire la Chambre des Lords dans *Don v. Lippmann* qui va écarter la jurisprudence écossaise au profit de la *lex fori*. Dans cette affaire où il s'agit de décider si la prescription est régie par la loi française ou écossaise, le juge Brougham applique la *lex fori* en soulignant ceci : «This rule is clearly laid down in *The British Linen Company v. Drummond* [une affaire venant d'Angleterre]» et «The law on this point is well settled in this country [...] that whatever relates to the remedy to be enforced, must be determined by the *lex fori*, the law of the country to the tribunals of which the appeal is made¹²⁸».

La Chambre des Lords venait pourtant elle-même, dans l'affaire *Campbell v. Stein*, d'appliquer la loi écossaise à la prescription non pas en raison de sa nature comme règle de procédure mais en raison du domicile du débiteur¹²⁹. De plus, dans l'affaire *Glyn v. Johnston* citée par le juge Brougham, on avait jugé qu'une preuve par témoignage interdite par la *lex fori* écossaise mais permise par la loi anglaise était recevable, car elle visait un instrument payable à Londres¹³⁰.

Pendant, le juge Brougham relativise l'importance de ces décisions et estime que la jurisprudence écossaise est contradictoire et qu'elle applique en fait la *lex fori* et non celle du domicile¹³¹, omettant toutefois de commenter une décision rendue peu de temps auparavant selon laquelle le tribunal écossais avait appliqué le délai anglais en raison du domicile du débiteur anglais¹³². En définitive, le juge Brougham admet qu'il renverse la jurisprudence écossaise, mais que cela est «necessary to overrule some decisions, and to shake some doctrine which have been perhaps incautiously assumed», précisant qu'il ne fait que «sanctioning a

127. *Huber v. Steiner*, [1835] 132 E.R. 80, 83 (R.-U.).

128. *Don v. Lippmann*, préc., note 126, 307.

129. *Campbell v. Stein* [1818], 3 E.R. 1417, 1423 (R.-U.): «It was contended for the Appellants that, this being an English debt, the triennial prescription of the law of Scotland had nothing to do with it. But as it has been ruled, [...] where the merchant creditor resides in England and his debtor in Scotland, the latter may plead the triennial prescription.»

130. *Glyn v. Johnston*, [1835] 13 Court of Sessions 126, 127 (R.-U.).

131. Voir les motifs plus détaillés du même arrêt *Don v. Lippmann* rapportés dans (1838) 10 *Scottish Jurist* 11, 18 (R.-U.).

132. *Fraser's Trustees v. Fraser*, [1831] 3 *Scottish Jurist* 117, 118 (R.-U.).

return to the principles which, after some fluctuations of judicial authority, are found, upon a view of the whole subject, to be the real doctrines of the Scottish law itself¹³³ ».

Selon Guthrie, « [b]efore [*Don v. Lippmann*] the Scotch courts repeatedly admitted the foreign prescription in such cases », car s'il est vrai que le *forum* a toujours été, pour la jurisprudence écossaise, une considération pertinente, ce n'était pas celui du lieu de l'action, mais le *forum* naturel du débiteur, à savoir celui de son domicile¹³⁴. Pour Westlake, le juge Brougham s'est trompé sur le sens des écrits des Hollandais et en serait probablement venu à une autre conclusion « had he known that [the general European doctrine] was the reverse of what he thought it¹³⁵ ». De fait, l'implantation de la règle de la *lex fori* applicable à la prescription sur le fondement de la doctrine européenne fut ainsi qualifiée : « This is another example where English law, through its failure to interpret a foreign rule in its context, has gone astray¹³⁶. »

Aux États-Unis, la qualification procédurale de la prescription et l'application corrélatrice de la *lex fori* ont été adoptées dès le début du XIX^e siècle, notamment sous l'impulsion de Story¹³⁷. Les *Restatements* de 1934 et de 1971, qui codifient la jurisprudence, reprennent essentiellement ce principe¹³⁸. Par ailleurs, une pratique législative s'est développée dans certains États selon laquelle le délai d'un autre État peut être « emprunté » (d'où l'appellation des *borrowing statutes*) avec toute une gamme de modalités combinant ou non le délai étranger avec celui du for¹³⁹.

4 La reconnaissance de la qualification substantielle

Ces développements témoignent de la confusion et de l'ambiguïté entourant le contenu normatif de la dichotomie *droit—action* lorsqu'elle est mise en œuvre concrètement. Mais surtout, la décomposition du rapport

133. *Don v. Lippmann*, préc., note 126, 18.

134. W. GUTHRIE, préc., note 40, § 374, p. 269 et 270.

135. JOHN WESTLAKE, *A Treatise on Private International Law*, Londres, Maxwell, 1858, p. 235.

136. Geoffrey Chevalier CHESHIRE, *Private International Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1952, p. 641.

137. J. STORY, préc., note 79, § 576 et suiv., p. 482.

138. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law – Conflict of Laws*, St-Paul, American Law Institute Publishers, 1934, p. 720, § 603 et suiv.; AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Second) – Conflict of Laws 2d*, St-Paul, American Law Institute Publishers, 1971, p. 396 § 142 et suiv.

139. LAW COMMISSION, *Working Paper No. 75 – Classification of Limitation in Private International Law*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1980, p. 24 et 25.

juridique entre les parties en une portion ouverte aux conflits de lois (naturelle ou substantielle) et une autre strictement locale (civile, positive ou procédurale) s'est opérée dans un contexte qui heurte le sentiment d'équité : en quoi le lieu du procès — nécessairement postérieur à l'éclosion du litige — devrait-il avoir une incidence normative ? Des critiques persistantes dénonceront donc l'injustice de ces systèmes qui font dépendre le sort du litige du lieu du juge saisi de l'affaire.

4.1 Le droit civil français

Dès la fin du XIX^e siècle, ces systèmes où le délai de prescription varie au gré des décisions unilatérales soit du créancier, dans le cas de la *lex fori*, soit du débiteur, dans le cas de la *lex domicilii debitoris* au jour de la demande, font l'objet d'une objection « importante et déterminante¹⁴⁰ ». On souligne ainsi qu'il est « rationnellement inadmissible de tenir compte des variations postérieures au contrat¹⁴¹ », que l'application de la loi du contrat mène « plus sûrement à la stabilité du droit par un système homogène¹⁴² », et que la loi du contrat contient des « dispositions égales pour tous ceux qui contractent dans le pays, sans distinction de nationalité ou de domicile¹⁴³ ».

Baudry-Lacantinerie et Tissier, qui admettent pourtant que la prescription éteint le droit comme l'action, estiment en revanche que « c'est la loi du pays où le débiteur est actionné qui indique la prescription applicable », encore qu'ils proposent de ne pas appliquer ce principe lorsque les parties peuvent déroger à la loi sur la prescription, car dans ce cas « il y a lieu d'appliquer la loi du pays sous l'empire de laquelle elles ont pu placer le contrat qui a donné naissance à l'obligation¹⁴⁴ ». En définitive, ces auteurs ne s'objectent à l'application pure et simple de la loi du fond à la prescription que pour des motifs qui ne visent pas le principe du rattachement de celle-ci à l'obligation, mais plutôt les difficultés inhérentes à toute application de la loi étrangère¹⁴⁵.

Les arguments justifiant l'application de la *lex causae* se précisent à partir du milieu du XX^e siècle, alors que la notion d'une seule loi applicable à l'obligation prend forme, consacrée par la loi d'autonomie au début du

140. Charles FLANDIN, « De la prescription libératoire en droit international privé », (1881) 8 *J.D.I.* 230, 233.

141. Alexandre MÉRIGNHAC, *Comment doit être déterminé le délai de la prescription extinctive des obligations en droit international privé*, Paris, F. Pichon, 1884, p. 22.

142. J. MICHEL, préc., note 31, p. 238.

143. Albéric ROLIN, « Des conflits de lois en matière de prescription libératoire », (1924) 33 *A.I.D.I.* 33, 54.

144. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 56, p. 789.

145. *Id.*, p. 791.

siècle¹⁴⁶. Il faut dire que le lien entre l'obligation et la prescription existait déjà depuis longtemps à l'égard de la prescription des jugements. En effet, depuis au moins 1859, la jurisprudence est constante pour appliquer la loi du for étranger¹⁴⁷. En présence d'un jugement, donc, le lien entre la prescription et le domicile du débiteur ou le tribunal saisi cède naturellement sa place au lien entre la prescription et le jugement. La prescription était donc déjà conçue comme étant régie par la loi à l'origine du rapport à prescrire en présence d'un jugement.

Pour Dayant, «la prescription constitue un élément de l'organisation du droit, dont elle détermine le contenu et contribue à modeler la texture¹⁴⁸». Selon cet auteur, il faut appliquer à la prescription la loi qui régit l'obligation qu'elle affecte, de manière à en éviter le «morcellement indéfini du rapport de droit¹⁴⁹». Bartole, Boullenois et Troplong avaient eu l'intuition de lier la prescription au lieu de l'exécution lorsque celui-ci était prévu au contrat, mais ils avaient omis de relever que l'absence de stipulation à ce sujet ne devait pas pour autant détacher la prescription du rapport à prescrire. Pour Dayant, la prescription est un «élément» de celui-ci, de sorte que la question de la loi applicable est nécessairement la même pour l'un comme pour l'autre.

Ces critiques portent fruit puisque la solution adoptée en 1869 sera écartée au profit de la loi du fond, timidement d'abord par un arrêt de 1950 laissant au débiteur le choix entre la loi de son domicile et la loi

146. Remy LIBCHABER, «Conflits de lois dans l'espace et dans le temps en matière de prescription extinctive», dans Patrice JOURDAIN et Patrick WÉRY (dir.), *La prescription extinctive. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 805, à la page 816, note 21.

147. Charles LACHAU et Christian DAGUIN, *De l'exécution des jugements étrangers d'après la jurisprudence française*, Paris, L. Larose et Forcel, 1889, p. 59: «la prescription qui peut être encourue par le jugement étranger doit être déterminée d'après la loi du pays où la sentence a été prononcée», référant notamment à C. de Toulouse, 1^{er} chap., 4 févr. 1886, (1886) 13 *J.D.I.* 332, 333 («un jugement rendu en pays étranger ne peut être rendu exécutoire en France lorsqu'il est frappé par la prescription d'après la loi de ce pays»); voir, en ce sens, la Cour d'appel de Rennes, (1^{er} CH.) 28 janv. 1902, (1902) *Gaz. Pal.* 367, 370: «l'action exercée aujourd'hui [...] est, en réalité, une action *ex judicato*; qu'il importe peu que, d'après la loi anglaise, les décisions de justice se prescrivent par douze ans, puisque les jugements rendus en France, conformément à la loi française, produisent entre les parties, quelle que soit leur nationalité, tous les effets prévus par notre législation».

148. Roger DAYANT, «Les problèmes actuels de conflit de lois en matière de prescription», dans *Travaux du comité français de droit international privé (1969-1971)*, Paris, Pedone, 1971, p. 176.

149. Roger DAYANT, «Prescription civile», dans Phocion FRANCESCAKIS (dir.), *Répertoire de droit international*, t. 2, Paris, Dalloz, 1969, p. 615, n° 35, à la page 618.

contractuelle¹⁵⁰. Planiol et Ripert, qui publient la deuxième édition de leur ouvrage peu de temps après le prononcé de cet arrêt¹⁵¹, ne reproduisent pas le passage paru dans leur première édition selon lequel la solution de 1869 se justifie par la nature procédurale de la prescription¹⁵². La solution de l'application de la *lex causae* à la prescription sera consacrée en 1971 par deux arrêts de la Cour de cassation, qui énoncent que « la prescription extinctive d'une obligation est soumise à la loi qui régit celle-ci¹⁵³ ». La règle a été codifiée lors de la réforme de la prescription en 2008¹⁵⁴.

4.2 La common law anglo-américaine

Dans les pays de tradition anglaise, la qualification procédurale de la prescription est également critiquée. Dès 1858, Westlake souligne que le système de la *lex fori* repose sur « two fallacies¹⁵⁵ » : la première est que rattacher la prescription à la loi applicable au contrat signifierait que les parties ont envisagé de ne pas exécuter leurs obligations au moment de sa conclusion, ce qui est fallacieux, car l'interprétation du contrat ne se confond pas avec l'opération de la loi applicable ; et la deuxième est que seule l'action serait éteinte par la prescription mais pas le droit, ce qui ne veut rien dire « for a right is only a faculty of putting the law in force¹⁵⁶ ».

150. Béatrice FAUVARQUE-COSSON, « La prescription en droit international privé », dans *Travaux du comité français de droit international privé (2002-2004)*, Paris, Pedone, 2005, p. 242 ; voir cependant François TERRÉ, « Les conflits de lois en matière d'action en justice », dans *Travaux du comité français de droit international privé (1964-1966)*, Paris, Pedone, 1967, p. 127, qui réfère à un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 1930 pour expliquer que la loi applicable au contrat est en général retenue « en ce qui concerne la prescription extinctive ». Pour une perspective originale sur la question, voir Sayez HAGE-CHAHINE, « La prescription extinctive en droit international privé », (1995) 255 *R.C.A.D.I.* 229.

151. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7 « Obligations », 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, p. 824.

152. *Id.*, 1931, p. 740 : « Des arguments assez forts viennent en effet à l'appui de la *lex fori*, indépendamment de sa simplicité d'application. La prescription est un moyen à invoquer en justice pour paralyser l'action du créancier ; c'est un moyen de procédure plus que de fond ; dès lors c'est la loi du tribunal saisi de l'action qui doit indiquer les règles de la prescription. »

153. Cass. civ. 1^{re}, 21 avril 1971, *J.C.P.* 1971.II.16825, note Level.

154. C. civ., art. 2221 : « La prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte. »

155. J. WESTLAKE, préc., note 135, p. 233.

156. *Id.*, p. 234. L'auteur ne reprend pas cette critique dans la deuxième édition de son ouvrage qu'il publie en 1880, bien qu'il souligne que la jurisprudence anglaise et écossaise détermine la loi applicable « on the extremely questionable [ground] that the term of prescription of an obligation always depends on the *lex fori* » (J. WESTLAKE, *A Treatise*

Bien qu'on ait dit de cette règle que sa simplicité était « too obvious to be denied by anyone¹⁵⁷ », c'est à l'injustice qu'elle provoque que Lorenzen s'attaque : « The Anglo-American rule is simple and leads always to the application of the law of the forum ; the question is only, whether it brings about just results¹⁵⁸. » En outre, il n'est pas clair que le système anglo-américain soit si simple. Selon Guthrie, « [the] truth is, that the doctrine of the English lawyers is founded on *mere verbal distinctions* occurring in their own statutes, and nearly parallel with the celebrated contrast of Bartolus between “bona decedentis veniant in primogenitum” (real statute) and “primogenitus succedat” (personal statute)¹⁵⁹. »

De fait, Ailes, qui publie un vibrant plaidoyer en faveur de la qualification procédurale en 1932, estime néanmoins que cette qualification n'est plus appropriée en présence d'un « new substantive right » créé par le législateur pour corriger la common law et auquel une prescription est spécifiquement attachée, car un tel cas « the legislative intention [...] is manifest [...] that the time element is an integral part of the right created [and] accompanies the right wherever it is put in suit¹⁶⁰ ». Selon cette approche, la prescription est procédurale, sauf lorsqu'elle est substantielle selon le critère plutôt obscur de savoir si le droit a été d'abord « découvert » par les juges ou ensuite « créé » par le législateur.

Il faut attendre 1984 pour que la règle soit modifiée au Royaume-Uni, à la suite d'un rapport de la Law Commission qui recommande que la prescription devienne régie par la loi applicable au fond du litige, notamment au motif que le système de la *lex fori* est fondé sur une distinction artificielle et qu'il aboutit à des résultats inéquitables¹⁶¹. Cette recommandation sera mise en œuvre par une loi intitulée *An Act to provide for any law relating to the limitation of actions to be treated, for the purposes of cases in which effect is given to foreign law or to determinations by foreign courts, as a matter of substance rather than as a matter of procedure*¹⁶². Pour la Cour suprême du Canada, l'adoption de cette loi a démontré « la faiblesse de [la] conception [procédurale] » de la prescription¹⁶³.

on Private International Law, with Principal Reference to its Practice in England: Being in Lieu of a Second Edition of the Work Published in 1858, Londres, Maxwell, 1880, p. 254).

157. E.H. AILES, préc., note 119, p. 497.

158. Ernest Gustav LORENZEN, « The Statute of Limitation and the Conflict of Laws », (1918-1919) 28 *Yale L.J.* 492, 492.

159. W. GUTHRIE, préc., note 40, § 374, p. 271 (l'italique est de nous).

160. E.H. AILES, préc., note 119, p. 495.

161. GREAT BRITAIN, LAW COMMISSION, préc., note 11, p. 7 et 8.

162. *Foreign Limitation Periods Act*, 1984, c. 16 (R.-U.).

163. *Tolofson c. Jensen*, préc., note 10, par. 84.

Quant aux États-Unis, la règle formulée par le *Restatement* de 1971 semble toujours applicable, malgré les critiques qui soulignent que «the right-remedy distinction in which it is rooted serves no real purpose¹⁶⁴». Pour certains, la distinction est insoluble : «There certainly is no functional basis for the “right-remedy” distinction. Indeed, it may represent nothing more than a bad example of whether the proverbial chicken came before the proverbial egg¹⁶⁵.»

En fait, le *remedy* n'est pas une notion de procédure selon la doctrine récente¹⁶⁶. La qualification substantielle du *remedy* est plutôt logique lorsqu'on sait que la différence entre le droit et l'action en common law ne dépend en définitive que de la manière dont la demande en justice a été formulée et non du contenu normatif qui y est associé¹⁶⁷.

4.3 La common law canadienne

La qualification procédurale, naturellement adoptée dans les provinces de common law au Canada¹⁶⁸, sera écartée non par une loi mais par la Cour suprême dans l'affaire *Tolofson c. Jensen*. Dans cette affaire, le juge La Forest, au nom de la Cour, a critiqué les motifs pour lesquels la prescription avait été qualifiée de règle de procédure en soulignant que cette position était liée «à la préférence anglaise pour la *lex fori* dans les situations de conflit» et à «l'opinion plutôt mystique selon laquelle une cause d'action en common law conférerait au demandeur un droit permanent¹⁶⁹». Selon lui, la conception selon laquelle «toutes les lois en matière de prescription anéantissent des droits substantiels» est «convaincante¹⁷⁰.» En définitive,

164. Margaret Rosso GROSSMAN, «Statutes of Limitations and the Conflict of Laws: Modern Analysis», (1980) *Ariz. St. L.J.* 1, 15 et 16.

165. Robert Allen SEDLER, «The Truly Disinterested Forum in the Conflict of Laws: *Ratcliff v. Cooper Laboratories*», (1973-1974) 25 *S. Cal. L. Rev.* 185, 196.

166. D. LAYCOCK, préc., note, p. 114; voir en ce sens : George PANAGOPOULOS, «Substance and Procedure in Private International Law», (2005) 1 *J.P. Int'l. L.* 69, 78; Janet WALKER, «*Castillo v. Castillo*: Closing the Barn Door», (2006) 43 *Can. Bus. L.J.* 487, 490; *contra* : Helge DEDEK, «From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law», (2010-2011) 56 *McGill L.J.* 77, 91, où l'auteur affirme que la notion de *remedy* «combines features of substance and procedure», tout en suggérant (p. 93) que les civilistes ne peuvent pas comprendre ce qu'il veut dire, car le droit civil «lacks the “remedial imagination” for such a fabulous chimera».

167. Stephen A. SMITH, «The Structure of Unjust Enrichment Law: Is Restitution a Right or a Remedy?», (2002-2003) 36 *Loy. L.A.L. Rev.* 1037, 1061; voir en ce sens Peter BIRKS, «Rights, Wrongs and Remedies», (2000) 20 *Oxford. J. Legal. Stud.* 1, 36.

168. *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62.

169. *Tolofson c. Jensen*, préc., note 10, par. 80.

170. *Id.*, par. 81 et 82.

il estime que l'on devrait suivre la tendance consistant à réduire la portée de la « distinction technique entre droits et recours¹⁷¹ ».

Pour le juge La Forest, le nœud du problème réside dans la confusion entre la compétence et la loi applicable qui découle forcément de la « vieille règle de common law », car « le tribunal assume compétence non pas pour appliquer la loi locale, mais pour accommoder les justiciables afin de répondre à la mobilité contemporaine et aux impératifs de l'ordre économique national ou mondial¹⁷². » En d'autres termes, distinguer le pouvoir juridictionnel et la loi applicable favorise la justice dans les relations comportant un élément étranger¹⁷³.

On a dit de l'arrêt *Tolofson* qu'il s'agissait d'un « welcome development¹⁷⁴ », mais son effet concret a été pour le moins mitigé. Ainsi, l'Alberta a adopté une loi en 1996 dont l'article 12 prévoit que la prescription albertaine s'applique malgré le fait que l'affaire doit être jugée selon le droit étranger¹⁷⁵.

La portée de cette disposition albertaine a été discutée par la Cour suprême dans l'affaire *Castillo c. Castillo*, où une partie voulait se prévaloir du délai albertain pour pouvoir obtenir des dommages-intérêts en conséquence d'un accident survenu en Californie¹⁷⁶. La Cour fut d'avis que la loi californienne avait éteint le droit réclamé puisque, conformément à la règle de *Tolofson*, la prescription californienne avait un effet sur le droit substantiel. Cependant, la Cour a précisé que le délai albertain aurait été applicable si le délai californien avait été plus long, car la loi albertaine aurait eu dans ce cas « pour effet d'empêcher les tribunaux de l'Alberta d'instruire l'action¹⁷⁷ ».

On peut s'étonner d'une telle conclusion, car cela revient à suggérer de scruter la formulation de la loi emportant prescription pour voir si celle-ci

171. *Id.*, par. 85.

172. *Id.*, par. 82 et 83

173. Le juge La Forest rejoint en cela O. KAHN-FREUND, préc., note 112, p. 354, qui relie ce problème à la définition large ou étroite du mandat juridictionnel : « To widen the judge's mandate is equivalent to the substitution of choice of law for jurisdictional problems. »

174. John P. McEVOY, « Characterization of Limitation Statutes in Canadian Private International Law : The Rocky Road of Change », (1996) 19 *Dalhousie L.J.* 425, 436, remarquant cependant qu'une loi aurait été préférable pour éviter un « judicially-created chaos ».

175. *Limitation Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, art. 12.

176. *Castillo c. Castillo*, [2005] 3 R.C.S. 870.

177. *Id.*, par. 9.

porte sur les droits ou sur la procédure¹⁷⁸. De fait, pour répondre à l'argument soulevé selon lequel l'application du délai albertain avait une portée extraterritoriale, la Cour estime que la loi albertaine, bien qu'elle ne soit pas applicable dans le contexte de cette affaire, est parfaitement valide, car elle ne porte que sur les conditions dans lesquelles ses tribunaux vont «entendre une affaire¹⁷⁹». Pourtant, l'arrêt *Tolofson* visait précisément à établir que la prescription ne porte pas sur le droit d'être entendu mais sur le rapport entre les parties. Le juge Bastarache, dans son opinion concurrente, souligne d'ailleurs ce problème de compatibilité entre l'opinion de la majorité dans *Castillo* et celle dans *Tolofson*¹⁸⁰. En fait, la règle albertaine vise à rejeter les droits étrangers même de ceux dont le seul lien avec l'Alberta consiste en la compétence exercée par ses tribunaux, ce qui n'est peut-être pas inconstitutionnel dans un contexte international mais certainement injuste.

La doctrine a critiqué l'arrêt *Castillo*. Pour Geneviève Saumier, cette décision «laisse perplexe» et «demeure imprécise et plutôt circulaire sur la qualification de la prescription¹⁸¹». Pour Janet Walker, cette décision a été rendue «at the expense of sound reasoning» puisqu'une réclamation ne peut être éteinte qu'une seule fois en raison du droit corrélatif du défendeur de ne plus être poursuivi : «At any given moment, either the plaintiff has the right to bring the claim, or the defendant has the right to be free of the obligation to answer it. The horse is either in the barn or out the door¹⁸²».

Ces critiques n'empêchent pas la Cour suprême de revenir à la charge en 2010 dans l'affaire *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, où elle a émis l'opinion que la prescription est une règle de procédure au sens de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (Convention de New York)¹⁸³. Selon le juge Rothstein, la Cour n'écarte pas l'arrêt *Tolofson*, puisque cette affaire était rendue en droit interne, tandis que la Convention de New York est un traité international : «La façon dont le droit interne caractérise un tel délai de prescription, que ce soit dans un contexte abstrait ou de conflit de lois, importe

178. Voir, en ce sens, Alain PRUJINER, «La qualification de la prescription d'une action en reconnaissance et exécution d'une sentence arbitrale internationale», (2010) 4 *Cahiers de l'arbitrage* 1107, 1109, pour qui cette affaire est une «résurgence surprenante des vieux réflexes d'avant *Tolofson*».

179. *Castillo c. Castillo*, préc., note 176, par. 5.

180. *Id.*, par. 36.

181. Geneviève SAUMIER, «Chronique de droit international privé canadien (2004-2010). Seconde partie : Droit civil des provinces canadiennes de common law», (2010) 138 *J.D.I.* 153, par. 30.

182. J. WALKER, préc., note 166, p. 493.

183. *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, préc., note 9.

peu¹⁸⁴. » Pourtant, huit paragraphes plus haut, il tirait argument du fait que «les États de common law [considèrent généralement les délais de prescription] comme étant de nature procédurale¹⁸⁵», ce qui est inexact dans les provinces canadiennes de common law depuis *Tolofson*. Outre qu'il est étonnant que la Cour suprême ait justifié son interprétation d'un traité par le droit interne d'autres États, tout en écartant le droit interne de l'État dont il est un organe, les travaux préparatoires ne font état d'aucune discussion à ce sujet¹⁸⁶, de sorte qu'il est douteux que les plénipotentiaires aient eu en fait l'intention de prendre position à l'égard de cette question pourtant connue pour être controversée.

De plus, il est regrettable que l'opinion de Janet Walker, selon laquelle les conditions contenues dans la Convention de New York «are different from those that arise through the operation of limitation periods¹⁸⁷», n'ait pas été discutée. Cela aurait peut-être évité tout ce débat. En effet, il n'était pas nécessaire de conclure au caractère purement procédural des délais de prescription pour démontrer leur compatibilité avec la Convention de New York. Selon Alain Prujiner, la Convention ne concerne que les règles «directement liées à la sentence elle-même¹⁸⁸» : il suffisait donc de distinguer la validité de la sentence et la prescription de l'obligation qui y est constatée¹⁸⁹, aboutissant à la reconnaissance mais pas l'exécution¹⁹⁰.

Des commentateurs de l'arrêt *Yugraneft* persistent aussi à tenter de réduire l'importance de l'arrêt *Tolofson*. Pour les auteurs Sexton et Kotrly, la Cour suprême a adopté une «internationalist perspective» en écartant le raisonnement tenu dans *Tolofson* au profit de la «more important question [of] whether local limitation periods [are] “rules of procedure”» au sens de la Convention de New York, ce que les auteurs reconnaissent avoir eu

184. *Id.*, par. 28.

185. *Id.*, par. 20.

186. *Travaux préparatoires de la Convention de New York*, Doc. N.U., E/CONF.26/SR.10, 11, 16 et 24.

187. J. WALKER, préc., note 166, p. 492.

188. A. PRUJINER, préc., note 178, 1112.

189. C'est la solution que nous estimons d'ailleurs être celle du droit québécois en ce qui concerne les jugements étrangers : cf. *infra*, voir section 4.4.

190. Sergueï LEBEDEV, «How Long Does a Foreign Award Stay Enforceable», dans Jan C. SCHULTSZ et Albert VAN DEN BERG (dir.), *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders, 12 September 1912-1982*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982, p. 213, à la page 215, note 8 : «Generally, such question [of enforcement] does not arise with regard to the recognition of awards, which under the New York Convention and other international instruments as well as under national laws is treated as separate notion distinct from the notion of enforcement and is not subject to any time limitation.»

pour effet d'être «unfavourable to foreign creditors at first blush¹⁹¹». Cette approche n'est pas seulement injuste pour les étrangers à première vue : elle l'est aussi après mûre réflexion.

En effet, pourquoi appliquer la prescription locale à une créance étrangère constatée ou non par jugement ou sentence, sinon que pour légiférer sur les droits des étrangers afin de protéger les plaideurs locaux et leurs actifs ? Évidemment, il est tentant pour un législateur de protéger les actifs sous sa juridiction au détriment des droits des étrangers. Mais cette conception est tout sauf «internationaliste» : elle confond la compétence avec la loi applicable et pose un obstacle à «la mobilité contemporaine et aux impératifs de l'ordre économique national ou mondial¹⁹²». La conception procédurale de la prescription est donc injuste pour les étrangers, car elle tend à ignorer, sur le fondement d'une distinction «vide de sens»¹⁹³, que les droits existent ailleurs que devant le juge local.

Même en Ontario, où la loi a été modifiée pour codifier la règle de *Tolofson* et disposer que, en matière de «conflit de lois, les lois de l'Ontario ou de toute autre autorité législative relatives à la prescription constituent des règles juridiques de fond¹⁹⁴», la doctrine et la jurisprudence se questionnant sur le délai de prescription applicable aux jugements étrangers ne discutent même pas de la possibilité que ce délai soit une question de fond régi par autre chose que la *lex fori*¹⁹⁵. Ce silence est critiquable, car

191. Justice J. Edgar SEXTON et Michael KOTRLY, «Looking Out and Looking In : Reconciling Domestic and Internationalist Considerations in the Enforcement and Review of Arbitration Awards in Canada», (2011) 27 *Arbitr. Int.* 211, 212 («In [*Yugraneft*, préc., note 9], the Court attempted to adopt an internationalist perspective with respect to the Model Law, while at the same time adopting a robust interpretation of Alberta's limitation regime»), 224 («The Court agreed [...] that Canadian jurisprudence tends to treat the law of limitations as substantive in nature. However, it also recognised that the more important question was whether local limitation periods as applied to recognition and enforcement of arbitral awards can be considered "rules of procedure" as the term is used in Article III of the Convention») et 231 («Although enforcing a two-year limitation period in Alberta may seem unfavourable to foreign creditors at first blush, Justice Rothstein's endorsement of discoverability where reasonable diligence is exercised employed a system that is at once understanding of the constraints of asset allocation for international parties, while still respectful of Canadian law and the protective purpose of limitations»).

192. *Tolofson c. Jensen*, préc., note 10, par. 82.

193. *Markevich c. Canada*, préc., note 12, par. 41.

194. *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 23.

195. *Commission de la Construction du Québec c. Access Rigging Services Inc.*, 2010 ONSC 5897, où le juge ne précise pas que la prescription québécoise ait même été plaidée ; Stephen G.A. PITEL et Jonathan DE VRIES, «The Ontario Limitation Period for Actions to Enforce Foreign Judgments», (2004-2005) 29 *Advoc. Q.* 312, 312 ; voir aussi John J. CHAPMAN et Maanit ZEMEL, «More (Unanswered) Questions on the New Limitations

il ramène le droit international privé au stade où le juge Keeper l'avait trouvé en 1705.

4.4 Le droit civil québécois

Au Québec, la reconnaissance du caractère substantiel de la prescription s'est opérée à la fois par la jurisprudence comme en France et par la loi comme en Angleterre.

Avant la codification de 1866, c'est la *lex fori* qui est appliquée à la prescription au Québec, selon les affaires de cette époque retracées par la doctrine¹⁹⁶. On trouve bien une décision où le juge affirme que la prescription doit être régie par la *lex loci contractus* ou la *lex loci solutionis* en invoquant des auteurs français¹⁹⁷, mais elle est renversée en révision¹⁹⁸, un juge de la Cour d'appel affirmant peu de temps après, en citant cette même décision, que «the idea of limitations comes from the English law¹⁹⁹». Jean-Guy Fréchette réfère cependant à une affaire où la prescription appliquée a été celle de la loi du contrat pour en déduire que l'arrêt a qualifié la prescription «comme se rattachant au fond du litige²⁰⁰», mais il s'agit d'une

Act, 2002», (2008-2009) 35 *Advoc. Q.* 499, 509-516, où les auteurs étudient la même question en y rajoutant les sentences arbitrales, mais ne citent ni l'affaire *Tolofson* ni l'article 23 de la loi ontarienne (voir note 194). Une série de décisions illustre bien le risque que ce genre de conception pose : dans l'affaire *Laasch c. Turenne*, la victime créancière d'un jugement s'est heurtée à la prescription albertaine invoquée par le débiteur fautif qui s'y était sauvé dans les jours suivant la réalisation du préjudice, sans même que soit abordée la question de savoir si l'obligation de payer existait encore ; les juges ont fini par autoriser la créancière à amender sa demande originale qui visait à «enregistrer» le jugement étranger en rajoutant une «cause d'action» émanant du jugement étranger (*Laasch v. Turenne*, 2013 ABCA 182), cause d'action qui fut pourtant déclarée prescrite dans la procédure distincte intentée pour la faire valoir (*Laasch v. Turenne*, 2012 ABCA 32 ; voir Nicholas RAFFERTY, «Limitation Periods for the Enforcement of Foreign Judgments : *Laasch v. Turenne*», (2012-2013) 50 *Alta L. Rev.* 187).

196. Désiré GIROUARD, «Conflict of Prescriptions», (1871) 1 *R.C.L.J.* 125, 138 ; Jean-Guy FRÉCHETTE, «La prescription en droit international privé», (1972) 3 *R.D.U.S.* 121, 134 ; Jean-Gabriel CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 745 et 746.

197. D. GIROUARD, préc., note 196, 127 et 133, commentant l'historique de *Wilson c. Demers*, (1870) 14 *L.C.J.* 317 (B.R.).

198. D. GIROUARD, préc., note 196, 128.

199. *Breakey c. Carter*, [1890] 13 *Legal News* 73, 75 ; voir en ce sens les commentaires de D. GIROUARD, préc., note 196, 138 : «The law of prescription in force in Lower Canada being borrowed from the English one, it ought to be governed by the same rules in cases of conflict of prescriptions, viz., by the *lex fori*.»

200. J.-G. FRÉCHETTE, préc., note 196, p. 134.

lecture un peu enthousiaste de l'application pure et simple du droit anglais à un contrat conclu en Angleterre²⁰¹.

Les codificateurs de 1866, qui reconnaissaient la « coordination [...] embarrassante » de « l'introduction graduelle de lois anglaises » en matière de prescription²⁰², ont d'abord traité d'un article fondé sur le droit anglais non seulement par la règle mais aussi par les sources qu'il énonçait²⁰³, puis ils ont proposé ce qui allait devenir l'article 2190 du *Code civil du Bas Canada* en précisant que cet article consacrait le principe de la « réalité » de la prescription, par opposition à celui de la « personnalité » se rattachant à la personne et non au territoire, tout en laissant une place aux « prescriptions étrangères » en matière personnelle.

Selon Mignault, cette disposition est « bien plus compliquée » que celle en matière d'immeubles régis par la *lex rei sitae*, notamment en ce qui concerne la computation du délai écoulé selon la loi étrangère et de celui écoulé « à compter de l'acquisition » d'un domicile au Québec²⁰⁴. Cela dit, l'article 2190 C.c.B.C. semble admettre le caractère substantiel de la prescription puisqu'il permet l'introduction du délai étranger sans égard à la qualification substantielle ou procédurale de celui-ci, sauf lorsque la situation présente avec le Québec un des liens énoncés, auquel cas c'est alors la *lex fori* qui s'applique. On peut donc dire que « la prescription est considérée tantôt comme un élément indissociable de l'obligation, tantôt comme une règle qui vise la protection du débiteur québécois seulement, et non pas de tout débiteur²⁰⁵ ». Autrement dit, l'application de la loi du fond du litige à la prescription « n'est que partiellement admise²⁰⁶ ».

La situation est encore moins claire en matière de jugements étrangers. En 1870, la Cour de révision doit décider si un jugement obtenu au Wisconsin peut être exécuté au Québec ou s'il est prescrit, comme le prétend le défendeur. Le juge Mackay se prononce sur la loi applicable à

201. *Hogan c. Wilson*, [1834] Stuart Rep. 145.

202. COMMISSAIRES CHARGÉS DE LA RÉDACTION DU CODE CIVIL DU BAS CANADA, *Premier, Second et Troisième Rapports*, Québec, Georges E. Desbarats, 1865, p. 412.

203. *Id.*, p. 510.

204. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916, p. 355. Selon lui, il ne faut pas simplement additionner les deux périodes, mais le faire « en ayant égard à la fraction que chaque période se trouve à former du temps entier requis pour la prescription sous chaque loi » ; voir en ce sens J.-G. FRÉCHETTE, préc., note 196, p. 133, pour qui l'application cumulative de la loi étrangère et de la loi québécoise signifie le « cumul proportionnel des périodes de temps écoulées sous chacun des lois applicables ».

205. Émile VIDRASCU, « La nature juridique de la prescription extinctive : droit comparé et droit québécois », (1995) 98 *R. du N.* 3, 37.

206. J.-G. CASTEL, préc., note 196, p. 744.

cette question de la manière suivante : « our own law must control ; against judgments whatever, our own, or foreign, we enforce but one law of limitations²⁰⁷ ». Mais il précise ensuite : « [o]f course were a foreign judgment extinguished, all the parties in the foreign country before and up to the extinguishment, new right could not be by removal of any of them to Lower Canada²⁰⁸ », sans toutefois discuter du fait que l'article 2190 C.c.B.C., qui venait d'être promulgué, ne dit pas tout à fait cela.

La *lex fori* a été également appliquée purement et simplement à un jugement étranger dans *Almour v. Harris*, où la Cour d'appel a approuvé l'opinion de la Cour de révision voulant que « nos lois n'établissent aucune prescription de moins de trente ans, contre un jugement, qu'il soit rendu dans le pays ou à l'étranger²⁰⁹ », sans mentionner l'article 2190 C.c.B.C. alors en vigueur. La *lex fori* sans mention de l'article 2190 C.c.B.C. a également été appliquée à la prescription d'un jugement étranger dans *Lapierre c. Drouin*, où les motifs du juge Papineau dans *Almour* ont été adoptés sans « rien à rajouter²¹⁰ ».

Une approche différente est évoquée par la Cour d'appel dans *Brodeur Sulki Manufacturing c. Jacko Sales inc.*, où le juge Bélanger discute d'une demande d'exemplification d'un jugement étranger auquel on opposait la prescription de 5 ans, sans évoquer cependant l'article 2190²¹¹. Bien qu'il rejette ce moyen sur la base du délai de 30 ans prévu par la *lex fori*, le juge Bélanger semble avoir été ouvert à l'idée que ce délai puisse provenir d'une loi étrangère : « À défaut de preuve de la loi étrangère, il faut présumer que ses dispositions en matière de prescription et d'interruption de prescription sont semblables aux nôtres. C'est dire que le jugement étranger qui nous occupe ne le prescrivait que par 30 ans²¹². »

Au moment où cette décision a été rendue, des critiques s'étaient déjà élevées contre l'application pure et simple de la *lex fori* et même contre le système compliqué de l'article 2190 C.c.B.C., qui produisait d'ailleurs des résultats pas toujours « protecteurs ». Dans *The Scottish Metropolitan Assurance Co. Limited c. Graves*, le recours intenté contre un débiteur québécois ayant causé un accident en Ontario a été accueilli bien que la loi ontarienne ait prescrit ce recours, car ce débiteur était domicilié au Québec, ce qui donnait compétence à la *lex fori* selon le paragraphe 2 de

207. *King v. Demers*, [1870] 15 L.C.J. 129, 130.

208. *Id.*

209. *Almour c. Harris*, [1884] M.L.R. 2 Q.B. 439, par. 7.

210. *Lapierre c. Drouin*, [1911] 41 C.S. 133, par. 23.

211. *Brodeur Sulki Manufacturing c. Jacko Sales inc.*, J.E. 78-944 (C.A.), par. 10.

212. *Id.*, par. 12.

l'article 2190 C.c.B.C., et le délai québécois n'était pas encore expiré au moment où l'action fut intentée²¹³. Critiquant cette décision peu de temps après sa publication, Johnson suggère que la prescription devrait demeurer régie par la *lex fori*, sauf lorsqu'elle a été entièrement acquise selon la loi applicable à l'obligation en cause²¹⁴.

Johnson note cependant que le défendeur plaidait, dans cette affaire, l'application de la loi du fond du litige en référant à un auteur français dont il reproduit l'extrait suivant : « À la loi qui attribue un droit appartient de fixer le délai dans lequel il est susceptible de s'exercer. Du moment que le rapport en cause est soumis à un régime juridique, ce régime doit être suivi dans toutes ses dispositions, car elles tiennent à la nature de l'institution²¹⁵. »

Cet extrait, qui sera reproduit jusqu'aux commentaires du Comité du droit international privé de l'Office de révision du Code civil (ORCC) lors de la présentation de ce qui deviendra l'article 3131 C.c.Q., est tiré du *Précis de droit international privé* de Pierre Arminjon²¹⁶. Il faut noter que ce dernier ne proposait cette formule que pour les obligations autres que celles issues d'un contrat, car pour les obligations conventionnelles il était d'avis qu'il fallait, en ce cas, détacher la prescription de l'obligation et « la rattacher à la loi qui lui convient pour des raisons de justice et d'utilité²¹⁷ ».

Quoi qu'il en soit, l'idée de rattacher la prescription à la « loi qui attribue un droit » fera son chemin jusqu'au nouveau Code civil. Dès 1972, Jean-Guy Fréchette recommande que la règle de l'article 2190 C.c.B.C. soit modifiée pour la suivante : « La prescription est régie par la loi qui s'applique au fond du litige²¹⁸. » Cette recommandation sera suivie par le Comité de l'ORCC, dont Jean-Gabriel Castel et Jean-Guy Fréchette étaient d'ailleurs membres. Dans son rapport déposé en 1975, le Comité mentionne, après un article 7 reproduisant intégralement le texte recommandé par Jean-Guy Fréchette, que « [l]a prescription fait corps avec l'obligation » et qu'elle « ne peut être envisagée séparément du rapport de droit auquel elle

213. *The Scottish Metropolitan Assurance Co. Limited v. Graves*, [1955] C.S. 88.

214. Walter S. JOHNSON, « Voyage autour de l'article 2190 C.C. Ontario Extinctive Prescription in a Quebec Court », (1955) 33 *R. du B. can.* 687, 701.

215. *Id.*, 698.

216. Pierre ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. 2, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1934, p. 163.

217. *Id.*, p. 164.

218. J.-G. FRÉCHETTE, *préc.*, note 196, p. 169.

est attachée²¹⁹». Dans son commentaire de l'article 3131 C.c.Q., le ministre reprend essentiellement ce point de vue²²⁰.

Cet article a été appliqué à un jugement étranger dans l'affaire *Minkoff*, où le débiteur d'un jugement rendu à Londres prétendait que celui-ci était prescrit :

[13] Le Code civil ne prévoit aucun terme de prescription des décisions étrangères. Le législateur a toutefois tranché une controverse antérieure, la prescription est une question de substance et non de procédure et elle est régie par la loi qui s'applique au fond du litige (art. 3131 C.c.Q.). « À la loi qui attribue un droit, il appartient de fixer le délai dans lequel ce droit est susceptible d'être exercé. »

[14] Une décision ne peut avoir au Québec plus d'effet qu'elle n'en a dans son pays d'origine. Comme notre Cour l'a décidé dans l'arrêt *Ginsbow inc.*, une partie ne peut par une requête en exemplification prolonger la période de validité du jugement étranger, ni le faire revivre une fois éteint. À l'inverse, à défaut d'une disposition spécifique dans notre droit, on ne peut restreindre ou annuler la portée d'un jugement étranger pendant sa période de validité dans le pays d'origine²²¹.

Il faut noter que la première phrase du paragraphe 14 reprend mot pour mot un passage du commentaire du ministre portant non pas sur l'article 3131 mais sur l'article 3155 :

Le deuxième point met un terme à une controverse : une décision n'est pas définitive tant qu'elle est encore susceptible, dans son pays d'origine, d'un appel ou d'une révision. De même, *une décision étrangère ne peut avoir au Québec plus d'effet qu'elle n'en a dans son pays d'origine* ; c'est pourquoi une décision ne saurait non plus être déclarée exécutoire au Québec si elle ne l'est pas selon la loi de l'État où elle a été rendue²²².

Or, la Cour d'appel a depuis laissé entendre, dans l'arrêt *William Millénaire*, que l'extinction de l'obligation découlant d'un jugement étranger, dans ce cas par compensation (extinction prévue dans l'article 1671 C.c.Q., lequel mentionne aussi la prescription), n'était pas vraiment relative à

219. COMITÉ DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Rapport sur le droit international privé*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1975, p. 50.

220. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 1. Notez le revirement tenté en faveur de la *lex fori* à l'avant-projet de loi de 1989, et heureusement abandonné au projet de loi 125 (cf. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Commission permanente des institutions, 2^e sess., 33^e légis., 28 février 1989, n^o 48, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi portant réforme au code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé (1) », p. CI-1985 et CI-1986 ; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Sous-commissions des institutions, 1^{re} sess., 34^e légis., 3 décembre 1991, n^o 28, « Étude détaillée du projet de loi 125 – Code civil du Québec (26) », p. SCI-1121.

221. *Minkoff c. Society of Lloyd's*, préc., note 8.

222. *Commentaires du ministre de la Justice*, 1993, « Commentaire du ministre de la Justice sur l'art. 3155 C.c.Q. », EYB1993CM3156 (l'italique est de nous).

l'article 3155 C.c.Q. mais plutôt à la prévisibilité de la réussite du moyen fondé sur l'article 596 (3) du *Code de procédure civile* concernant l'extinction de la dette au moment de la saisie²²³. Il est donc permis de douter que la prescription touche à la validité du jugement étranger, étant plutôt liée à l'existence de l'obligation de payer en découlant. D'ailleurs, on ne peut exclure qu'un jugement étranger prescrit soit invoqué au soutien de l'autorité de la chose jugée ou de la présomption simple d'exactitude²²⁴, ce qui implique qu'il soit valide par ailleurs. Comme la forme des actes juridiques, la validité du jugement étranger se distingue du fond de sa condamnation.

Mais il est remarquable que l'arrêt *Minkoff* ait cité l'arrêt *Ginsbow* pour étayer son interprétation de l'article 3131 C.c.Q., puisque cette affaire était « régi[e] par l'ancien droit²²⁵ ». Il est vrai que le juge de première instance dans *Ginsbow* ne cite pas l'article 2190 C.c.B.C. et discute plutôt de l'article 3131 C.c.Q. « au surplus²²⁶ ». Mais la Cour d'appel dans *Ginsbow* rejette l'appel sans faire mention de l'article 3131 C.c.Q. et de la notion de fond du litige ; au contraire, l'arrêt se borne à affirmer que la créancière du jugement étranger ne pouvait « par sa requête en exemplification [...], prolonger la période de validité du jugement étranger, ni le faire revivre une fois éteint²²⁷ », paraphrasant les termes mêmes que le juge Mackay avait employés en 1870 dans l'affaire *King v. Demers*²²⁸.

Conclusion

Ce survol historique démontre que la place importante prise par la *lex fori* depuis les glossateurs jusqu'au droit anglais et à la jurisprudence française du XIX^e siècle s'est fondée sur une interprétation artificielle du droit romain dans le but de dépouiller l'étranger du droit d'invoquer la loi étrangère. Cette approche a fait l'objet de critiques persistantes qui en ont dénoncé l'injustice, jusqu'à ce qu'elle cède graduellement sa place à la *lex causae* découlant de la qualification substantielle à partir du milieu du

223. *William Millénaire inc. c. Conceria Cadore, s.r.l.*, 2008 QCCA 703, par. 11 et suiv.

224. *Association des propriétaires de Boisés de la Beauce c. Monde forestier*, 2009 QCCA 48, par. 27.

225. *Ginsbow inc. c. Pipe and Piling Supplies Ltd.*, J.E. 2000-762 (C.S.), par. 2.

226. *Id.*, par. 10 : « Le fond du litige, dans un cas d'exemplification, c'est le jugement étranger, sa reconnaissance, sa validité. La prescription, quant à la durée de validité de ce jugement, doit donc être celle de la loi là où il a été rendu, aux termes même de l'art. 3131. »

227. *Ginsbow inc. c. Pipe and Piling Supplies Ltd.*, J.E. 2002-1871 (C.A.).

228. *King v. Demers*, préc., note 207 : « were a foreign judgment extinguished, [...] new right could not be by removal [...] to Lower Canada ».

xx^e siècle. La tentation de la *lex fori* n'a cependant pas été partout justifiée de la même manière.

Selon une première conception, formulée par Guillaume de Cun et reprise en common law, la *lex fori* s'applique parce que le tribunal saisi doit répondre à la question. La confusion entre le fait que le tribunal soit saisi de la question et le fait qu'il applique une loi ou une autre à cette question découle de la qualification procédurale qu'il assigne à la question. Selon une deuxième conception, formulée par Guy Coquille et reprise en droit civil, la *lex fori* s'applique parce que le débiteur est nécessairement domicilié à l'endroit où la question se pose par application de la règle de compétence *actor sequitur forum rei*. Dans ce cas, la confusion ne découle pas de la qualification procédurale de la question à trancher mais du rattachement de celle-ci à la personne du débiteur, lequel a le droit de soulever les moyens prévus par la loi de son for naturel. Dans le premier cas, le raisonnement est simple mais plus difficile à contredire, car il faut démontrer une erreur de qualification quant à l'effet du temps sur les droits. Dans le deuxième cas, le raisonnement est un peu plus complexe, mais l'étape de la qualification substantielle est déjà franchie, seule demeurant problématique la détermination du facteur de rattachement pertinent.

La prescription des jugements, quant à elle, suit un parcours différent. En France, la loi étrangère est admise pour les jugements étrangers dès le milieu du XIX^e siècle, alors que la Cour de cassation rattache encore la prescription à la règle *actor sequitur*. Dans les pays de common law, au Canada à tout le moins et en Ontario en particulier, c'est l'inverse qui se produit : la *lex fori* demeure appliquée à la prescription du jugement étranger, comme le fait la jurisprudence du début du XVIII^e siècle, alors même que le droit international privé impose d'appliquer à la prescription la loi régissant le fond du litige. Au Québec, la conception a évolué de l'application pure et simple de la *lex fori* à l'ouverture à la loi étrangère sans que la loi ait changé, tandis que la jurisprudence rendue sous l'ancien Code continue d'être invoquée au soutien de l'article 3131 C.c.Q.

Il n'est pas étonnant, dans ce contexte, de constater que la question de savoir ce qui se prescrit au juste a fait l'objet des opinions les plus diverses. Une chose est cependant claire : la qualification procédurale a été invoquée pour protéger le plaideur local (et ses actifs) au détriment du plaideur étranger (et des siens). Ce constat rend plutôt incongrue la persistance de cette qualification. De fait, en droit interne, le débat sur l'effet de la prescription peut très bien se résoudre en termes de renonciation²²⁹.

229. Voir la note 6 *in fine*.

Ainsi, la dichotomie controversée *droit—action* ne cause peut-être que des difficultés techniques en droit des obligations et en procédure civile, mais elle cause des injustices en droit international privé. En effet, il est injuste de ne donner à l'étranger que les droits qui existent non seulement en vertu de la loi étrangère mais également en vertu de la loi du tribunal saisi, car il voit alors ses prétentions soumises à deux lois, comme si le fait de franchir une frontière réduisait les droits. En d'autres termes, il est injuste d'appliquer la prescription de la *lex fori*, car la *lex causae* est alors rejetée non pas parce qu'elle ne donne aucun droit, mais parce qu'elle est étrangère. Ces considérations de justice et d'équité ont présidé à la qualification substantielle de la prescription en France dans les années 70, en Angleterre dans les années 80, à la Cour suprême du Canada dans les années 90 et au Québec avec le nouveau Code. Selon nous, l'imposition de la *lex fori* sans autre forme de procès porte atteinte à «la stabilité et [à] la prévisibilité que commandent les principes fondamentaux du droit international privé que sont l'ordre et l'équité²³⁰».

Or, l'utilisation de la dichotomie *droit—action* pour qualifier la prescription favorise la croyance qu'elle est reliée à la procédure et non aux obligations des parties²³¹. Comme nous l'avons vu, cette croyance a été historiquement au cœur de l'application protectionniste de la *lex fori*, ce qui n'a rien pour préserver la sécurité juridique des parties dans les litiges présentant un élément d'extranéité. De plus, les récentes hésitations sur la loi applicable à la prescription témoignent de la fragilité de la qualification

230. *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 22. Nous ne développerons pas, autrement que pour le mentionner l'argument pouvant être tiré du fait que l'imposition du délai de la *lex fori* aux droits des étrangers serait susceptible d'être jugé contraire aux principes du droit international privé au même titre que le refus de reconnaître des droits pour d'autres motifs. Voir, en ce sens, Alwyn Vernon FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, 1938, p. 398, où l'auteur soutient ceci, dans le contexte du refus de l'*exequatur* d'une sentence arbitrale homologuée à l'étranger (l'italique est de nous) :

But what if the claimant, presenting his authenticated record of the foreign decision, had been denied an *exequatur* under circumstance which violate the *principles of private international law* governing the respect that is due to foreign judgments? Even in the absence of treaty [note omise] it would seem possible to maintain that in such a case foreign judgments rendered in due form by a competent jurisdiction must be accorded *exequatur* on pain of *denial of justice* in default thereof).

231. Certains auteurs proposent ainsi d'abandonner les termes «conception procédurale» et «conception substantielle» afin de décrire la prescription comme ayant un effet «minimaliste» ou «maximaliste» (G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, préc., note 7, p. 303), ou encore «moins puissant» et «plus puissant» (F.K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 5, traduit par Charles GUENOUX, Paris, Firmin Didot Frères, 1852, p. 376 et suiv.).

substantielle, ce qui devrait encourager à mieux exposer cette qualification en droit interne, vu le rôle prépondérant qu'il a eu, dans les faits, et qu'il doit avoir, en principe.

Nous formulons au début de ce texte une invitation à repenser l'objet de la prescription à la lumière de ces considérations. Cette invitation n'est pas théorique : elle vise à éviter que le droit des obligations et la procédure civile servent de caution à une conception problématique en droit international privé. Il serait donc souhaitable que la nature de la prescription et le contenu normatif du droit d'action soient révisés au moyen de concepts qui diminuent et non augmentent les risques d'injustice dans les rapports entre étrangers.