

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 1994-2019 : NAISSANCE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS MODERNE

Sylvette Guillemard

Volume 122, Number 1, 2020

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE SOULIGNANT LE 25^e
ANNIVERSAIRE DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069944ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069944ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Guillemard, S. (2020). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 1994-2019 : NAISSANCE
DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS MODERNE. *Revue du notariat*,
122(1), 169–223. <https://doi.org/10.7202/1069944ar>

**REVUE DE LA JURISPRUDENCE
1994-2019 : NAISSANCE DU DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS
MODERNE**

Sylvette GUILLEMARD*

INTRODUCTION	171
1. Les innovations.	173
1.1 <i>Le forum non conveniens</i>	174
1.2 La litispendance internationale	178
1.3 L'absence de révision au fond des décisions étrangères	181
1.4 Le droit étranger	184
2. Les objets de controverse	186
2.1 L'élément d'extranéité.	187
2.2 La constitutionnalité de l'article 3167 C.c.Q.	191
2.3 L'article 3164 C.c.Q. ou la règle du miroir	194
2.4 La nature de la compétence internationale des tribunaux.	199
3. Les règles bien établies	203
3.1 L'autonomie de la volonté	203
3.2 La qualification	211

* Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

3.3 Le domicile des personnes physiques	216
CONCLUSION	219

INTRODUCTION

Écrire une chronique de jurisprudence couvrant les décisions des tribunaux depuis 1994, c'est en quelque sorte relater la naissance du droit international privé au Québec. Il ne faut pas se méprendre et penser que le droit québécois, auparavant, était incapable de gérer les relations comportant un élément d'extranéité. Disons simplement qu'il était mal outillé pour cela, avec de rares articles dans le *Code civil du Bas-Canada* ou la transposition de dispositions conçues pour des situations purement internes¹. Ce faisant, les litiges « ne trouvaient pas toujours de solution satisfaisante en raison du caractère souvent incertain et fragmentaire des règles de droit international privé »². Rien d'étonnant, dans ces conditions, à ce que la jurisprudence fût hésitante, louvoyante, parfois source d'incohérence. La sécurité des intéressés était loin d'être assurée.

Fort de sa centaine d'articles³, le Livre X du Code civil offre maintenant un ensemble structuré, cohérent, mais qui n'est pas pour autant toujours facile à saisir⁴. Certains principes ont été abandonnés, d'autres ont été repris de l'ancien droit, mais dans l'ensemble, la matière a été « profondément transformé[e] »⁵ en 1994.

Pour présenter ce panorama, il a bien fallu faire des choix parmi l'abondante jurisprudence⁶. En premier lieu, comment clas-

1. Pour les premiers, citons les articles 6, 7 et 8 du C.c.B.C. Pour les secondes, rappelons le fameux article 68 du *Code de procédure civile* de l'époque.
2. *Code civil, commentaires du ministre*, Québec, Les publications du Québec, 1993, p. 1949.
3. 93, très exactement, lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Au 6 octobre 2019, il en compte 102. Ces chiffres ne couvrent que le livre X. Toutefois, on trouve des dispositions pertinentes pour les relations transnationales dans d'autres sections du Code civil, comme pour ce qui est de l'adoption internationale ou de la preuve du droit étranger, sur lesquelles nous nous pencherons dans cette chronique.
4. Patrick Glenn évoquait, lors de son entrée en vigueur, « [l]a complexité du nouveau droit international privé québécois ». (H. Patrick GLENN, « Droit international privé », *La Réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 669, 675.)
5. Serge GAUDET, « Le Livre X du Code civil du Québec : bilan et enjeux », (2009) 88 *R. du B. can.* 313.
6. Un relevé sur le site du CAIJ en octobre 2019 chiffre à environ 3660 les décisions en droit international privé, abstraction faite des questions de preuve du droit (à suivre...)

ser les décisions ? Plutôt que de s'en tenir à un relevé traditionnel et passablement statique par grands pans de la discipline, nous avons choisi de regrouper les articles et concepts abordés par les tribunaux en fonction de leur impact sur la discipline puisqu'il ressort de l'étude des jugements que certains articles l'ont modifiée, d'autres n'arrivent toujours pas à lui donner une orientation stable et enfin, d'autres encore en constituent maintenant des socles sûrs. Nous nous penchons donc sur les « innovations » (1), puis sur les « objets de controverses » (2) pour finir avec les « règles bien établies » (3), en étant bien consciente que l'appartenance à une catégorie n'exclut pas des accointances avec une autre. Une fois cette classification établie, le questionnement méthodologique était loin d'être terminé. Même si certaines dispositions n'ont pas eu l'heur d'intéresser, ou si peu, plaideurs et magistrats⁷, il était impensable de passer en revue et, surtout, de commenter les décisions sur tous les articles. Une fois un tri, inévitablement subjectif, effectué, nous avons fait face à une réalité inhérente aux actions en justice. Il est plus que rare que le litige soulève l'application d'une seule règle de droit. Du haut au bas de la hiérarchie judiciaire, les tribunaux doivent se prononcer la plupart du temps sur *plusieurs* articles. En droit international privé, il en va ainsi lorsque le dossier lui-même comporte différentes facettes, comme problèmes de rattachement juridictionnel et de loi applicable. Il arrive aussi qu'une même question déclenche diverses sous-questions, par exemple, en matière de garde d'enfant, celle du tribunal compétent qui dépend de celle de la détermination du domicile de l'enfant⁸ ou, peu importe le domaine, celle de la reconnaissance d'une décision étrangère qui oblige à traiter de la compétence du tribunal étranger et de la règle du miroir. Mentionnons également à ce sujet la doctrine du *forum non conveniens*, utilisée parfois seule, mais le plus souvent comme argument subsidiaire après avoir épuisé les règles sur la compétence des tribunaux québécois⁹. Dans ces cas-là, nous avons décidé, lorsque c'était possible, de nous attarder à un article, un seul, en raison de son caractère

(suite...)

étranger et de l'enlèvement international d'enfants. Notre chronique s'attachera à la période 1994-2018 mais, selon les besoins, elle empiètera en aval et en amont.

7. Les banques de jurisprudence indiquent que les articles 3086, 3087, 3095, 3106, 3110, 3115, 3116, 3124, 3162 n'ont jamais été mentionnés ou bien une seule fois par les décisions des tribunaux.
8. À propos du domicile, bien que sa définition ne soit pas propre au droit international privé, il lui est si intimement lié dans certains dossiers que nous nous y arrêterons.
9. La Cour d'appel a rapidement insisté sur le mécanisme dans *Lamborghini (Canada) inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, 1996 CanLII 6047 (QC C.A.).

particulièrement innovateur, discutable ou stable, même s'il n'est pas forcément le principal enjeu du litige.

En outre, une autre décision devait être prise. Étant donné le cadre de cette revue de jurisprudence, fallait-il se cantonner aux décisions portant sur des articles pertinents pour le notariat ou était-il préférable d'élargir le florilège afin de mettre en valeur l'importance de la codification de cette discipline ? Force a été de constater que les sujets qui relèvent traditionnellement du notariat sont largement ignorés par la jurisprudence, exception faite, bien sûr, des obligations contractuelles. En dehors de cela, quelques articles sont mentionnés mais ne font pas l'objet de débats¹⁰.

Par conséquent, nous n'avons pas eu d'autre choix, dans cette chronique, que de rendre honneur au droit international privé québécois moderne en couvrant des champs variés, ce qui intéressera, nous l'espérons, tout juriste interpellé par les questions internationales.

1. Les innovations

Si l'on en croit les commentaires du ministre, environ 80 dispositions sont « de droit nouveau » lors de l'entrée en vigueur du livre X du *Code civil du Québec*. Il n'est pas question de s'arrêter à chacune d'entre elles. Nous avons choisi de retenir ici certaines règles qui n'existaient pas du tout auparavant, comme le *forum non conveniens* ou la technique du miroir, ou celles qui ont complètement modifié le droit international privé antérieur, comme la question de la preuve du droit étranger ou la litispendance¹¹.

10. Pour n'en citer que quelques-uns, l'article 3085 C.c.Q. portant sur la loi applicable aux majeurs protégés, l'article 3097 C.c.Q. qui reprend d'ailleurs le droit antérieur sur la loi applicable aux droits réels et à leur publicité. L'article 3109 al.3 C.c.Q. relatif à la forme des testaments n'a pratiquement jamais été mentionné. L'article 3123 C.c.Q. a peut-être été celui qui a le plus retenu l'attention de la jurisprudence, quoique de manière bien modeste. Toutefois la règle sur la loi applicable au régime matrimonial légal est la même avant 1994 et n'est pas controversée. Étant donné sa faible fréquence dans la jurisprudence, le sujet ne peut non plus se qualifier parmi les « règles bien établies ».

11. Nous pensions traiter, au titre des nouveautés, de la *professio juris*, soit « [e]n matière successorale, la faculté de choisir le droit applicable ». (Stéphanie GHOZLAN, *La désignation de la loi applicable en matière de successions internationales : La professio juris en droit international privé québécois et comparé*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de droit, 2012, p. 9). Bien que cette option offerte au testateur soit inconnue auparavant, qu'elle soit une (à suivre...)

1.1 Le forum non conveniens

À tout seigneur, tout honneur, le *forum non conveniens* est l'une des grandes innovations du droit international privé québécois moderne. Serge Gaudet, à l'occasion des 15 ans du *Code civil du Québec*, écrivait qu'il était la « vedette incontestée du nouveau droit en la matière »¹². De façon générale, cette doctrine permet à un tribunal *compétent* de décliner sa compétence au profit du tribunal d'un autre ordre juridique également compétent, si ce dernier est en meilleure position pour statuer sur l'affaire¹³.

Il faut remonter à avant 1994 pour suivre toutes les fluctuations jurisprudentielles sur le sujet. Dans les années 70, la Cour supérieure, à deux reprises, avait accepté de décliner sa compétence au profit d'une autorité étrangère¹⁴. Puis la Cour d'appel a mis un frein à cette pratique en s'appuyant sur l'article 68 du *Code de procédure civile* en vigueur alors, qui ne permettait pas à un tribunal de ne pas exercer sa compétence¹⁵.

L'article 3135 C.c.Q. constitue donc un important revirement. Dans les premières années, on a pu constater un certain flottement dans son application. Il a été souvent accepté, parfois à tort. Ainsi, dans l'affaire *Lumbermen's Mutual Casuaty Co. c. Midland Transport Ltd.*, la Cour du Québec a décliné une compétence qu'elle

(suite...)

manifestation supplémentaire du respect de l'autonomie de la volonté dans le droit québécois et qu'elle constitue une exception à la règle traditionnelle de la scission successorale, le nouvel article 3098 al. 2 C.c.Q. n'a pas fait de bruit dans les prétoires. Deux décisions abordent la question de la désignation de la loi par le défunt. Dans les deux cas, le testateur n'avait rien prévu et les parties au litige s'opposent sur la question de la loi applicable. Les deux jugements n'élaborent pas et ils ne présentent que peu d'intérêt par rapport à la nouvelle règle (*Martel Rozan c. Chiasson*, 2005 CanLII 26787 (QC C.S.) et *Juljulian c. Juljulian*, 2007 QCCS 4588).

12. S. GAUDET, préc., note 5, p. 315. En fait, l'article 3135 C.c.Q. n'est pas en haut du podium, la première place étant détenue, selon nos relevés, par l'article 3148 C.c.Q. Cela tient certainement au fait que cet article comporte de nombreux paragraphes qui visent des situations très diverses.
13. Pour un historique de la notion et les doutes sur sa pertinence en droit québécois, voir Sylvette GUILLEMARD, Alain PRUJINER et Frédérique SABOURIN, « Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois », (1995) 36(4) *C. de D.* 913.
14. *Dominion Jubilee Corp. c. Canadian Javelin Ltd.*, [1977] C.S. 786 et *Dans l'affaire de Canadian Javelin Ltd. : Plam c. Sparling*, [1979] C.S. 465.
15. *Aberman c. Solomon*, [1986] R.D.J. 385.

n'avait pas¹⁶. Par ailleurs, les tribunaux avaient tendance à céder facilement aux arguments des défendeurs qui mettaient ainsi « en doute l'opportunité du choix du demandeur à la suite de son forum shopping »¹⁷ et préféraient que leur litige soit entendu ailleurs qu'au Québec.

L'adverbe « exceptionnellement » contenu à l'article 3135 C.c.Q. a donné lieu à plusieurs divergences jurisprudentielles et doctrinales. Souvent équivalent à « dans des circonstances exceptionnelles »¹⁸, le terme a été clairement interprété par la Cour suprême du Canada dans *Spar*¹⁹. Pour elle, ce qui est exceptionnel, ça ne doit pas être le cas soumis au tribunal mais la nature même de l'article 3135 C.c.Q. Dès 1996, le juge Sénécal l'avait perçu : « La règle est que le tribunal régulièrement saisi reste saisi. Décliner est l'exception. »²⁰ En somme, « [i]l faut conclure que sous la plume de notre codificateur, "exceptionnellement" signifie "ce qui constitue une exception", soit "de façon qui déroge à la règle" »²¹.

Toutefois, malgré les propos du juge LeBel dans *Spar*, plusieurs magistrats examinent encore la situation invoquée par le défendeur pour vérifier s'ils y trouvent des circonstances exceptionnelles²².

Au-delà du sens à donner à « exceptionnellement », ce qui a le plus dérouté les tribunaux lors de l'introduction de la doctrine, ce sont les critères à passer en revue afin de vérifier si une autre autorité étrangère était mieux placée pour être saisie du litige. Rapidement, la Cour d'appel est venue à leur secours en établissant une liste de ces critères. Dans l'arrêt phare *Oppenheim*²³, elle en a relevé

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

17. Sylvette GUILLEMARD, « Le libellé de l'article 3135 C.c.Q. : l'exception confirme la règle », dans *Repères*, avril 2013, *La référence*, EYB2013REP1339.

18. *Czajka c. Life Investors Insurance Co. of America*, J.E. 95-765 (C.S.); *Bennaouar c. Machhour*, 2012 QCCA 469 et, dans une certaine mesure, *Stormbreaker c. Weinstock*, 2013 QCCA 269.

19. *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205.

20. *Lorenzetti c. McLachlan*, [1996] J.Q. n° 5239 (C.S.), par. 15.

21. S. GUILLEMARD, préc., note 17.

22. Entre autres, *SNC-Lavalin Group inc. c. Ben Aïssa*, 2019 QCCS 465; *MVC Océan inc. c. Nepean Bay Recovery Inc.*, 2018 QCCQ 9961. Dans *Droit de la famille – 182354*, 2018 QCCA 1894, la Cour d'appel évoque la nécessité de rechercher la « présence d'une situation exceptionnelle »... en s'appuyant sur *Spar* !

23. *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001 (QC C.A.).

une dizaine, qui vont du lieu de résidence des parties et des témoins à l'intérêt de la justice en passant par le lieu de formation et d'exécution du contrat qui donne lieu au litige. Nous avons quelques hésitations en ce qui concerne le sixième élément indiqué par la Cour d'appel, « la loi applicable au litige ». Le fait de devoir appliquer au litige un droit étranger, bien que parfois inconfortable, certes, est de l'essence même des litiges comportant un élément d'extranéité. La Cour du Québec l'a fort justement relevé dans une affaire où l'une des parties essayait de convaincre le juge de se dessaisir du dossier car le droit applicable n'était pas le droit québécois : « Par ailleurs, n'est pas recevable l'argument suivant lequel le fond du litige entre les parties est soumis aux lois ontariennes. En effet, il n'est pas inhabituel que les tribunaux québécois doivent entendre des litiges soumis à des lois étrangères. »²⁴

L'arrêt *Oppenheim* fait incontestablement autorité et quelques années plus tard, la liste a été reprise par la Cour suprême du Canada, en premier lieu dans *Spar*²⁵.

Le texte de l'article 3135 C.c.Q. est muet sur la compétence du tribunal étranger. Il ne prévoit pas, par exemple, que les autorités *compétentes* « d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige ». La question qui se pose est la suivante : les tribunaux québécois saisis d'un moyen fondé sur le *forum non conveniens* peuvent-ils vérifier la compétence de l'autre autorité ? Ou même, le doivent-ils ? Pour le juge Forget de la Cour d'appel, « [a]vant de décliner compétence au profit d'un tribunal étranger, dans le cadre de l'article 3135 C.c.Q., il me paraît évident que la juge devait, au préalable, conclure que ce tribunal étranger avait compétence »²⁶. La Cour d'appel le répète sous une autre forme quelques années plus tard : « The appellants are correct to argue that the trial judge could not decline the jurisdiction of the Superior Court of Québec in favour of a foreign court that itself would not have jurisdiction to hear the dispute. »²⁷

24. *Cooperstock c. Bell Canada*, 2013 QCCQ 1774, par. 16-17.

25. *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, préc., note 19. L'existence des dix critères a également été rappelée dans *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 867, 2007 CSC 20. *Oppenheim* et *Spar* ont été suivis sur le sujet par plus d'une centaine de décisions chacun.

26. *M.I.B. c. M.-P.L.*, 2005 QCCA 1023, par. 39.

27. *Yassin c. Green Park International Inc.*, 2010 QCCA 1455, par. 59. L'arrêt est rédigé par « The court » et remarquons que le juge Forget faisait partie de la formation.

Le juge Rochon, dans un dossier où les autorités marocaines étaient en concurrence avec les tribunaux québécois, consacre plusieurs paragraphes à la question de la compétence du tribunal étranger :

Avant de commencer l'analyse, se pose une question préliminaire qui est rarement abordée. Celui qui demande au tribunal de décliner compétence doit-il faire la preuve que les autorités d'un autre État sont compétentes à se saisir du litige en vertu de leurs propres règles de compétence ? S'agit-il d'une condition préalable à l'examen des facteurs de rattachement au forum étranger élaborés par la jurisprudence ?²⁸

S'appuyant sur les propos du juge Forget, il opine dans le même sens : « Bien que cette partie des motifs ne constitue pas le *ratio decidendi* de la décision, la règle dégagée me semble s'imposer. »²⁹ Le juge québécois doit donc s'assurer que le tribunal étranger en faveur de qui il s'incline est bel et bien compétent. En réalité, il ne s'agit pas d'établir précisément quelle autorité étrangère sera compétente, tribunal de grande instance français ou cour suprême de l'Alberta par exemple; il suffit de constater qu'un autre ordre juridique est susceptible de fournir une autorité compétente.

Ajoutons, si cela était nécessaire, qu'en ce cas, la compétence doit être vérifiée en se fondant sur les règles de compétence de l'ordre juridique en question et non, comme dans le cas d'une demande de reconnaissance d'une décision étrangère, sur nos propres critères. Dans ce dernier cas, cela s'explique par le fait que le jugement va être intégré à l'ordre juridique québécois, alors que dans le premier, la décision de renvoyer l'affaire dans un autre ordre juridique n'a aucun impact au Québec.

Un aspect du *forum non conveniens* qui fait l'unanimité est qu'il repose sur un pouvoir discrétionnaire, comme le dit explicitement l'article 3135 C.c.Q.³⁰.

28. *Bennaouar c. Machhour*, 2012 QCCA 469, par. 21.

29. *Ibid.*, par. 23. Le juge Rochon explique aussi pourquoi le débat sur la preuve de la compétence de l'autorité étrangère est si rare dans la jurisprudence. Voir *ibid.*, par. 24.

30. Voir l'une des premières décisions à le mentionner : *Malden Mills Industries inc. c. Huntingdon Mills (Canada) Ltd.*, 1994 CanLII 3779 (QC C.S.) et l'une des dernières décisions de 2018 : *Droit de la famille – 182354*, préc., note 22.

1.2 La litispendance internationale

Il s'agit ici d'une tendance, nouvelle, à la « collaboration avec les autorités québécoises »³¹, au même titre, selon Patrick Glenn, que le *forum non conveniens*. Avant la codification, l'exception de litispendance internationale n'existait pas au Québec. Nous nous concentrons ici sur la litispendance qui fait obstacle à la saisine simultanée de deux tribunaux, codifiée à l'article 3137 C.c.Q., non à celle qui empêche la reconnaissance d'une décision étrangère, prévue à l'article 3155 paragraphe 4 C.c.Q., les deux présentant évidemment des similitudes, notamment la règle de la triple identité.

Il n'y a rien d'étonnant à ce que les premières décisions sur l'article 3137 C.c.Q. ressortissent principalement du droit familial. En effet, à la suite d'une rupture conjugale dans le cadre d'une union transnationale³², il est très fréquent que l'un des conjoints quitte le Québec et retourne dans son pays d'origine. Chaque personne de son côté saisit le tribunal pour faire prononcer le divorce ou statuer sur la garde des enfants ou les deux³³.

En 1999, la Cour d'appel a étudié minutieusement la règle de la triple identité, formulée différemment en droit international privé et en droit interne : « L'article 3137 C.c.Q. n'établit pas une adéquation parfaite entre les règles traditionnelles relatives à la litispendance civile, notamment quant à la conception de la cause »³⁴. En effet, si l'article en question parle bien de l'identité des parties³⁵ et de celle de l'objet, il remplace la « cause » par les « faits ». Ce choix s'explique, car s'en tenir à l'objet aurait parfois posé des difficultés de comparaison entre les principes et les institutions juridiques, presque inévitablement différents d'un ordre juridique à un autre. Les faits, ne demandant pas de qualification, sont plus faciles à appréhender et à comparer. Cela ne signifie pas que l'exercice de comparaison se fait

31. H.P. GLENN, préc., note 4, p. 745.

32. La transnationalité peut provenir du fait que les deux conjoints proviennent d'ordres juridiques différents ou que, venant de l'étranger, ils se soient installés et aient fondé une famille au Québec.

33. Voir, entre autres, *K.(H.S.) c. K.(A.)*, 1994 CanLII 3712 (QC C.S.); *Droit de la famille - 2054*, 1994 CanLII 6149 (QC C.A.); *Droit de la famille - 2454*, 1996 CanLII 5881 (QC C.A.); *Droit de la famille - 2561*, 1996 CanLII 5932 (QC C.A.).

34. *Birdsall inc. c. In Any Events Inc.*, 1999 CanLII 13874 (QC C.A.).

35. Peu importe la position procédurale des parties (*Sàfilo Canada Inc. c. Chic Optic*, 2004 CanLII 46683 (QC C.A.)).

sans difficulté. La Cour reconnaît que, souvent, quand le moyen est soulevé, « les faits ne sont que partiellement connus à cette étape préliminaire »³⁶. En outre, certains plaideurs présentent les mêmes faits de façon différente dans les deux instances. Il est évident que, dans ce cas, le tribunal n'est pas dupe :

Il y a en l'espèce identité de faits. Même si certains faits ont été ajoutés dans la requête introductive d'instance, la base factuelle des deux recours est substantiellement la même. Le contraste entre les deux procédures réside dans la manière de présenter les mêmes événements. Dans le *Statement of Defence* qu'ils ont déposé en Ontario, les demandeurs ont été concis, se contentant d'alléguer l'essentiel. La procédure entreprise au Québec est beaucoup plus prolixe et cela est intimement relié aux exigences du Code de procédure civile.³⁷

La Cour supérieure conclut en l'espèce à l'identité de faits.

Pour ce qui est de l'objet, la Cour d'appel a été saisie d'une question particulièrement intéressante dans l'affaire *Droit de la famille – 172244*³⁸. Des époux qui se séparent, deux tribunaux saisis, l'un en Belgique, l'autre au Québec quelques jours plus tard, avec pour toile de fond une demande de divorce. En première instance, l'homme invoque la litispendance et ses arguments sont rejetés par la juge notamment parce que le tribunal québécois, saisi le second, « a néanmoins été le premier saisi des questions portant sur le partage du patrimoine familial, la pension alimentaire entre époux, l'attribution d'une prestation compensatoire et la révocation des donations »³⁹. La Cour d'appel formule la question en ces termes : « [L]'exercice consiste-t-il, en matière de procédures de divorce, à examiner les demandes des parties *une à une* pour décider du for qui, le premier, en a été saisi ? »⁴⁰ Elle rappelle que la question fondamentale de ces demandes en justice est le prononcé du divorce, la rupture du lien matrimonial. Que la question principale puisse se décliner en sous-questions ne change pas l'objet du litige :

Avec égards pour l'opinion contraire, en matière de litispendance internationale, les mesures accessoires au divorce recherchées dans l'action en divorce ou dans la demande reconventionnelle correspon-

36. *Birdsall inc. c. In Any Events Inc.*, préc., note 34 (QC C.A.).

37. *Thériault c. Hyundai Motor America*, 2003 CanLII 30914 (QC C.S.), par. 18.

38. *Droit de la famille – 172244*, 2017 QCCA 1470.

39. *Ibid.*, par. 35.

40. *Ibid.*, par. 62. [Nos italiques]

dante ne doivent pas être considérées, aux fins d'établir la priorité du tribunal saisi, comme autant d'objets distincts.⁴¹

En somme, l'accessoire suit, ou est englobé dans le principal.

En plus de la règle de la triple identité, il faut, selon les termes mêmes de l'article 3137 C.c.Q., qu'une autre action soit « déjà pendante devant une autorité étrangère ». Ici joue la question de l'antériorité. C'est exactement ce qui a fait échec à une demande de sursis dans un dossier opposant Bombardier à certains de ses clients. Ces derniers lui avaient commandé un avion biréacteur qui n'a jamais été livré. Les clientes, des sociétés américaines, ont intenté des poursuites devant un tribunal texan. Quelques mois plus tard, Bombardier introduit une demande devant la Cour supérieure du Québec, réclamant, entre autres, des dommages-intérêts pour non-respect de certaines clauses contractuelles de la part de l'une de ses clientes, Fastwing. Celle-ci invoque la litispendance, mais le juge Décarie a conclu qu'à l'égard de cette compagnie, il était faux de prétendre qu'une action avait déjà été intentée au Texas. En effet, des procédures intentées avec succès par Bombardier, dans le cadre des recours intentés au Texas, avaient conclu qu'était « illégale [sic] l'ajout de Fastwing et Albatross comme parties demanderessees à l'action »⁴². Aucune action n'étant pendante ailleurs entre Bombardier et Fastwing, l'exception de litispendance ne pouvait être accueillie.

L'article 3137 C.c.Q. donne au tribunal un pouvoir discrétionnaire⁴³, comme la Cour d'appel le rappelle régulièrement, même si

41. *Ibid.*, par. 74. L'appel est accueilli et la suspension ordonnée pour des motifs de reconnaissance des jugements étrangers tant au Québec qu'en Belgique. En octobre 2019, la Cour suprême du Canada a rendu jugement dans le dossier. La question du découpage des demandes en sujets distincts n'a pas été débattue car finalement, les parties étaient d'accord à cet égard avec la position de la Cour d'appel. Elles ont admis que le tribunal belge avait été le premier saisi car « la date de la saisine s'apprécie non pas en fonction de chaque chef de demande distinct, mais plutôt en fonction de la demande principale formulée » (R.S. c. P.R., 2019 CSC 49, par. 34).

42. *Bombardier inc. c. Fastwing Investment Holdings Ltd.*, 2010 QCCS 6665, par. 13. Confirmé par *Fastwing Investment Holdings Ltd. c. Bombardier inc.*, 2011 QCCA 432.

43. Entre autres, parmi de très nombreuses décisions, *Conserviera S.P.A. c. Paesana import-export inc.*, 2001 CanLII 19205 (Q.C.A.); *M.(G.) c. F.(A.M.)*, 2003 CanLII 41691 (Q.C.A.); *Bombardier Inc. c. Mécamont Hydro*, 2003 CanLII 48200 (Q.C.S.); *M.I.B. c. M.-P.L.*, 2005 QCCA 1023; *Fastwing Investment Holdings Ltd. c. Bombardier inc.*, préc., note 42; et plus récemment, *Pham c. Nguyen*, 2018 QCCS 5768.

elle semble l'avoir oublié en 2017. Elle avait en effet conclu que « s'il est évident que l'action dans le for étranger pourra donner lieu à une décision pouvant être reconnue au Québec, le tribunal québécois doit surseoir »⁴⁴. Pourtant, l'article 3137 C.c.Q. est très clair à cet égard puisqu'il permet au tribunal mais ne lui impose pas de surseoir même lorsque les conditions qu'il énonce sont remplies⁴⁵.

1.3 L'absence de révision au fond des décisions étrangères

Jusqu'en 1994, lorsqu'une décision étrangère devait faire l'objet d'une homologation au Québec, les parties pouvaient « faire valoir devant le juge de nouveaux moyens de défense, [...] invoquer de nouveaux faits ou [...] produire de nouveaux moyens de preuve »⁴⁶. En somme, la révision du tribunal québécois pouvait porter aussi bien sur les faits que sur le droit, comme c'était d'ailleurs le cas en France jusqu'en 1964. Le *Code civil du Québec*, dans la foulée de la *Convention du 1^{er} février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* de La Haye et suivant une règle répandue dans le monde occidental, opère un revirement et interdit toute immixtion du juge saisi de la demande de reconnaissance dans le contenu du jugement étranger. L'article 3158 C.c.Q., qui codifie le principe, est sans ambiguïté. Le Code indique aussi, à l'article 3157, que le juge ne peut se prononcer sur la loi appliquée par son homologue étranger. À notre avis, pour prendre connaissance de la loi appliquée, il faudrait examiner le fond du jugement. Il faut croire que deux précautions valent mieux qu'une.

La Cour d'appel a rapidement exprimé le principe :

L'article 3158 C.C.Q. prévoit que le juge québécois ne peut dorénavant que vérifier si la décision dont on demande la reconnaissance ou l'exécution remplit les conditions posées à l'article 3155. Il ne peut donc ainsi examiner que les aspects du fond de la décision qui se rapportent à la compétence internationale indirecte du juge étranger, à la finalité du jugement et à sa conformité avec l'ordre public international.⁴⁷

44. *Droit de la famille* – 172244, préc., note 38, par. 94.

45. Voir l'opinion des juges majoritaires en ce sens dans *R.S. c. P.R.*, préc., note 41, par. 67 à 70 qui rétablit la décision de première instance.

46. Commentaires du ministre, préc., note 2, p. 1052.

47. *Mutual Trust Company c. St-Cyr*, 1996 CanLII 6010 (QC C.A.), par. 34. Pour mémoire, la compétence est dite directe lorsqu'elle concerne les tribunaux nationaux, indirecte lorsqu'elle concerne les autorités étrangères.

Quelques années plus tard, à l'occasion de la demande de reconnaissance d'un jugement prononcé en Algérie, la Cour supérieure a traduit l'interdiction contenue à l'article 3158 C.c.Q. de la façon suivante : « Le présent Tribunal ne siège pas en appel de la décision rendue en Algérie; le jugement était-il bien fondé en faits et en droit ? Il n'est pas de la compétence de ce Tribunal d'en discuter.⁴⁸

De la Cour du Québec à la Cour d'appel, en passant par la Cour supérieure, de 1994 à 2018⁴⁹, il n'y a pas de voix discordantes sur le sujet. Tout le monde semble même s'entendre sur le fait que ne pas examiner le fond de la décision doit être interprété sans trop de rigidité car il faut bien aller au-delà des motifs du jugement pour vérifier certains éléments de l'article 3155 C.c.Q., dont la compétence du juge étranger, la conformité avec l'ordre public et le respect des principes essentiels de procédure.

En matière d'adoption internationale, au contraire, le tribunal doit s'assurer « que les règles concernant le consentement à l'adoption et l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées et que les consentements ont été donnés »⁵⁰ en vue d'une adoption plénière, soit une adoption qui rompt le lien entre l'enfant et les parents biologiques, seul régime admis au Québec. Pour ce faire, le tribunal saisi de la demande de reconnaissance doit examiner le jugement soumis, mais également, il « prend connaissance du droit étranger afin de s'assurer que les règles concernant le consentement à l'adoption et à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées »⁵¹.

La Cour d'appel a eu l'occasion d'analyser l'article 574 C.c.Q. dans le cadre d'une adoption simple prononcée à Haïti, alors que les parents adoptifs recherchaient la reconnaissance au Québec. Le tribunal de première instance l'avait refusée pour le motif suivant :

[P]ar la modification de l'article 574 C.c.Q., entrée en vigueur le 1er février 2006, le législateur a confirmé la nécessité pour le Tribunal

48. *K. (A.) c. K. (H.)*, 1997 CanLII 8430 (QC C.S.), par. 190.

49. Et même à la Cour suprême du Canada en 2019, *Barer c. Knight Brothers LLC*, 2019 CSC 13.

50. Art. 574 al. 1 C.c.Q. Au 1^{er} janvier 1994, l'article 574 al. 1 se lisait autrement : « Le tribunal appelé à reconnaître un jugement d'adoption rendu hors du Québec s'assure que les règles concernant le consentement à l'adoption et à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées. »

51. *G. (A.F.E.) c. A.O. (P.)*, 1998 CanLII 11023 (QC C.Q.), par. 42.

de vérifier que le consentement à l'origine du jugement d'adoption a été donné en vue d'une adoption plénière. Il constate qu'il n'en est rien, puisque le régime légal en vigueur en Haïti est celui de l'adoption simple.⁵²

On sent la réticence du juge de première instance poindre lorsqu'il écrit : « Il est clair que le jugement initial ne doit pas être dénaturé par le jugement d'un autre pays qui le reconnaît dans le but de lui donner application. »⁵³ Il poursuit :

[L]e législateur québécois a nettement voulu affirmer que la seule adoption qui existe présentement au Québec est l'adoption plénière, celle qui a pour finalité de rompre définitivement le lien de filiation d'origine pour lui substituer un nouveau lien de filiation, et qu'il n'y a pas lieu de reconnaître un jugement prononçant l'adoption issue d'un consentement d'un parent à une adoption simple.

Depuis le 1^{er} février 2006, le législateur l'a mieux précisé en inscrivant la nécessité d'une rupture du lien de filiation non seulement au chapitre des effets de l'adoption, mais aussi au chapitre de la vérification des consentements donnés préalablement au jugement d'adoption dans le pays d'origine. Il a clairement exigé en exigeant du tribunal, appelé à reconnaître une décision d'adoption rendue hors du Québec, qu'il s'assure que les règles concernant le consentement à l'adoption et l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées et que **les consentements ont été donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine.**⁵⁴

Pour la Cour du Québec, la nouvelle version de l'article 547 C.c.Q. ne modifie pas « substantiellement la loi »⁵⁵, elle ne fait qu'apporter des clarifications.

Au terme d'un raisonnement très étoffé, le juge Bonin finit par refuser la reconnaissance d'un jugement étranger qui, contrairement au droit québécois, ne rompt pas les liens avec la famille d'origine. La Cour d'appel infirme le jugement de première instance, sans dissidence, en s'attachant plus à la vérification du consentement de la mère biologique par le juge haïtien⁵⁶ qu'aux effets de

52. *Adoption – 11356*, [2011] J.Q. n° 18890, 2011 QCCA 2353, par. 20.

53. *Adoption – 106*, 2010 QCCQ 2040, par. 50.

54. *Ibid.*, par. 69-70. [Gras dans le texte original]

55. *Ibid.*, par. 71.

56. « [...] le caractère libre et éclairé du consentement de la mère biologique à l'adoption de son enfant ne fait aucun doute en l'espèce » (*Adoption – 11356*, préc., note 52, par. 50).

l'adoption. En somme, le tribunal québécois doit vérifier le consentement, mais « n'a pas à s'assurer de la similitude des effets de l'adoption »⁵⁷.

La règle énoncée à l'article 574 C.c.Q. pose généralement tellement peu de problèmes que « la phrase "Conformément à l'article 574 du *Code civil du Québec*, la Cour s'est assurée du respect des règles concernant l'admissibilité à l'adoption de l'enfant sujet de la présente demande" revient régulièrement, à la façon d'une formule sacramentelle, dans la jurisprudence de la Cour du Québec »⁵⁸.

1.4 Le droit étranger

Bien que la règle sur le sort de la preuve du droit étranger ne fasse pas partie du Livre X, elle est tellement intimement liée aux litiges de droit international privé qu'il est nécessaire d'en traiter dans le cadre de cette chronique.

L'article 2809 C.c.Q. constitue en partie une nouveauté. En 1939, la Cour suprême du Canada avait décidé qu'elle pouvait prendre connaissance d'office, soit sans qu'il soit plaidé, du droit des provinces, à la condition qu'il ait été allégué⁵⁹. Selon les tribunaux québécois, tous les droits autres que québécois, que ce soit le droit d'une autre province ou celui d'un autre ordre juridique, étaient des droits étrangers, comme c'est encore le cas à l'heure actuelle, et jusqu'en 1994, ils devaient faire l'objet d'une preuve. Leur qualification était factuelle et c'est pour cette raison qu'ils devaient être prouvés.

57. *Ibid.*, par. 56. La Cour d'appel reprend ici sa propre opinion formulée dans *Droit de la famille – 3403*, 2000 CanLII 7307 (QC C.A.). Il faut dire qu'en outre, dans la décision sur l'adoption haïtienne, la mère avait signé plusieurs consentements successifs. Les démarches pour la reconnaissance au Québec avaient débuté en 2008, alors que les consentements donnés en 2004 et 2006 menaient à une adoption simple. En 2009, la mère signe un troisième consentement, qui entraîne la rupture du lien entre l'enfant et la famille biologique.

58. Sylvette GUILLEMARD et Van Anh LY, *Éléments de droit international privé québécois*, Montréal, Éditions Yvon Blais (sous presse). Voir les décisions les plus récentes : *Adoption – 1989*, 2019 QCCQ 2046, *Adoption – 18477*, 2018 QCCQ 7825 ou *Adoption – 18479*, 2018 QCCQ 7827. Pour mémoire, rappelons qu'en vertu de l'article 37 C.p.c., la Cour du Québec a compétence exclusive en matière d'adoption, interne ou internationale.

59. *Canada Steamship C. c. Watson*, [1939] R.C.S. 11.

Le nouvel article 2809 C.c.Q. joue sur deux tableaux puisque « [e]n affirmant que le tribunal peut prendre connaissance d'office du droit étranger, [il] fait sortir ce droit du domaine de l'objet de la preuve, mais en ajoutant que le tribunal peut néanmoins demander que la preuve soit faite, il l'y fait réintégrer »⁶⁰.

L'exigence incontournable pour que le tribunal applique le droit étranger est qu'il ait été allégué. La conjonction utilisée à l'article 2809 C.c.Q., « *pourvu* qu'il ait été allégué »⁶¹, ne laisse place à aucun doute. La Cour d'appel a dû se prononcer sur la signification et la portée du verbe « alléguer ». En fait, dit-elle, il faut que le droit étranger soit « invoqué », ce qui signifie selon les circonstances que « les parties l'allèguent spécifiquement, le plaident, le prouvent ou l'admettent »⁶².

Les tribunaux ne s'interrogent pas particulièrement sur le contenu du terme « droit ». La Cour du Québec, sous la plume du juge D'Amours, a laconiquement indiqué :

Pour l'aire sémentique [sic] du terme « droit », voir Philippe Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, 7^e éd. Litec 1995 (Librairie de la cour de Cassation, 27 Place Dauphine 75001, Paris) p. 15 à 17, 39 à 55. – Henri Kelada, *Précis de droit québécois*, éd. S.Q.I.J. p. 24.⁶³

Sur le cas qui lui était soumis, le juge conclut :

[...] si la preuve démontre l'existence d'une coutume ou d'un processus tenant lieu de loi régissant la forme ou les conditions ou modalités du consentement, la Cour devrait recevoir cette preuve comme étant la règle de droit applicable dans ce pays.⁶⁴

Il semble qu'une loi religieuse soit admissible à ce titre.

Une question difficile s'est posée dans le cadre d'une demande d'ordonnance de placement d'un enfant pakistanais dans une famille pakistanaise qui habite au Québec. Il y aurait eu au Pakistan

60. Léo DUCHARME, « Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le code civil du Québec », *La Réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 443, 446. Dans le même sens, voir *T.-M. (R.-M.) c. M. (B.)*, 2001 CanLII 40076 (QC C.S.), par. 7.

61. [Nos italiques]

62. *Wightman c. Widdrington (Succession de)*, 2013 QCCA 1187, par. 499.

63. *Paquin, ès qualités de Personne autorisée par le Directeur de la protection de la jeunesse c. A., ès qualités de Parent*, 1997 CanLII 6650 (QC C.Q.), note 7.

64. *Ibid.*, par. 24.

un jugement autorisant l'adoption. Le dossier présente deux problèmes majeurs, selon la direction de la protection de la jeunesse. D'une part, il n'y a pas eu de jugement mais seulement un « acte de tutelle ». D'autre part, « [c]omme il n'y a pas de loi d'adoption au Pakistan et que l'adoption est interdite entre Musulmans, on ne peut soutenir que les consentements à l'adoption et l'adoptabilité de l'enfant sont conformes à la loi »⁶⁵. La question du « jugement » a été vite réglée⁶⁶ et l'autre question peut s'exprimer en termes plus généraux : que faire lorsque « une loi n'existe pas dans un pays »⁶⁷, autrement dit qu'aucune règle ne statue sur un sujet donné ? La cour estime qu'il ne faut pas élargir l'article 2809 C.c.Q. au point d'accepter à titre de droit une « allégation sous serment », comme c'est le cas en l'espèce. Elle ajoute que ce « serait trop facile »⁶⁸.

Rappelons justement qu'une exception existe au principe énoncé à l'article 2809 C.c.Q. En matière d'adoption, le juge ne peut prendre connaissance d'office du droit étranger. En vertu des articles 3092 al. 1 et 568 C.c.Q., la preuve *doit* lui en être faite puisqu'il lui revient de vérifier la légalité du processus dans le pays d'où vient l'enfant.

Pour finir, mentionnons que les jugements où le tribunal applique le droit québécois, faute de preuve ou d'allégation du droit étranger, comme le veut l'article 2809 al. 2 C.c.Q., sont légion.

2. Les objets de controverse

Bien que les nouvelles règles existent depuis 25 ans, certains sujets n'ont toujours pas trouvé de solution durable puisque la jurisprudence a du mal à se stabiliser. Dans certains cas, la polémique dure encore. Dans d'autres, elle a tellement duré que, même si les solutions apportées par les tribunaux semblent converger, il est intéressant de voir de quoi elle s'est nourrie.

65. *Dans la situation de B.M.(A.)*, 2002 CanLII 28550 (QC C.Q.), par. 8.

66. Bien que le juge n'en ait pas fait mention, il faut souligner que le Code entré en vigueur en 1994 tait soigneusement ce terme, au profit de « décision » pour éviter justement ce genre de difficulté.

67. *Dans la situation de B.M.(A.)*, préc., note 65, par. 28.

68. *Ibid.*, par. 28.

2.1 L'élément d'extranéité

Cela peut paraître stupéfiant, mais ce qui constitue la base et la raison d'être du droit international privé ne fait pas l'unanimité. Pour l'éminent internationaliste Pierre Lalive, « une situation, ou une relation sociale, [est] "internationale" [quand] elle comporte au moins un élément d'extranéité ou, en langage moins "savant" un élément étranger »⁶⁹. Pour le dire autrement, « l'élément d'extranéité est [...] le fait qui provoque le besoin de rattachement »⁷⁰, c'est-à-dire la mise en œuvre du droit international privé.

L'expression n'est utilisée que dans une disposition du livre X du Code civil, à l'article 3111, dont le premier alinéa traite de la loi applicable aux actes juridiques : « L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte [...] ». Elle est reprise au deuxième alinéa.

Que faut-il entendre par ces termes ? Le code ne donne aucune explication et les premiers commentateurs du nouveau Code n'y ont certainement pas vu d'embûche véritable. Patrick Glenn, étudiant les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*, est silencieux sur ce point et deux autres auteurs estiment que « [p]ar élément d'extranéité, il faut entendre au moins un point de contact juridiquement pertinent avec un État étranger dans le contexte où la question se pose »⁷¹. Toute la question est de savoir comment est provoqué ou déterminé ce point de contact. Est-il inhérent à la situation, à la relation contractuelle, par exemple, par des localisations différentes des parties ou par l'exécution d'obligations contractuelles en un lieu tiers, ce qui correspondrait à une internationalité objective ? Ou peut-on considérer qu'à l'occasion d'une relation purement interne, les parties l'« internationalisent » en confiant la résolution des différends à une autorité autre que les tribunaux québécois ou en prévoyant l'application d'une loi autre que la leur à leur contrat, ce qui constituerait une extranéité subjective ?

69. Pierre LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », (1977) 155 *R.C.A.D.I.* 3, 16.

70. Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 362.

71. H.P. GLENN, préc., note 4, p. 870; Jeffrey TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, « Le Code civil du Québec – Interprétation des règles du droit international privé », *La Réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 801, 870.

La Cour suprême a dû répondre à la question dans le cadre d'un litige où le contrat comportait une clause d'arbitrage. L'ensemble du dossier était assez complexe juridiquement, car il alliait droit de la consommation, droit des contrats, droit de l'arbitrage et droit international privé ainsi que moyen procédural, l'action collective. Les faits, eux, s'exposent simplement. Un consommateur québécois conclut un contrat avec Dell Canada par le biais de son site web en vue de l'achat d'un ordinateur. Le contrat contenait une clause d'arbitrage accessible par un hyperlien⁷². Le prix annoncé était très peu élevé, mais il s'agissait d'une erreur. Dell refuse d'honorer la commande du client québécois au prix dont il avait eu connaissance. Du coup, avec l'Union des consommateurs, le client dépose une requête en autorisation d'intenter une action collective⁷³. Dell rétorque en invoquant la clause d'arbitrage et demande le rejet de la requête. La question était de savoir si la clause d'arbitrage était inopposable au consommateur comme le prévoit l'article 3149 C.c.Q. La sous-question, celle qui nous intéresse ici, était de déterminer si le litige comportait un élément d'extranéité qui justifierait le recours au Livre X du *Code civil du Québec* et donc à la disposition invoquée par le consommateur.

Les juges du plus haut tribunal du pays ont été divisés. Six d'entre eux ont accepté le point de vue de Dell, ne concluant pas à l'extranéité et donc à l'application de l'article 3149 C.c.Q. Les trois autres juges⁷⁴ ont estimé qu'une clause qui retire la compétence internationale aux tribunaux québécois était un élément d'extranéité.

72. Par essence, les contrats conclus sur des sites web, avec ou sans hyperliens, sont des contrats d'adhésion où l'acceptant n'a aucune marge de négociation, sur aucun point.

73. À l'époque, le *Code de procédure civile* l'appelait « recours collectif ».

74. Dont deux en provenance du Québec. La juge qui rédige le jugement au nom de la majorité provient, elle aussi, du Québec. En toute déférence, il faut absolument oublier, plus rayer, ce qu'elle a écrit au par. 27, que le droit international privé québécois est « d'inspiration anglaise »... Des années auparavant, l'éminent comparatiste Paul-André Crépeau avait pourtant tiré la sonnette d'alarme : « Il n'est pas, à ce propos, exagéré d'affirmer que l'on assiste, en raison surtout d'une importation souvent inopportune et irraisonnée de solutions provenant du droit international privé anglais, à une dénaturation » de la discipline. (Paul-André CRÉPEAU, « De la responsabilité civile extra-contractuelle en droit international privé québécois », (1961) xxxix R. du B. can. 9).

La majorité explique ainsi son point de vue. Par nature, l'arbitrage est anational : « Il n'a ni allégeance ni rattachement à un État quelconque. »⁷⁵ La juge Deschamps insiste sur ce point :

Si le choix de l'arbitrage comme mode de règlement des conflits était constitutif d'extranéité, cela reviendrait à dire que l'arbitrage constitue, par lui-même, un lien de rattachement avec un territoire donné, ce qui est tout à fait contradictoire avec l'essence même de l'institution de l'arbitrage, c'est-à-dire la neutralité. Cette institution est neutre sur le plan territorial; elle ne comporte aucun élément d'extranéité.⁷⁶

Bref, une clause d'arbitrage n'est pas elle-même porteuse d'extranéité. D'ailleurs, la juge s'en tient à une extranéité strictement objective puisqu'elle ajoute :

De toute façon, comme l'article 3111 C.c.Q., dont j'ai traité plus haut, porte sur la désignation du droit applicable à un acte juridique ne comportant aucun élément d'extranéité, c'est que la désignation elle-même n'emporte pas une telle extranéité.⁷⁷

Après examen, elle ne trouve pas non plus d'extranéité objective dans le dossier, ce qui est curieux puisque les parties, le consommateur et Dell sont domiciliés dans des ordres juridiques différents, le premier au Québec, la seconde en Ontario. Ajoutons que la clause d'arbitrage prévoyait qu'il devait respecter les règles américaines du *Federal Arbitration Act*. La juge Deschamps conclut malgré tout que l'article 3149 C.c.Q. n'a pas de place dans le débat. En somme, la majorité des juges renvoie le dossier à l'arbitrage et rejette la requête pour autoriser l'action collective.

Les juges dissidents, faisant l'apologie de l'autonomie de la volonté, comme la Cour l'avait fait dans *GreCon*, ne s'attachent pas réellement à ce que signifie l'extranéité⁷⁸ mais fondent une partie de leur raisonnement sur le libellé même de l'article 3149 C.c.Q. Toute

75. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 51.

76. *Ibid.*, par. 52.

77. *Ibid.*, par. 57. À notre avis, quand l'article en question prévoit que le contrat puisse ne comporter aucun élément d'extranéité, on parle d'extranéité objective à la base, en observant la relation contractuelle en tant que telle. Et c'est justement la clause de choix de loi, qui vient ensuite dans la rédaction de l'article, qui apporte à l'acte son extranéité.

78. Il faut reconnaître que pour l'application de l'article 3149 C.c.Q., il n'est point besoin de vérifier l'extranéité, puisque, comme nous l'avons relevé plus haut, le codificateur ne l'exige qu'à l'article 3111 C.c.Q. On pourrait rétorquer qu'elle est présumée et qu'elle va de soi pour l'application de tous les articles du Livre X.

clause qui retire sa compétence aux « autorités québécoises » peut déclencher l'application de l'article. Si la juridiction désignée par une clause, qu'elle soit d'élection de for ou d'arbitrage, « n'est pas une "autorité québécoise", l'article 3149 entre en jeu et permet au consommateur ou au travailleur de soumettre son litige à une "autorité québécoise" »⁷⁹.

La Cour supérieure a rendu en 2018 une décision où la question de l'extranéité se posait en regard de l'application ou non du deuxième alinéa de l'article 3111 C.c.Q. Cet alinéa balise la liberté de choix de loi des parties en ce sens que si l'acte – ajoutons en lui-même – ne présente aucun élément d'extranéité, la désignation d'une loi étrangère ne peut empêcher l'application « des dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliqueraient en l'absence de cette désignation ». Le contrat entre un boxeur d'origine russe, M. Beterbiev, installé au Québec et son représentant, également québécois, contenait une clause de choix de loi en faveur de la loi du Nevada. Le juge Bachand devait déterminer si le contrat présentait ou non un élément d'extranéité. Si la réponse était affirmative, le second alinéa ne s'appliquait pas, auquel cas il n'y avait pas lieu de prendre en considération le *Règlement québécois sur les sports de combat* dont l'article 169 limite les contrats de représentation à 2 ans. Le boxeur estimait que l'article 169 était une disposition impérative du droit québécois.

En opposition avec l'interprétation étroite et objective de la Cour suprême du Canada, la Cour supérieure va au-delà des termes du contrat et examine les circonstances dans lesquelles il a été conclu ainsi que ses objectifs concrets. Pour elle, il était « a key element in a broader strategy aimed at promoting Mr. Beterbiev's career at the international level and to take him closer to his ultimate goal of becoming world champion »⁸⁰. Il ressort de la preuve que son représentant ainsi qu'une autre « boxing management company [...] would, at least to some extent, work in tandem to help Mr. Beterbiev become the world's best light heavyweight boxer »⁸¹. À plusieurs reprises, la Cour constate l'ampleur internationale des visées du sportif et de ses représentants. Elle fait également remarquer qu'une partie des obligations du représentant, au-delà des termes du contrat, devaient être exécutées en dehors du Québec. En somme, la

79. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 75, par. 184.

80. *Beterbiev c. Groupe Yvon Michel inc.*, 2018 QCCS 2536, par. 7.

81. *Ibid.*, par. 7.

Cour supérieure a une vision large de la notion d'extranéité et incite à l'interpréter soupagement et généreusement. Elle ne répond pas directement à la question de savoir si une clause – de juridiction ou de choix de loi – peut en elle-même teinter d'extranéité un contrat mais sa décision porte à le croire.

2.2 La constitutionnalité de l'article 3167 C.c.Q.

L'article 3167 C.c.Q. concerne le rattachement juridictionnel en matière de divorce, en particulier la question de la compétence du tribunal étranger à le prononcer. Bien sûr, au premier abord, cette liberté prise par le codificateur provincial peut surprendre puisque, en vertu de l'article 91, paragraphe 26 de la Constitution⁸², le divorce est de compétence fédérale⁸³.

L'article 22 de la *Loi sur le divorce* énonce les conditions de reconnaissance d'un jugement étranger de divorce. Le jugement sera reconnu « à condition que l'un des ex-époux ait résidé habituellement dans ce pays ou cette subdivision pendant au moins l'année précédant l'introduction de l'instance ». On voit là une règle de compétence indirecte qui donne compétence à l'autorité de l'État étranger si l'un des ex-époux habitait dans cet État au moins durant l'année précédant le divorce. Le seul facteur de rattachement est donc la résidence – habituelle.

De son côté, l'article 3167 C.c.Q. vise la même question, la compétence de l'autorité étrangère qui a prononcé le divorce dont on recherche la reconnaissance au Québec. L'article contient plusieurs éléments pouvant asseoir la compétence de l'autorité étrangère. Outre la résidence, il ajoute le domicile, la nationalité des (deux) époux ou le fait que le jugement puisse être reconnu au Québec, cette dernière éventualité renvoyant à l'article 3155 C.c.Q. Il n'est pas nécessaire ici de passer en revue chacun de ces éléments mais seulement de constater qu'à première vue, ils débordent largement ce qu'a prévu le législateur fédéral.

Lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, certains ont pu penser que l'article 3167 C.c.Q. était « probablement *ultra vires* »⁸⁴. Le droit québécois ajoute-t-il aux prescriptions fédérales

82. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.).

83. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.).

84. J. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 71, p. 917.

ou ne fait-il que les illustrer ? Dans le premier cas, l'article serait en effet *ultra vires*, dans le second non.

La première décision rendue en la matière provient de la Cour supérieure en 1997. Un couple, de nationalité algérienne et domicilié en Algérie, y a obtenu le divorce. Le couple, qui a beaucoup bougé, s'est installé au Québec avec ses quatre enfants pendant un certain temps, notamment pour la scolarisation des enfants. Monsieur cherche à faire reconnaître un jugement algérien de divorce devant la Cour supérieure à Montréal. Madame conteste en invoquant notamment le non-respect des conditions énoncées à l'article 3155 C.c.Q. et en soulevant l'inconstitutionnalité de l'article 3167 C.c.Q. Après analyse, le tribunal de première instance conclut que « l'article 3167 C.c.Q. doit être déclaré inapplicable en matière de divorce, car il contrevient à l'article 22 de la loi sur le divorce »⁸⁵. La Cour d'appel estime que le raisonnement doit être le suivant : dans un premier temps, il y a lieu de vérifier si le jugement étranger peut faire l'objet d'une reconnaissance en suivant les critères énoncés à l'article 3155 C.c.Q. Ce n'est que si c'est le cas qu'il conviendra ensuite de se pencher sur la question constitutionnelle. La Cour d'appel confirme que le tribunal de première instance a eu raison de rejeter la requête en reconnaissance et, par conséquent, elle ne statuera pas « sur le moyen fondé sur l'inapplicabilité en matière de divorce de l'article 3167 du *Code civil du Québec* »⁸⁶.

Plusieurs décisions ont abondé dans le même sens, refusant de se prononcer sur la question constitutionnelle car cela était inutile en l'espèce. Dans *S. F. c. R. J.-S.*⁸⁷, il y avait en outre un obstacle dirimant pour discuter de question constitutionnelle, l'absence du Procureur général au débat et plus, l'absence d'avis à son endroit, comme l'exige le *Code de procédure civile*.

La Cour d'appel s'est de nouveau prononcée sur la question, en *obiter dictum*, après avoir conclu qu'il n'y avait pas de contradiction entre l'article 3167 C.c.Q. et l'article 22(1) de la *Loi sur le divorce* puisque ce dernier ne s'appliquait pas dans le cas qui lui était soumis. Parlant du troisième paragraphe de ce dernier article, la Cour écrit : « Le législateur fédéral aurait pu ne conserver que le troisième paragraphe. Il aurait ainsi mis strictement l'accent sur l'application

85. *K. (A.) c. K.(H.)*, préc., note 48, par. 201.

86. *Droit de la famille - 2054*, 1998 CanLII 12833 (QC C.A.).

87. 2005 CanLII 28456 (QC C.S.).

des facteurs reconnus par la jurisprudence, dont celui du lien réel et substantiel avec l'État d'où émane le jugement de divorce »⁸⁸. La référence, rencontrée auparavant sans explications dans d'autres décisions, à des « liens réels et substantiels » entre les parties ou le litige et « l'État d'où émane le jugement de divorce »⁸⁹ ne saute certainement pas aux yeux d'un lecteur civiliste de ce troisième alinéa de l'article 22. Il faut connaître la position de la Chambre des lords dans *Indyka c. Indyka* pour comprendre d'où vient cette exigence :

Section 22(3) of the Divorce Act continues the recognition of foreign divorces under the common law « real and substantial connection » test developed by the House of Lords in *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 AC 33 (HL), which creates a much lower threshold for recognition than a year's ordinary residence.⁹⁰

Dans *Indyka*, la Chambre des lords avait estimé que la nationalité des parties constituait un lien important entre les personnes qui demandaient le divorce et le tribunal de l'État en question.

Pour en revenir à la Cour d'appel, elle poursuit en faisant valoir que l'exigence de common law « ne tient plus d'une règle jurisprudentielle, dès lors que ce critère est en quelque sorte incorporé au paragraphe 22(3) »⁹¹ de la *Loi sur le divorce*. De plus, l'article 3167 C.c.Q. ne contrevient pas à la loi fédérale, conclut-elle, dans la mesure où les intéressés sont « en mesure d'établir l'existence de liens réels et substantiels avec [le] for étranger »⁹². Pour notre part, nous suggérons simplement que les éléments énumérés à l'article 3167 C.c.Q. en plus de la résidence, soit le domicile et la nationalité, sont des traductions de liens réels et substantiels entre une personne et un ordre juridique.

En conclusion, après des hésitations et surtout des refus de prendre position, peut-on dire que la question de la validité constitutionnelle de l'article 3167 C.c.Q. est tranchée ? Une décision

88. *Droit de la famille – 172244*, préc., note 38, par. 166. Le troisième paragraphe de l'article 22 de la *Loi sur le divorce* se lit ainsi :

« Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux autres règles de droit relatives à la reconnaissance des divorces dont le prononcé ne découle pas de l'application de la présente loi. »

89. *Ibid.*, par. 166.

90. *Knowles v. Lindstrom*, 2013 ONSC 2818, cité dans *Detcheverry v. Herritt*, 2013 NSSC 315, par. 40.

91. *Droit de la famille – 172244*, préc., note 38, par. 175.

92. *Ibid.*

récente de la Cour supérieure le laisse croire. La Cour va jusqu'à écrire que dans l'arrêt *Barer*, « [l]e juge Brown confirme implicitement la validité de l'article 3167 C.c.Q., puisqu'il respecte les principes de droit international privé »⁹³. C'est en effet très implicite et très éloigné de la situation qui faisait l'objet du litige devant la Cour suprême du Canada. Elle était appelée à se prononcer sur la reconnaissance d'un jugement par défaut rendu par un tribunal de l'Utah dans le cadre d'un litige contractuel entre sociétés ! Tant que la question de la constitutionnalité de l'article 3167 C.c.Q. restera dans les limbes des *obiter dicta*, il est difficile de savoir à quoi s'en tenir à son sujet.

2.3 L'article 3164 C.c.Q. ou la règle du miroir

Lorsqu'un tribunal québécois est appelé à se prononcer sur la reconnaissance ou l'exécution d'une décision étrangère, autrement dit lorsqu'il doit procéder à son homologation, l'article 3155 C.c.Q. lui sert de guide. L'une des exigences contenues à cet article est de vérifier la compétence de l'autorité étrangère qui a rendu la décision.

Rappelons que chaque État détermine dans quelle mesure il accepte de donner effet à des décisions étrangères. Il n'est pas question ici de vérifier dans le droit étranger les règles de compétence des tribunaux locaux. Au contraire, chaque État choisit souverainement les conditions auxquelles il va reconnaître la compétence de l'autorité étrangère. Au Québec, cela passe par l'article 3164 C.c.Q., en vertu duquel les règles de compétence indirecte sont identiques aux règles de compétence directe. La compétence des autorités étrangères est le reflet des règles de compétence des tribunaux québécois; c'est pour cette raison que l'on désigne la technique comme la règle du miroir⁹⁴. L'article 3164 C.c.Q. comporte une exigence supplémentaire. La compétence ne sera admise que si, en outre, « le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie ».

93. *Droit de la famille – 191053*, 2019 QCCS 2250, par. 28.

94. Comme l'écrit la Cour d'appel, « la compétence du tribunal étranger est examinée à travers le prisme de la théorie de la réciprocité [...] ». (*Société canadienne des postes c. Lépine*, 2007 QCCA 1092, par. 54). On parle aussi du « principe de bilatéralisation des compétences » (*Ortega Figueroa c. Jenckel*, 2015 QCCA 1393, par. 25).

Le miroir pose plusieurs problèmes, mais arrêtons-nous d'abord à sa portée⁹⁵. Couvre-t-il toutes les règles régissant la compétence internationale des autorités du Québec ou seulement certaines d'entre elles ? Par exemple, doit-on exclure les articles qui donnent un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux québécois, comme les articles 3135 à 3138 C.c.Q. ?

La Cour d'appel a considéré que l'ensemble des articles du titre troisième pouvaient être objets de « réflexion ». Dans l'arrêt *Lépine*, elle a ainsi englobé l'article 3135 C.c.Q. dans le reflet du miroir : « Appliquant par analogie le principe énoncé à l'article 3135 C.c.Q. au tribunal ontarien, on doit en effet se demander si ce dernier n'aurait pas dû, dans sa discrétion [...] décliner compétence sur les ressortissants québécois. »⁹⁶

Il nous semble que la question a été clairement tranchée par la Cour suprême du Canada. Quand l'arrêt *Lépine* a été porté devant elle, elle a estimé qu'il fallait faire une différence entre « la détermination de la compétence proprement dite et son exercice »⁹⁷. Elle ajoute :

Le texte des dispositions du *Code civil du Québec* sur la compétence des autorités québécoises consacre d'ailleurs cette distinction entre la compétence et son exercice. En effet, l'art. 3135 C.c.Q. dispose que le tribunal québécois peut refuser d'exercer une compétence qu'il possède par ailleurs en vertu des règles de rattachement pertinentes. En revanche, dans le cas des demandes de reconnaissance de jugements étrangers ou externes, le tribunal québécois n'a pas à se demander comment la cour d'une autre province ou d'un pays étranger aurait dû exercer sa compétence ni, en particulier, comment elle aurait pu utiliser un pouvoir discrétionnaire de ne pas se saisir de l'affaire ou de suspendre son intervention.⁹⁸

Rappelons que l'article 3164 C.c.Q. parle expressément des « règles de compétence applicables aux autorités québécoises ». Il faut en déduire que

95. Voir Sylvette GUILLEMARD en collaboration avec Van Anh LY, « La décision *Barer* et l'article 3164 C.c.Q. : encore beaucoup de buée sur le miroir », *R. du N.* 121-12, 319. Il semble que le débat dont nous allons faire état ici agite nettement plus la doctrine que les tribunaux. Cependant, il nous semble important de nous y arrêter, d'autant que la Cour suprême du Canada s'est prononcée.

96. *Société canadienne des postes c. Lépine*, préc., note 94, par. 63.

97. *Société canadienne des postes c. Lépine*, [2009] 1 R.C.S. 549, par. 34

98. *Ibid.*, par. 35.

l'article 3164 C.c.Q. ne renvoie pas aveuglément vers toutes les règles qui le précèdent, c'est-à-dire toutes les règles qui concernent ou traitent des questions de compétence, mais seulement vers celles qui *fondent* la compétence des autorités québécoises. Par conséquent, sans admettre ou rejeter en bloc les dispositions générales énoncées aux articles 3134 à 3140 C.c.Q., il s'agira, dans chaque situation, de vérifier si l'une d'entre elles *établit* la compétence des tribunaux du Québec.⁹⁹

Pour savoir si l'un des articles du titre troisième entre dans le spectre du miroir, il faut le lire attentivement pour vérifier s'il porte sur la *compétence attribuée* au tribunal québécois ou sur l'*exercice de la compétence*. Les termes utilisés par le législateur sont assez clairs pour ne pas porter à confusion. Par exemple, l'article 3135 C.c.Q. est très éloquent puisqu'il autorise l'autorité québécoise « compétente » à « décliner cette compétence ». De la même façon, l'exception de litispendance, codifiée à l'article 3137 C.c.Q. permet au tribunal de surseoir à statuer. Il n'y est absolument pas question d'attribution de compétence en faveur du tribunal québécois.

Quelques années après l'arrêt *Lépine*, la Cour d'appel reconnaît une couverture large au miroir puisqu'elle admet la compétence du tribunal étranger sur la base de l'article 3138 C.c.Q. :

Parmi [les articles du titre troisième], l'article 3138 C.c.Q. prévoit qu'un tribunal québécois peut ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, *même s'il n'est pas compétent* pour connaître le fond du litige. La compétence de l'autorité québécoise en cette matière est par l'effet du « principe du miroir » étendue aux tribunaux étrangers et leur confère la même compétence.¹⁰⁰

En toute déférence, cette affirmation est contestable. Notamment, comme l'écrit elle-même la Cour d'appel, l'article 3138 C.c.Q. vise une situation où le tribunal québécois n'est pas compétent. À ce sujet, remarquons que le codificateur n'attribue pas compétence au tribunal québécois, sinon il l'aurait dit. Il lui permet simplement d'« ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ». Cela ressemble plus à un aménagement procédural, une mesure de bonne

99. S. GUILLEMARD et V. A. LY, préc., note 95, p. 335. [Italiques dans le texte original].

100. *Ortega Figueroa c. Jenckel*, préc., note 94, par. 28. [Nos italiques] En l'espèce, elle fait échouer la demande de reconnaissance sur le deuxième volet de l'article 3164 C.c.Q., le lien n'étant pas suffisant.

administration de la justice, qu'à une règle de rattachement juridictionnel.

Très récemment, la Cour suprême a fait volte-face puisque le juge Brown, rédigeant des motifs concordants à ceux de la majorité, a affirmé que « l'article 3164 C.c.Q. autorise le tribunal québécois à reconnaître la compétence du tribunal étranger en application d'une des "dispositions générales" énoncées au chapitre premier du titre troisième (art. 3136, 3138, 3139 et 3140 C.c.Q.) »¹⁰¹.

L'autre volet de l'article 3164 C.c.Q. qui fait couler beaucoup d'encre jurisprudentielle est la question du lien. Bien que nous ayons relevé des divergences dans la jurisprudence liée aux objets qui doivent faire l'objet du lien, les tribunaux ne s'y arrêtent pas, n'en discutent pas. Sans réaliser que cela ne correspond pas aux termes du Code, plusieurs estiment que le lien doit exister entre le jugement, parfois le litige, et le tribunal étranger qui a rendu la décision¹⁰². Pourtant, « [il] ne s'agit pas à ce stade de reproduire la règle de rattachement, soit de rechercher un lien entre l'un des éléments du litige et le tribunal étranger, raisonnement qui a été tenu à la première étape, lors de l'utilisation du miroir. Le point de vue est plus large, comme le prouvent les termes utilisés à la fin de l'article 3164 C.c.Q. »¹⁰³ qui prévoit que le « *litige* se rattache d'une façon importante à *l'État* dont l'autorité a été saisie »¹⁰⁴.

Un autre point suscite des interrogations, mais les tribunaux n'y ont pas clairement répondu. Il s'agit de savoir si l'exigence du lien important ne vaut que pour les articles qui précèdent l'énoncé de la règle du miroir. En effet, quelques articles qui le suivent comportent en eux-mêmes des règles de compétence indirecte, évitant par là même d'utiliser le miroir. Il en va ainsi des articles 3166 à 3168 C.c.Q. « Doit-on [alors] appliquer tels quels les articles 3166 à 3168 C.c.Q. ou la mesure du rattachement doit-elle s'exercer également à leur égard ? »¹⁰⁵

La Cour supérieure, en 1999, a répondu affirmativement à la seconde branche de la question : « [...] the fault and prejudice com-

101. *Barer c. Knight Brothers LLC*, préc., note 49, par. 122.

102. Voir, par exemple, *Société canadienne des postes c. Lépine*, préc., note 97, par. 36.

103. S. GUILLEMARD et V. A. LY, préc., note 58.

104. *Ibid.* [Nos italiques]

105. S. GUILLEMARD et V. A. LY, préc., note 95, p. 335.

ponents of section 3168 (3) must be examined in light of section 3164, which requires a substantial connection between the jurisdiction and the dispute »¹⁰⁶.

La Cour suprême a considéré la question à deux reprises. D'abord dans *Lépine*, où son point de vue est peu limpide. Dans le paragraphe que le juge LeBel consacre au lien, après avoir estimé qu'« [e]n général, le recours à des règles spécifiques, comme celle de l'article 3168 applicable aux actions personnelles à caractère patrimonial, permettra de statuer sur la compétence du tribunal étranger », donc, sans recherche d'un lien particulier, il ajoute dans la foulée qu'il arrive « qu'une situation juridique complexe où les parties se trouvent dans des fors différents impose le recours au principe général de l'article 3164 pour déterminer la compétence »¹⁰⁷. Cette constatation relève de l'évidence, dans la mesure où la situation n'est pas une action personnelle à caractère patrimonial, mais ne règle pas la question du lien. Se prononçant ensuite sur la question de la compétence de l'autorité étrangère en l'espèce, il écrit :

L'existence même de la compétence de la Cour supérieure de justice de l'Ontario ne fait pas de doute selon l'article 3168 C.c.Q., puisque la Société, défenderesse à l'action, a établi son siège social en Ontario. *Ce facteur de rattachement justifiait à lui seul la reconnaissance de la compétence du for ontarien.*¹⁰⁸

Toute réflexion sur le lien ayant disparu, c'est qu'il n'en est pas question dans ces conditions.

Dans *Barer*, le juge Gascon, rédigeant l'arrêt au nom de la majorité, ne semble pas très ferme sur la question. Il commence par penser que l'article 3168 C.c.Q. ne dispense pas de rechercher un lien important entre le « litige et le for saisi »¹⁰⁹ pour ensuite admettre qu'en fait, le lien important exprimé à l'article 3164 C.c.Q. est implicitement inclus dans l'article 3168 C.c.Q. La discussion sur le sujet s'arrête là : « Cela dit, il n'est pas nécessaire de résoudre cette question dans le présent arrêt. »¹¹⁰ Le juge Brown, pour sa part, ne s'attaque pas de front à la question du lien et mentionnons que pour

106. *Cortas Canning & Refrigerating Company v. Suidan Bros. Inc./Suidan Frères inc.*, 1999 CanLII 12203 (QC C.S.), par. 49.

107. *Société canadienne des postes c. Lépine*, préc., note 97, par. 36.

108. *Ibid.*, par. 38. [Nos italiques]

109. *Barer c. Knight Brothers LLC*, préc., note 49, par. 87.

110. *Ibid.*, par. 88.

la juge Côté, dissidente, en théorie l'importance du lien doit être examinée dans le cadre de l'article 3168 C.c.Q., mais il peut se présenter des exceptions.

En somme, il reste « encore beaucoup de buée sur le miroir »¹¹¹. Quel est son champ d'application, quelle est sa portée ? Il faudrait que la Cour suprême prenne plus clairement position ou, comme nous le suggérons¹¹², que le codificateur québécois modifie l'article 3164 C.c.Q. pour lever les ambiguïtés qu'il contient et atténuer les difficultés qu'il provoque.

2.4 La nature de la compétence internationale des tribunaux

Ici, la question n'est pas issue de l'application d'un ou de quelques articles du Code civil mais concerne l'ensemble des dispositions sur la compétence internationale des autorités, tant québécoises qu'étrangères, et fait principalement appel à des considérations procédurales. Si elle part de concepts très théoriques, elle a pourtant des applications essentiellement pratiques dans les dossiers comportant un élément d'extranéité, ce qui rend les divergences jurisprudentielles très fâcheuses.

En droit interne, la compétence matérielle, ou compétence d'attribution, des tribunaux en première instance, régie aux articles 33 à 39 du *Code de procédure civile*, est d'ordre public. Par conséquent, les parties n'ont pas le droit de déroger à ces articles, toute violation des règles peut être soulevée non seulement par les parties mais aussi par le juge *proprio motu*¹¹³ et à n'importe quel moment. Par opposition, la compétence territoriale, énoncée aux articles 41 à 48 du même code, n'étant pas d'ordre public, des conséquences inverses y sont attachées.

La question se pose sur le plan international puisque le Code ne donne aucune indication au Livre X et la jurisprudence est très divergente¹¹⁴, allant de la compétence matérielle – *ratione materiæ* –

111. S. GUILLEMARD et V. A. LY, préc., note 95.

112. *Ibid.*, préc., note 95, p. 341.

113. Art. 167 C.p.c.

114. Voir Sylvette GUILLEMARD, « Les problèmes de qualification de la compétence internationale des tribunaux québécois : la solution réside dans l'alliance du *Code de procédure civile* et du *Code civil du Québec* », (2019) 60 *C. de D.* 219.

à la compétence territoriale – *ratione loci* ou *ratione personæ* –, en passant par la compétence *sui generis*.

Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, la question, rarement débattue, se résolvait en prenant appui sur l'article 68 du *Code de procédure civile*. C'était le seul outil, bien que conçu pour les litiges internes, qui permettait de déterminer quel tribunal était compétent sur le plan international. Comme l'article 68 C.p.c. énonçait des règles sur le « lieu de l'introduction de l'action », toute compétence déterminée sur son fondement était territoriale.

Entre 1994 et 1997, les tribunaux ne raisonnaient pas véritablement sur la nature de la compétence elle-même, mais plutôt sur l'effet que produisaient sur elle les clauses convenues par les parties. Avant 1994, la clause d'élection de for était interdite, en vertu du libellé de l'article 68 C.p.c.¹¹⁵. En revanche, la clause d'arbitrage, permise, portait sur la matière même du litige puisqu'elle ne pouvait pas, « en toute logique, reposer sur des considérations géographiques »¹¹⁶. Cela menait à une situation théorique incongrue : quand les parties s'étaient pliées aux règles du Code de procédure, le tribunal était investi d'une compétence territoriale, lorsqu'elles étaient liées par une clause d'arbitrage, la compétence internationale était matérielle.

Qualifier la compétence internationale des tribunaux de matérielle lorsque le contrat contient une clause d'arbitrage est encore courant. Ainsi, sans fournir d'explication sur cette qualification, la Cour d'appel donne effet à une clause d'arbitrage et conclut : « En conséquence, je propose d'accueillir le pourvoi sans frais, de casser le jugement de première instance sans frais, d'accueillir la requête en exception déclinatoire *ratione materiæ* [...] »¹¹⁷.

En dehors de la présence de clauses entre les parties, la jurisprudence avait plutôt tendance à considérer que la compétence internationale était territoriale. En 1995, le juge Forget renverse la vapeur, du moins rétablit l'harmonie en cas d'expression de la volonté des parties. Clause d'élection de for ou clause d'arbitrage,

115. « [...] nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée devant [...] » tel ou tel tribunal.

116. S. GUILLEMARD, préc., note 114, p. 240.

117. *Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc.*, 2006 QCCA 461, par. 34. Voir également *Mary Blake Enterprises Inc. c. Coupe (Montréal) Ltd.*, 2002 CanLII 14021 (QC C.S.).

prévues à l'article 3148 C.c.Q., conduisent au même résultat : il s'agit d'une question de matière¹¹⁸. Cela ne résout pas la question de la compétence dans tous les autres cas.

En 1997, la Cour supérieure est ferme, élargit le raisonnement et en vient à une conclusion opposée. Dans son ensemble, « l'article 3148 [C.c.Q.] traite essentiellement du rattachement géographique en visant la situation du justiciable et la localisation de l'objet en litige. Il ne porte pas sur la matière »¹¹⁹. La Cour d'appel confirme le jugement, en prévenant cependant qu'elle ne partage pas « nécessairement tous les motifs de la juge de première instance »¹²⁰. Au moins, elle ne les contredit pas.

Le principe semble acquis, réitéré par la Cour supérieure à l'occasion d'une requête pour autoriser une action collective en 2008¹²¹, puis par la Cour d'appel en 2014¹²².

Certains magistrats québécois ont choisi une troisième voie, en évoquant en quelque sorte une compétence *sui generis* ou plus exactement, en écartant toute discussion sur la nature de la compétence. Ils préfèrent se pencher sur le caractère impératif ou non des règles de compétence, suivant en cela l'opinion de Gérard Goldstein et Ethel Groffier qui

préfèrent, à juste titre, parler de « compétence internationale des tribunaux », car il ne s'agit pas pour le tribunal de rechercher la compétence d'attribution conférée par le droit interne sur une partie ou une

118. *171486 Canada inc. c. Rogers Cantel Inc.*, 1994 CanLII 3644. Voir, dans le même sens, *Investia Services financiers inc. c. Services financiers Dundee inc.*, 2012 QCCS 4411.

119. *International Image Services inc. c. Ellipse fiction/Ellipse programme*, 1997 CanLII 8306 (QC C.S.), par. 24. Pour mémoire, l'article 3148 C.c.Q. contient les règles de rattachement juridictionnel pour les actions personnelles à caractère patrimonial.

120. *Ellipse programme c. International Image Services Inc.*, 1997 CanLII 10253 (QC C.A.). C'est précisément le juge Forget qui rédige la décision et il mentionne, sans plus, que pour statuer ici, la Cour d'appel n'a pas à se prononcer sur la qualification de la compétence internationale des tribunaux. Toujours est-il que la Cour d'appel entérine les conclusions du juge de première instance sur ce point.

121. *Option Consommateurs c. Infineon Technologies, a.g.*, 2008 QCCS 2781. Cette qualification n'a pas été contredite par la Cour suprême du Canada dans la même affaire (*Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600).

122. *Coopers & Lybrand c. RSM Richter inc.*, 2014 QCCA 194.

matière, mais de déterminer le forum où le litige sera entendu. On propose donc de « parler de compétence internationale dont le caractère est “facultatif”, “relatif”, “alternatif” ou au contraire dont le caractère est “absolu”, “impératif”, “exclusif” (...) puis appliquer, soit des règles de compétence impérative, soit des règles de compétence facultative ». ¹²³

Cette constatation, avec approbation, de la Cour d’appel ne va pas beaucoup plus loin et le filon n’est pas exploité par le juge Gendreau dans la suite de son raisonnement. Il faut dire que la qualification de la compétence ou tout autre énoncé sur sa nature n’était pas nécessaire en l’espèce.

Le débat est-il clos ? La Cour d’appel avait opté pour la qualification territoriale dans *GreCon*¹²⁴, sujet qui n’a pas été débattu, ni même évoqué, devant la Cour suprême. En réalité,

[o]n peut effectivement estimer que la question n’est pas définitivement tranchée en droit québécois. Pour qu’il en soit autrement, il faudrait qu’un tribunal saisi de la question s’y arrête et y consacre une analyse théorique en passant systématiquement en revue les arguments en faveur de l’une ou l’autre des positions.¹²⁵

Un autre élément ajoute à l’incertitude. Quand il s’agit de se prononcer dans le cadre de la garde d’enfant, les tribunaux sont hésitants, mais la balance penche généralement du côté de la compétence matérielle. Peu après l’entrée en vigueur du Code civil, la Cour d’appel avait estimé que la qualification internationale des tribunaux en matière de garde d’enfants était *ratione personæ*¹²⁶, opinion suivie en 2002, par le juge Taschereau¹²⁷. Le jugement de ce dernier avait été infirmé par la Cour d’appel qui en a profité pour affirmer la qualification matérielle de la compétence internationale des tribunaux¹²⁸. D’ailleurs, quelques années plus tard, toujours dans le même registre, on retrouve cette qualification *ratione materiæ* sous la plume du juge Taschereau¹²⁹.

123. *Hoteles Decameron Jamaica Ltd. c. D’Amours*, 2007 QCCA 418, par. 12, citant en partie Gérard GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 1, théorie générale, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 300.

124. *Grecon Dinter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, 2004 CanLII 25730 (QC C.A.).

125. S. GUILLEMARD, préc., note 114, p. 243.

126. *Droit de la famille – 2094*, 1996 CanLII 6186 (QC C.A.).

127. *S.(B.) c. L.(V.)*, 2002 CanLII 8795 (QC C.S.).

128. *L.(V.) c. S.(B.)*, 2002 CanLII 6569 (QC C.A.).

129. *Droit de la famille – 14994*, 2014 QCCS 1893.

Malheureusement, l'aiguille de la boussole est loin d'être fixée sur cette qualification, quel que soit le registre de l'action. Selon nous, « [s]'il faut choisir entre compétence *ratione materiæ* et *ratione personæ* – et il le faut pour des questions procédurales –, la compétence internationale des tribunaux québécois ne peut être qualifiée de matérielle. Sans être la copie conforme de la compétence territoriale interne, elle y est fortement apparentée. On pourrait aller jusqu'à dire qu'elle en est à peu près un avatar sur le plan international »¹³⁰. En outre, la qualification doit être envisagée de façon cohérente. On ne peut la faire varier au gré des matières dont les tribunaux sont saisis, au risque de briser l'harmonie de la codification sur ce sujet¹³¹.

3. Les règles bien établies

Il est dans le droit international privé moderne au Québec quelques règles et principes que personne, ou à peu près, ne conteste et qui font l'objet d'une interprétation assez harmonieuse. Ils emportent l'unanimité du bas en haut de la hiérarchie judiciaire et constituent ainsi des socles solides sur lesquels les justiciables peuvent compter, concourant ainsi à la prévisibilité du droit et à la sécurité des citoyens.

3.1 L'autonomie de la volonté

On peut presque dire que l'autonomie de la volonté est, au sens propre, le leitmotiv du droit international privé moderne québécois : « Idée, formule qui revient de façon constante [...] avec une valeur symbolique et pour exprimer une préoccupation dominante »¹³².

130. S. GUILLEMARD, préc., note 114, p. 250.

131. Par ailleurs, cela risque de créer des problèmes sinon insolubles mais particulièrement complexes dans le domaine familial. Dans le cadre d'une demande de divorce mettant en jeu la garde des enfants, la compétence du tribunal se prononçant sur le divorce serait territoriale, mais elle se transformerait en matérielle quand il tranchera sur la garde. On pourrait alors envisager que, dans ce cas précis, la compétence du tribunal sur l'ensemble du dossier serait matérielle. Se soulève alors une cascade de questions : pourquoi à l'occasion d'un divorce sans enfant la compétence serait-elle territoriale alors qu'un dossier de même nature, comportant une question de garde se métamorphoserait en question matérielle ? Pourquoi la compétence du tribunal serait matérielle pour un divorce et pas pour une séparation de corps ? Etc.

132. Trésor de la langue française informatisé, en ligne : <<http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/showp.exe?18;s=3559596255;p=combi.htm>> (25 octobre 2019).

Tant dans le registre juridictionnel que normatif, expressément ou implicitement, le codificateur lui a fait une place importante dans le Livre X. Par ailleurs, elle est symbolique en ce qu'elle constitue la toile de fond du rôle donné aux individus dans les relations transnationales. Et il suffit de citer la Cour suprême pour comprendre le souci du codificateur :

Par ailleurs, il faut souligner que le respect de l'autonomie de la volonté des parties permet de mettre en œuvre le principe plus général de la recherche de la sécurité juridique dans les transactions internationales. En effet, la volonté des parties de soustraire un litige à la compétence des autorités d'une juridiction s'exerce généralement sous la forme de clauses compromissoires ou de clauses d'élection de for. Or, ces clauses favorisent la sécurité et la prévisibilité dans les relations commerciales internationales, puisqu'elles permettent aux parties de prévoir à l'avance le for auquel elles soumettront leur litige. [...] Notre Cour a d'ailleurs souligné à maintes reprises l'importance de ce type de clauses et la nécessité de leur faire bon accueil, car elles confèrent aux opérations commerciales internationales la stabilité et la prévisibilité que commandent les principes fondamentaux du droit international privé que sont l'ordre et l'équité.¹³³

Le juge LeBel considère l'alinéa 2 de l'article 3148 C.c.Q.¹³⁴ comme « la pierre angulaire d'une politique législative de respect de l'autonomie de la volonté des parties »¹³⁵. Étendant sa réflexion à l'ensemble du droit international privé, rattachement juridictionnel et rattachement normatif, il écrit :

La multitude de situations dans lesquelles la volonté des parties constitue un mode de détermination de la compétence des autorités québécoises ou étrangères ou encore de résolution des conflits de lois témoigne donc de cette intention du législateur de laisser place à l'autonomie contractuelle en droit international privé et confirme la primauté de ce principe.¹³⁶

L'article 3148 C.c.Q., lui non plus, n'est pas totalement une innovation et pour ce qui nous intéresse ici, le ministre de la justice se contente de dire : « Le point 4 reconnaît la validité des accords d'élection de for en droit international privé. »¹³⁷

133. *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 22.

134. L'alinéa 2 de l'article 3148 C.c.Q. exprime l'incompétence des autorités québécoises lorsque les parties ont choisi de saisir une autorité étrangère ou de recourir à l'arbitrage. La compétence indirecte est soumise à une règle équivalente, énoncée à l'article 3165 C.c.Q.

135. *Ibid.*, par. 35.

136. *Ibid.*, par. 38.

137. Commentaires du ministre, préc., note 2, p. 2010.

Signalons d'emblée que l'expression de la volonté des parties sur le plan juridictionnel connaît des limites en droit québécois, comme l'a rappelé la Cour d'appel en 2015. À l'occasion d'un litige né d'une rupture conjugale, la Cour supérieure a été saisie par la femme d'une demande de révision d'une entente intervenue entre les conjoints lors de la séparation. Cette entente portant sur le partage des biens et sur la pension alimentaire contenait une clause d'élection de for et une clause d'élection de droit, le tout en faveur de l'Ohio, État où les époux s'étaient mariés¹³⁸. L'homme demande à la Cour supérieure de décliner compétence sur la base du *forum non conveniens*, et ne plaide pas du tout les clauses contenues à l'entente. La Cour supérieure affirme sa compétence puisque la femme et l'enfant du couple sont maintenant domiciliés au Québec¹³⁹ et ne voit aucune raison de la décliner. L'homme porte alors l'affaire devant la Cour d'appel et, cette fois, plaide la clause de juridiction. Il invoque l'affaire *GreCon*, où la Cour suprême a donné un rôle primordial et obligatoire aux clauses d'élection de for. En outre, l'homme « soutient que si le législateur n'a pas restreint ce type de clause aux matières commerciales, il faut en déduire qu'elles sont valides et doivent être respectées aussi en matière familiale »¹⁴⁰. Pourtant, la lecture des articles 3134 et suivants du Code civil indiquent clairement le contraire. D'une part, dans les articles concernant les actions personnelles à caractère extrapatrimonial et familial, soit les articles 3141 à 3147, il n'est jamais fait mention de la possibilité pour les parties d'exprimer leur volonté sur ce plan et d'autre part, les clauses d'élection de for et d'arbitrage sont spécifiquement prévues dans le cadre des actions personnelles à caractère patrimonial. La Cour d'appel n'a donc pas accepté l'argument de l'appelant et rejette l'appel sur ce point, ainsi d'ailleurs que sur le *forum non conveniens*.

138. L'expression de la volonté des conjoints est souvent admise dans les juridictions de common law. Depuis 2012, le droit européen accorde aux conjoints le droit de choisir à l'avance ou au moment de la séparation la loi applicable à cette séparation (Règlement (UE) n ° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps).

139. Ce n'est mentionné ni dans la décision de la Cour supérieure ni dans le jugement de la Cour d'appel, mais la compétence du tribunal québécois est fondée sur l'article 3141 C.c.Q. qui donne compétence aux autorités québécoises en matière familiale « lorsque l'une des personnes concernées est domiciliée au Québec ».

140. *Droit de la famille – 152222*, 2015 QCCA 1412, par. 14.

Restant dans le domaine de la compétence internationale des tribunaux fondée sur la volonté de parties, rappelons l'une des nombreuses affaires *Rogers*. Celle-ci est entendue par les tribunaux peu après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. *Rogers Cantel* avait conclu un contrat avec la société 171486 Canada inc. Les deux parties avaient conventionnellement attribué compétence à un tribunal ontarien. À l'occasion d'une demande de jugement déclaratoire en vue de l'interprétation et l'application du contrat portée devant la Cour supérieure, *Rogers* soulève un moyen déclinatoire fondé sur la clause d'élection de for. S'appuyant sur le tout nouvel article 3148 *in fine* C.c.Q., la Cour supérieure s'étonne : « Comment peut-on voir, dans la clause en litige, une simple élection de domicile et prétendre que les tribunaux du Québec pourraient conserver leur compétence, malgré la convention des parties à l'effet contraire [...] ? »¹⁴¹

Peu après, la Cour d'appel confirme l'effet incontournable des clauses d'élection de for dans les relations contractuelles : « L'article 3148 écarte la jurisprudence antérieure sur les clauses d'élection de for, en les reconnaissant explicitement comme valides. »¹⁴² Depuis lors, la jurisprudence est cohérente.

La Cour suprême du Canada, en 2005, a attribué un pouvoir quasiment sacré à l'autonomie de la volonté dans une affaire particulièrement intéressante en ce qu'elle mettait en concurrence deux types de principes. L'un touchait à un aspect philosophique du droit substantiel, l'autonomie de la volonté des parties, alors que l'autre, de type procédural, relevait de la gestion des débats judiciaires. Pour le traduire sous forme de références législatives, disons que dans *Grecon*, l'un des plateaux de la balance était occupé par l'article 3148 C.c.Q., autorisant les clauses d'élection de for et les clauses d'arbitrage, alors que dans l'autre se trouvait l'article 3139 C.c.Q., conférant compétence aux autorités québécoises pour toute action incidente lorsqu'elles sont compétentes pour la demande principale.

Tremblay et Normand avaient conclu un contrat portant sur la vente de machinerie industrielle. Afin d'honorer son contrat, Normand avait passé un contrat avec une entreprise allemande,

141. *171486 Canada Inc. c. Rogers Cantel Inc.*, préc., note 118, par. 28.

142. *Lamborghini (Canada) inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, préc., note 9. Étant donné l'époque, cette affaire ainsi que la décision *Cantel* abordent bien sûr la question du droit transitoire qu'il n'est pas du tout nécessaire de rappeler ici.

GreCon Dimter, pour la fourniture d'équipement. Cette dernière ayant fait défaut d'exécuter ses obligations, Normand n'a pas convenablement exécuté le contrat qui le liait à Tremblay. Tremblay poursuit donc Normand devant la Cour supérieure et Normand appelle en garantie GreCon. Celle-ci réplique en invoquant l'incompétence de la Cour supérieure, sur le fondement d'une clause d'élection de for contenue au contrat qui la lie à Normand. Les parties avaient convenu que tout litige entre elles serait porté devant un tribunal allemand, dans la ville d'Alfeld. Pour sa part, Normand répond en invoquant l'article 3139 C.c.Q. qui devrait donner compétence pour le recours en garantie à la Cour supérieure, déjà compétente pour l'action principale.

En première instance, Normand a gain de cause, la Cour supérieure écartant sans hésitation la clause d'élection de for au profit de la réunion des débats. La Cour d'appel rejette l'appel logé par GreCon. Elle ne parvient pas à trancher entre les deux principes et pour se sortir de cette situation difficile recourt au *forum non conveniens*. Pour résumer, la Cour supérieure est compétente (action principale), et il y a un autre tribunal compétent, le tribunal allemand (clause d'élection de for). Entre les deux, quelle juridiction est la mieux « à même de trancher le litige » ? La Cour supérieure, tranche la Cour d'appel.

Le plus haut tribunal du pays rejette les deux approches et donne raison à GreCon. La Cour suprême fait feu de tout bois, cite la doctrine québécoise, s'appuie sur les « engagements internationaux du Canada et du Québec »¹⁴³, passant du domaine juridictionnel à la sphère arbitrale et invoquant alors « [l]a jurisprudence émanant d'autres États [qui] tend à favoriser le recours à l'arbitrage en limitant les possibilités de déroger à l'autonomie de la volonté des parties »¹⁴⁴. La conclusion peut se résumer ainsi :

L'article 3139 C.c.Q. constitue une disposition facultative à caractère procédural dont les principes sous-jacents doivent être remis en perspective face à l'existence des principes fondamentaux du droit international privé que sont l'autonomie de la volonté des parties et la sécurité juridique des transactions internationales. Ainsi, même si cette disposition vise à l'économie des ressources judiciaires et à l'efficacité de l'administration de la justice, on ne saurait en étendre la portée à toute action en garantie sans égard à l'expression de la

143. *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, préc., note 133, par. 39.

144. *Ibid.*, par. 44.

volonté des parties. En effet, le respect de cette dernière reflète un principe central du régime de droit international privé. Ce principe protège aussi un impératif de ce domaine du droit, soit la sécurité juridique des transactions.¹⁴⁵

En somme, l'article 3148 al. 2 C.c.Q. doit recevoir une interprétation large, alors que la considération procédurale prévue à l'article 3139 C.c.Q. doit s'effacer devant l'expression de la volonté des parties.

L'affaire *GreCon* est maintenant régulièrement citée dès qu'il est question de l'autonomie de la volonté, notamment en matière juridictionnelle¹⁴⁶. L'année suivant cet arrêt, la Cour d'appel rend une décision où l'on sent, surtout entre les lignes du juge Chamberland, une certaine difficulté face à la solution imposée par la Cour suprême. Après que le juge Dutil a affirmé que depuis *GreCon*, « le droit a changé »¹⁴⁷, le juge Chamberland livre l'avertissement suivant :

[L]e présent arrêt, inspiré des enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [...], devrait amener les parties à une convention d'arbitrage (ou à une clause d'élection de for) à réfléchir à la possibilité de prévoir une exception à la compétence exclusive de l'arbitre (ou de l'autorité étrangère) lorsqu'il est probable que le différend qui risque de les opposer s'inscrira dans le contexte, comme en l'espèce, d'un autre différend. Cela permettrait au tribunal saisi d'une action en garantie de respecter la règle énoncée à l'article 71 du *Code de procédure civile* et, en matière de compétence internationale des autorités du Québec, à l'article 3139 du *Code civil du Québec*.¹⁴⁸

Dans le domaine commercial, les parties ont souvent recours à l'arbitrage. Le *Code civil du Québec* a perpétré la validité des clauses compromissaires, elles aussi prévues à l'article 3148 *in fine* ainsi qu'à l'article 3165. Dans l'affaire *Achilles*¹⁴⁹, la difficulté provenait,

145. *Ibid.*, par. 37.

146. Parmi de nombreux exemples, les juges Bastarache et LeBel, (diss.) dans *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 75; *Douez c. Facebook, Inc.*, [2017] 1 R.C.S. 751 (juges majoritaires et juges dissidents); *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, 2006 QCCA 652; *Noti-plex Sécurité incendie inc. c. Honeywell International Inc.*, 2007 QCCA 163.

147. *Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc.*, 2006 QCCA 461, par. 33.

148. *Ibid.*, par. 37.

149. *Achilles (USA) c. Plastics Dura Plastics (1977) ltée/Ltd.*, 2006 QCCA 1523.

comme c'est fréquent dans le cadre de relations commerciales, du fait que les clauses de règlement des différends étaient inscrites, de façon standardisée, au verso des documents commerciaux échangés par les parties. En l'espèce, l'une des parties prétendait ne pas être liée par la clause d'arbitrage imposée par l'autre partie car elle ne l'avait pas lue. Le juge de première instance lui a donné raison. La Cour d'appel infirme le jugement de première instance. Elle mentionne que, depuis dix ans que les partenaires sont en relation d'affaires, « les 3 500 contrats intervenus entre les parties ont toujours contenu une clause compromissoire »¹⁵⁰. Elle estime que les clauses d'arbitrage sont, par bien des aspects, des clauses comme les autres, et qu'« en vertu du droit québécois, aucun formalisme particulier n'est requis pour établir l'existence d'un consentement à une clause compromissoire par opposition à un autre type de contrat. Tout en reconnaissant qu'une clause compromissoire constitue un contrat autonome par rapport au reste du contrat dans lequel elle s'inscrit (art. 2642 C.c.Q.), le droit québécois ne l'assujettit pas à des règles différentes quant à l'existence d'une rencontre des volontés »¹⁵¹. Il s'ensuit qu'une acceptation tacite, renforcée par le comportement de la partie concernée, est parfaitement valable, comme pour tout autre contrat.

Pour terminer avec la sphère juridictionnelle, mentionnons qu'un justiciable ne peut pas être lié par une clause d'élection de for contenue dans un contrat auquel il n'est pas partie. Ainsi, dans une affaire où un contrat liait deux parties et qu'à l'occasion de l'exécution de ce contrat, des sommes doivent être placées en fiducie, la Cour d'appel a confirmé que le fiduciaire ne peut être lié par les clauses d'élection de for, pas plus d'ailleurs que par les clauses d'élection de droit, intervenues entre le constituant et le bénéficiaire de la fiducie¹⁵².

La matière normative n'est pas en reste puisque l'autonomie de la volonté est affirmée ou évoquée dans de nombreuses dispositions¹⁵³. Il serait faux de voir dans la liberté accordée ici aux parties

150. *Ibid.*, par. 18.

151. *Ibid.*, par. 20.

152. *Stormbreaker Marketing and Productions Inc. c. Weinstock*, préc., note 18.

153. En particulier aux articles 3082 (principe de proximité), 3098 (successions), 3106.1 (sûretés mobilières sur certaines créances pécuniaires), 3107 (fiducies), 3108.2 (valeurs mobilières et titres intermédiés), 3111 (actes juridiques) et toutes ses déclinaisons particulières, par exemple 3114 (vente), 3117 (contrat de consommation), 3118 (contrat de travail), jusqu'à 3122 (régime matrimonial), en passant par 3109 (forme d'un acte juridique, dont le testament).

une innovation totale¹⁵⁴. Selon les registres, les nouveaux articles reprennent soit totalement soit partiellement les règles du *Code civil du Bas-Canada* ou codifient la jurisprudence. C'est peut-être l'un des facteurs qui expliquent que les causes portant sur le rattachement normatif depuis 1994 soient en nombre nettement inférieur à celles concernant le rattachement juridictionnel¹⁵⁵, les notaires et les avocats étant déjà familiers avec ces règles.

Le codificateur permet ici le déploiement de l'autonomie de la volonté dans divers domaines, mais c'est pour les actes juridiques qu'elle est la plus courante. Elle est tellement puissante qu'elle fait échec au principe de proximité, codifié à l'article 3082 C.c.Q. En vertu de ce principe, le juge peut appliquer une loi autre que celle désignée par les règles de rattachement normatif du Code, sauf si cette loi est désignée dans un acte juridique.

Une difficulté fréquente, lorsque les parties peuvent désigner une loi, est sa détermination lorsque l'expression est nébuleuse ou ambiguë. Ainsi, dans une affaire liée à une fiducie testamentaire, où la litispendance était invoquée, la Cour supérieure passe en revue les éléments qui pencheraient en faveur d'un sursis des procédures au Québec. Après avoir rappelé que « l'acte constitutif [d'une fiducie] peut désigner expressément la loi qui lui sera applicable (art. 3107 C.c.Q.) », la Cour estime que « les fiduciaires n'ont pas eu tort de considérer en l'instance que les termes du testament qui a créé la fiducie étaient suffisants pour que l'on tienne que celle-ci devait être régie par les lois du Québec »¹⁵⁶.

154. Comme l'a écrit le ministre de la Justice de l'époque, « [l]e principe de l'autonomie de la volonté des parties est bien ancré dans la tradition juridique québécoise et l'article 3111 le confirme » (Commentaires du ministre, préc., note 2, p. 1980).

155. Environ 900 décisions sur le rattachement normatif contre environ 2 800 sur le rattachement juridictionnel, reconnaissance des jugements étrangers comprise (2100/660). Bien sûr, ce déséquilibre s'explique aussi par la priorité, ne serait-ce que chronologique, attachée aux questions juridictionnelles. Si le tribunal n'est pas compétent, l'affaire ne va pas plus loin.

Pour souligner les 15 ans du *Code civil du Québec*, Serge Gaudet, alors avocat, a rédigé un article où il fait le bilan jurisprudentiel de cette période. Les questions de rattachement normatif ont eu tellement peu d'importance dans les prétoires que l'auteur ne leur consacre aucun développement, commentant uniquement celles liées au rattachement juridictionnel (voir S. GAUDET, préc., note 5).

156. *Bell c. Molson*, 2008 QCCS 992, par. 40.

Dans un autre dossier, soumis à la Cour supérieure, deux sociétés signent le même jour, en premier lieu un contrat d'achat d'équipement et ensuite un contrat de service. Quelques années plus tard, l'un des contractants met fin au contrat de service en invoquant le non-respect des obligations de l'autre partie. Celle-ci réagit en demandant des dommages-intérêts pour rupture du contrat.

Le contrat d'achat prévoit : « This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the domestic laws of the Province of Quebec and the laws of Canada applicable. »¹⁵⁷ Le contrat de service contient une clause de choix de loi différente : « This agreement shall be interpreted in accordance with the laws of the Province of Alberta. »¹⁵⁸

Selon la juge La Rosa, « [l]a question en litige consiste à déterminer quelle est la loi applicable au contrat de service (*exclusive services agreement*) »¹⁵⁹. Elle estime qu'elle doit rechercher l'intention des parties en jonglant avec les verbes « governed », « construed » et « interpreted ».

Pour l'une des parties, « le terme "interpreted" employé seul réfère uniquement à l'interprétation proprement dite de l'entente sans aucun lien précis avec la législation applicable »¹⁶⁰. Ce n'est pas l'avis de la Cour : « En conclusion, le fait que la clause de choix de loi réfère uniquement à l'interprétation de l'entente ne limite en rien sa portée. L'interprétation d'un contrat est intrinsèquement liée aux lois qui le gouvernent; une telle clause doit être considérée comme une entente sur la loi applicable au contrat. »¹⁶¹

3.2 La qualification

Le droit est fêru de qualification. « Opération banale pour les juristes, la qualification n'en demeure pas moins une opération essentielle en ce qu'elle permet de désigner la règle applicable à un

157. *Agat Laboratories Ltd. c. Englobe Corp.*, 2013 QCCS 6272, par. 11. [Le texte original est souligné]

158. *Ibid.*, par. 10. [Le texte original est souligné]

159. *Ibid.*, par. 8.

160. *Ibid.*, par. 19.

161. *Ibid.*, par. 30.

cas particulier. »¹⁶² L'affirmation est particulièrement vraie pour le droit international privé. Pour reprendre les mots d'un juriste célèbre, « le droit international privé tout entier [...] repose, en dernière analyse, sur la doctrine des qualifications »¹⁶³. Tout est sujet à qualification : un concept, un fait juridique, un objet, une règle juridique, etc.

Ranger une chose ou une institution dans la mauvaise catégorie met en péril le résultat final puisqu'à chaque catégorie correspond, selon le besoin, un rattachement juridictionnel ou un rattachement normatif distincts. Pensons simplement au problème, dans le cadre d'une succession internationale, si un bien est erronément qualifié, bien meuble alors qu'il est immeuble ou inversement¹⁶⁴.

L'article 3078 C.c.Q., inspiré notamment d'un texte hongrois, est de droit nouveau. Avant 1994, les juges ne savaient pas toujours sur quelle loi s'appuyer pour qualifier. La *lex causae* ou la loi du for ? L'un des problèmes avec la première est qu'elle n'est pas toujours déterminée lorsque le juge doit qualifier. Le législateur québécois a donc suivi le courant universel, c'est-à-dire charger le juge de qualifier selon son propre droit avec une exception, elle aussi répandue, pour ce qui est des biens, qualifiés selon la loi du lieu de leur situation, la *lex rei sitae*.

L'une des premières décisions à appliquer l'article 3078 C.c.Q. provient de la Cour supérieure. Accessoirement à la séparation d'un couple, se posait la question de la garde de leur enfant, l'un des parents étant au Québec, l'autre en Ontario. Il fallait déterminer si l'autorité québécoise était compétente, en s'appuyant sur l'article 3142 C.c.Q. qui associe la compétence du tribunal au domicile de l'enfant. Comme le domicile est un concept juridique, répondant à des définitions différentes selon les ordres juridiques, il était nécessaire d'établir selon quelle loi il devait être déterminé. La Cour supé-

162. Anna ARZOUMANOV, Arnaud LATIL et Judith SARFATI-LANTER, *Le démon de la catégorie. Retour sur la qualification en droit et en littérature*, Fabula, la recherche en littérature, en ligne : <https://www.fabula.org/atelier.php?Qualification_en_droit_et_en_litt%26acute%3Brature> (30 octobre 2019).

163. Étienne BARTIN, « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois », dans Académie de droit international, *Recueil des cours. 1930-I*, t. 31, Paris, Recueil Sirey, 1931, p. 561, à la page 618.

164. Voir l'article 3098 C.c.Q. qui rattache à des lois différentes les biens meubles et les biens immeubles.

rieure s'est appuyée sur les articles 75 et suivants du Code civil car « aux termes de l'article 3078 C.c.Q., la qualification de ce facteur de rattachement se fait en fonction de la loi en vigueur dans le ressort du tribunal saisi »¹⁶⁵.

Dans les lignes qui suivent, nous allons présenter quelques exemples jurisprudentiels qui illustrent la variété des objets de qualification. Il arrive que ce soit la question soumise au tribunal elle-même qui fasse l'objet de débats quant à sa nature. Ainsi, Bombardier poursuit un fournisseur, Air Liquide Canada, pour livraison de matériel défectueux. Bombardier décide de modifier « sa procédure introductive d'instance pour y ajouter, à titre de codéfenderesse Air Liquide Welding France (SAF) »¹⁶⁶. En première instance, SAF soulève une exception déclinatoire en plaidant une clause d'arbitrage intervenue entre elle et Air Liquide Canada qui sont deux sociétés associées. La juge de première instance, la juge Marcellin, rejette l'argument. Devant la Cour d'appel, SAF prétend que la juge a erré. Elle « plaide que la juge de la Cour supérieure s'est méprise quant à l'objet de qualification. Selon elle, la question soulevée par la requête en exception déclinatoire consiste à déterminer si la clause d'arbitrage en cause est opposable à Bombardier et non pas si SAF est responsable à titre de fabricant »¹⁶⁷. Sur ce point, la Cour d'appel rétorque : « Contrairement à ce que soutient SAF, la qualification de la situation juridique, pour les fins du droit international québécois, appartient en l'espèce aux tribunaux québécois qui, en fonction des règles du *Code civil du Québec* [art. 3078], détermineront de l'opposabilité de la convention d'arbitrage. »¹⁶⁸

Parfois, le type de relation contractuelle pose problème. Par exemple, le contrat peut-il être qualifié de contrat de consommation ? Si c'est le cas, il y a éventuellement lieu de lui appliquer des règles dérogatoires du droit commun. La question s'est posée devant la Cour du Québec, division des petites créances, qui a pris appui sur une décision rendue l'année précédente par la Cour supérieure. Celle-ci était aux prises avec la même question, notamment pour vérifier l'applicabilité en l'espèce de l'article 3149 C.c.Q. qui rend les clauses d'élection de for inopposables aux consommateurs. La Cour

165. *R. (J.) c. B. (S.)*, 1994 CanLII 3735 (QC C.S.), par. 17. Pour le domicile, voir *infra*, section 3.3.

166. *Air liquide Canada inc. c. Bombardier inc.*, 2010 QCCA 1631, par. 5.

167. *Ibid.*, par. 8.

168. *Ibid.*, par. 15.

supérieure, par le biais de l'article 3078 C.c.Q., avait vérifié la définition du contrat de consommation aussi bien en vertu du *Code civil du Québec* que de la *Loi sur la protection du consommateur*. La Cour du Québec reprend le raisonnement mot pour mot¹⁶⁹.

De nombreux juristes connaissent la question suivante : telle règle est-elle substantielle ou plutôt procédurale ? Tout le monde pense immédiatement à la prescription, mais elle n'est pas la seule à susciter des débats. On peut aussi évoquer, entre autres, l'action collective, dont on a pu se demander si elle était un véhicule procédural ou un droit, la première qualification l'emportant.

Il est souvent difficile de démêler la substance de la procédure. À l'occasion d'un différend contractuel entre une partie située en Ontario et une autre au Québec, cette dernière, Tribec, saisit la Cour supérieure pour réclamer le paiement de factures. Elle recherche également des dommages-intérêts pour rupture abrupte de la relation contractuelle. La partie ontarienne, Hofmann, soulève une exception déclinatoire qui n'a eu aucun succès. En appel, elle fait notamment valoir que « even if a fault were committed or damages were suffered in Quebec, the judge should not have extended jurisdiction to the issue of unpaid invoices, which would otherwise come under the authority of Ontario courts »¹⁷⁰. La question à résoudre était donc celle de savoir si la jonction des deux causes d'action, l'inexécution contractuelle et les dommages, relevait du droit substantiel ou était plutôt un moyen procédural. En se fondant sur l'article 3178 C.c.Q., la Cour d'appel a conclu qu'aux yeux du droit québécois, la jonction d'action était de nature procédurale et n'affectait pas le fond du litige :

In the case at hand, the joinder of causes of action serves to streamline the judicial procedure that the respondent has instituted. Extending jurisdiction to the unpaid invoices does not affect the substantive rights of the appellant, since it would otherwise most likely face the same action only in Ontario courts. As a result, the joinder of actions should be understood as a procedural rule that is part of Quebec's private international law via 3132 C.C.Q.¹⁷¹

169. *Cooperstock c. Bell Canada*, 2013 QCCQ 1774. La décision suivie de la Cour supérieure est *Bousquet c. Acer America Corporation (Canada)*, 2012 QCCQ 1261.

170. *E. Hofmann Plastics Inc. c. Tribec Metals Ltd.*, 2013 QCCA 2112, par. 3.

171. *Ibid.*, par. 14.

L'institution juridique étrangère pose souvent des problèmes particuliers au juge québécois¹⁷². La situation est prévue par l'article 3078 C.c.Q. qui autorise alors le juge à vérifier ce qu'il en est dans l'ordre juridique concerné. Généralement, le juge commence par rechercher, dans le droit québécois, ce qui s'apparente, ou du moins, s'approche le plus de l'institution étrangère. Dans le cadre d'une demande de sursis pour cause de litispendance, la juge québécoise en est venue à s'interroger sur la loi applicable, prenant modèle sur les critères utilisés pour appliquer le *forum non competens*. Deux demandes en divorce avaient été introduites à quelques jours de distance, l'une en Belgique, l'autre au Québec. L'un des enjeux était la révocation de donations consenties par l'homme au cours du mariage, une telle hypothèse étant inconnue en droit québécois. Cela fait dire à la juge que, dans ces conditions, « il serait pertinent d'examiner le contenu du droit étranger, étant donné les termes de l'article 3078 C.c.Q. [...] »¹⁷³. Elle conclut rapidement que l'institution belge est différente des donations québécoises. Elle fait remarquer qu'en l'occurrence, il s'agit de la *révocation* de donations *entre époux*. Il faut donc sortir du régime général pour se tourner vers le régime matrimonial : « C'est parce qu'ils sont époux que ces règles spécifiques sur la révocation des donations entre époux jouent et font partie de l'ensemble des mesures protectrices (ou non) du statut d'époux. »¹⁷⁴ À ce titre, les mesures invoquées font partie de la même catégorie que la prestation compensatoire ou le partage du patrimoine familial et doivent alors être qualifiées d'effets du mariage.

Pour finir sur la question de la qualification, arrêtons-nous à la première décision qui répond à la question suivante : les règles sur le patrimoine familial s'appliquent-elles à des époux mariés à l'étranger et ensuite domiciliés au Québec ? En 2001, la Cour supérieure a fait remarquer que « [l]a question a, jusqu'à présent, retenu l'attention des auteurs mais non de la jurisprudence depuis l'adoption des

172. Pensons ici à la part réservataire, institution successorale du droit français qui empêche les parents de déshériter leurs enfants; à la quote du conjoint pauvre qui accordait, à Malte, au conjoint survivant dans le besoin certains droits sur les biens du défunt; au Pacte civil de solidarité (Pacs) français qui permet à deux personnes de même sexe d'organiser leur vie commune par contrat, dès 1999 alors que le droit québécois ignorait l'union civile. On peut retourner la situation : le droit français – et il n'est pas le seul ! – ignore le patrimoine familial.

173. *Droit de la famille – 161738*, 2016 QCCS 3357, par. 194.

174. *Ibid.*, par. 197.

règles sur le patrimoine familial »¹⁷⁵. En l'espèce, les époux s'étaient mariés en Indiana et le tribunal devait bien sûr, pour répondre à la question, qualifier l'institution matrimoniale étrangère, à vrai dire, la comparer au patrimoine familial :

Le système de partage instauré par la loi de l'Indiana est-il différent du système de partage québécois ? Le partage équitable que propose le régime de l'Indiana est différent du partage à parts égales contenu à l'article 416 C.c.Q. En Indiana, le partage apparaît orienté d'abord en fonction d'un droit à la propriété des biens mais ses conditions d'exercice liées au domicile au moment de l'exercice du droit le rapprochent davantage de la nature d'un droit personnel des époux, propre aux règles sur le patrimoine familial québécois. Le but visé dans les deux cas est toutefois identique. D'abord voulus comme mesures d'équité matrimoniale, les deux régimes de partage atteignent les mêmes fins.¹⁷⁶

Par conséquent, la juge se livre au calcul du partage familial.

3.3 Le domicile des personnes physiques

Le domicile est une notion essentielle en droit international privé québécois¹⁷⁷, l'un des facteurs de rattachement les plus utilisés. Un facteur de rattachement est un élément qui fait le pont entre un problème, une question et un ordre juridique. Ainsi, lorsque le Code, à l'article 3134, prévoit qu'« en l'absence de disposition particulière, les autorités du Québec sont compétentes lorsque le défendeur a son domicile au Québec », le domicile est le facteur qui relie le litige au tribunal québécois. Même chose pour la sphère normative : « L'état et la capacité d'une personne sont régis par la loi de son domicile », selon l'article 3083 C.c.Q. Cela signifie que l'ordre juridique où est situé le domicile de la personne fournit la loi applicable

175. *H. (J.S.) c. F. (B.B.)*, 2001 CanLII 25570 (QC C.S.), par. 120.

176. *Ibid.*, par.126.

177. Le domicile est également un facteur important dans les juridictions de common law. Sur le plan international, il perd de l'importance en raison de la variation de ses définitions et de la difficulté d'en tracer les contours juridiques d'un bout à l'autre du monde. Ainsi, en France, le domicile est « au lieu où [le Français] a son principal établissement » (art. 102 Code civil), alors qu'au Québec, la définition juridique du domicile comporte une facette factuelle, le fait de s'établir en un lieu, et une facette psychologique, « l'intention de faire [de ce lieu] son principal établissement » (art. 76 C.c.Q.).

Sur le plan international, le domicile tend à être remplacé par la résidence, concept qui ne repose que sur des considérations factuelles. Dans les États civilistes, la nationalité joue souvent un rôle essentiel en tant que facteur de rattachement.

à son état et sa capacité, le domicile constituant en quelque sorte l'intermédiaire entre la question sur la capacité, par exemple, et la loi qui fournira la réponse.

Chaque fois que le domicile est sollicité afin d'appliquer une règle de droit international privé, il faut s'assurer que cet élément est bien... le domicile et non une notion approchante, comme la résidence. Dans les cas où le codificateur a choisi comme facteur de rattachement le domicile, c'est qu'il souhaitait traduire un lien fort entre une personne, par exemple, et un ordre juridique, la résidence présentant à cet égard un lien moins important. Les tribunaux ne s'y trompent pas.

Rappelons qu'en cas de doute sur la qualité du facteur de rattachement invoqué devant lui, même s'il est question d'un « domicile » à l'étranger, le juge québécois devra vérifier ce qu'il en est en utilisant la définition fournie par le *Code civil du Québec* en raison de la règle de la qualification selon la *lex fori*, prévue à l'article 3078 C.c.Q.¹⁷⁸.

Les débats jurisprudentiels sur le domicile des adultes ne sont pas tellement nombreux en droit international privé, pas plus que ne le sont les divergences sur la question. Dans chaque cas, le tribunal doit se livrer à un examen minutieux des faits et c'est un domaine où ils peuvent être nombreux, les uns liés au domicile, les autres à divers lieux occupés d'une façon ou d'une autre par la personne concernée. Le tribunal doit parfois éplucher la preuve sur de nombreuses facettes de la vie de la personne, son lieu de travail, ses avis de cotisation fiscaux, l'adresse indiquée dans les documents bancaires, celle mentionnée sur le permis de conduire, etc.¹⁷⁹. L'intention de la personne est particulièrement scrutée lorsque la question porte sur le changement de domicile, comme c'était le cas dans un litige lié au paiement d'une pension alimentaire où le tribunal était appelé à déterminer la loi applicable au droit du créancier, en vertu de l'article 3194 C.c.Q. En l'espèce, un faisceau d'indices a démontré à la Cour que le débiteur, malgré une résidence de 15 ans en Nouvelle-Écosse, n'avait aucune intention de s'y fixer définitivement mais comptait bien, au contraire, revenir au Québec au terme de son contrat¹⁸⁰.

178. Voir *supra*, section 3.2.

179. Voir *Banque de Nouvelle Écosse c. Rowe*, 2018 QCCQ 1776, où la Cour rappelle qu'« une personne peut changer de résidence et même de domicile » (par. 24).

180. *G. G. c. C. L.*, 2004 CanLII 7650 (QC C.S.).

Le droit québécois ne s'attache pas aux conditions d'établissement du domicile puisque la Cour d'appel a admis qu'une installation clandestine au Québec ne faisait pas obstacle à la détermination du domicile en sol québécois. Pour la juge Bich, infirmant la décision de première instance, « la détermination du domicile au sens de l'article 75 et ss. C.C.Q. ne dépend pas des lois sur l'immigration et celles-ci n'ont pas préséance »¹⁸¹.

Citons enfin l'affaire *Ferretti* où un testateur avait déclaré, dans son testament, résider à Londres mais être domicilié en Italie. Ajoutons qu'il avait plusieurs résidences, en plus de celle à Londres, parmi lesquelles une à Montréal. En l'espèce, il était primordial de déterminer où était le « dernier domicile du défunt » puisque c'est là que s'ouvre la succession, selon l'article 613 C.c.Q. et qu'il constitue le facteur de rattachement de la loi applicable à la succession, lorsqu'elle comporte un élément d'extranéité, aux termes de l'article 3098 C.c.Q. Les héritiers étaient partagés puisque pour les uns, ce domicile était localisé en Italie, pour les autres au Québec. Le juge tranche, le défunt était domicilié en Italie, sans fournir réellement un raisonnement convaincant¹⁸². A-t-il été influencé par la déclaration du testeur ? C'est possible.

En droit international privé, le domicile de l'enfant est le facteur de rattachement juridictionnel et normatif en matière de garde¹⁸³. Il intervient également à d'autres occasions, pour déterminer le tribunal compétent sur la filiation et sur l'adoption (art. 3147 et 3166 C.c.Q.), pour prononcer la loi applicable à l'établissement de la filiation (art. 3091 C.c.Q.) et celle régissant l'admissibilité à l'adoption (art. 3092 C.c.Q.).

Le domicile de l'enfant pose nettement plus de problèmes que celui de l'adulte. Cela s'explique par le fait que l'enfant ne peut, par lui-même, avoir l'élément intentionnel nécessaire pour établir un domicile. Il est forcément dépendant de ses parents ou de l'un d'entre eux et, pour lui, le codificateur utilise la résidence habituelle chez l'un des parents, aux termes de l'article 80 C.c.Q. S'interrogeant sur la notion de résidence habituelle, la Cour d'appel, sous la plume du juge Chamberland, explique que « [l]e choix de cette notion

181. *Adoption - 152*, 2015 QCCA 348, par. 55.

182. *Ferretti Art Establishment et Chiassi*, 2016 QCCS 3470. Confirmé par *Taylor c. Chiassi*, 2018 QCCA 1067, permission d'appel refusée par la Cour suprême du Canada (*Hitesh Taylor v. Prisca Chiassi*, 2019 CanLII 32867 (SCC)).

183. Respectivement 3142 et 3093 C.c.Q.

de “résidence habituelle” est voulu. Il évite toute discussion quant à l’intention de l’un ou l’autre des parents d’établir son domicile à un endroit plutôt qu’à un autre. »¹⁸⁴ La prise en considération de l’intention – ici des parents – est exclue puisqu’elle est absente de la notion de résidence.

L’examen des faits repose, comme le dit la Cour supérieure, sur des « facteurs objectifs, concrets et indépendants des intentions de l’un ou l’autre des parents. Seule la réalité de l’enfant est pertinente. »¹⁸⁵ Dans les cas d’enlèvement par l’un des parents, celui-ci peut penser que le déplacement, surtout à long terme, de l’enfant, son installation dans une nouvelle vie avec le parent, modifient son lieu de résidence et, par là, les règles de rattachement juridictionnel et normatif à son endroit. C’est parfois le cas¹⁸⁶ mais très généralement, les tribunaux unanimes estiment que « le déplacement illicite de l’enfant fait obstacle à son changement de domicile ou de résidence habituelle au sens des articles 76 et 80 C.c.Q. et c’est en fonction du domicile *antérieur* à un tel déplacement que l’on doit appliquer l’article 3142 C.c.Q. »¹⁸⁷.

CONCLUSION

Quelles conclusions tirer de l’exploration de ce quart de siècle jurisprudentiel ?

Ce qui frappe en premier lieu, c’est combien le droit international privé québécois codifié et interprété par les tribunaux offre maintenant une palette presque complète de la discipline. Bien sûr, certains déploreront peut-être l’absence, dans le Livre X du *Code civil du Québec*, de règles procédurales adaptées aux litiges compor-

184. *Droit de la famille – 3451*, 1999 CanLII 13453 (QC C.A.).

185. *F.(S.) c. L.(C.)*, 2003 CanLII 8220 (QC C.S.), par. 27.

186. *B.(E.) c. K.(B.)*, 2003 CanLII 33335 (QC C.S.). Dans cette affaire, il se trouve qu’avant la saisine du tribunal québécois, les deux parents avaient eu volontiers recours aux tribunaux iraniens, même pour des questions liées à la garde de l’enfant. Cela fait dire au tribunal « que l’attitude et les comportements de Monsieur depuis 1997 traduisent sans conteste sa volonté de reconnaître la juridiction des tribunaux de l’Iran alors qu’en aucun temps, il n’a jugé opportun de saisir la Cour supérieure du Québec de quelque litige que ce soit » (par. 26).

187. *Droit de la famille – 131294*, 2013 QCCA 883, par. 47. [Nos italiques]. Voir également *Droit de la famille – 3451*, 1999 CanLII 13453 (QC C.A.); *Droit de la famille – 082664*, 2008 QCCS 4970; *Droit de la famille – 172346*, 2017 QCCS 4582.

tant un élément d'extranéité. Personne ne s'en plaint dans les prétoriaires, chacun passant sans difficulté, semble-t-il, du Code civil au Code de procédure¹⁸⁸.

On ne peut manquer de constater également que plusieurs règles contenues au Livre X présentent des zones d'incertitude et que, pour cette raison, aux yeux de quelques-uns, il « n'assure pas un haut degré de sécurité juridique et de prévisibilité »¹⁸⁹. Il en va ainsi du *forum non conveniens* codifié à l'article 3135 C.c.Q.¹⁹⁰, qui met en danger le choix de juridiction effectué par le demandeur ou de la clause échappatoire prévue à l'article 3082 C.c.Q., par laquelle le tribunal peut trancher le litige en s'appuyant sur une loi non désignée par les règles de rattachement normatif¹⁹¹. Il en va de même des très nombreuses occasions où le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire¹⁹². Ce qui est vu comme une source d'incertitude peut aussi être interprété comme de la souplesse ou comme une bouffée d'oxygène qui permet aux tribunaux de contrebalancer par une dose d'humanité la rigidité inhérente des règles qu'ils sont appelés à appliquer, ce qu'ils font généralement avec sagesse.

188. La question de la répartition de la matière entre les deux codes a toujours été l'objet de sérieuses réflexions. Faut-il regrouper les règles procédurales et les règles de rattachement ? Faut-il, au contraire, exporter vers le *Code de procédure civile* tout ce qui a trait à la compétence internationale des tribunaux et à la reconnaissance des décisions étrangères ? Il nous semble que, surtout depuis l'entrée en vigueur du dernier *Code de procédure civile* en 2016, qui s'est doté d'un titre IV consacré aux « demandes intéressant le droit international privé », les règles sont bien réparties. Le Code de procédure comporte des règles plus techniques (la caution *judicatum solvi*, la notification internationale, la commission rogatoire, pour ne parler que d'elles) alors que le Code civil renferme davantage des dispositions propres au raisonnement « conflictualiste », comme disent certains.

Dans certains pays, le droit international privé comporte les questions de nationalité et celles d'immunités des États étrangers. Par essence, le codificateur québécois ne pouvait toucher à ces sujets de compétence fédérale.

189. J. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 71, p. 920.

190. L'un des articles les plus plaidés devant les tribunaux, de la Cour suprême du Canada à la Cour du Québec.

191. Ce n'est pas toujours fait avec bonheur ! Voir *Giesbrecht c. Succession de Nadeau*, 2017 QCCA 386 et Sylvette GUILLEMARD et Van Anh LY, « Commentaire sur la décision *Giesbrecht c. Nadeau* (Succession de) – Une interprétation surprenante de l'article 3082 C.c.Q. », dans *Repères*, mars 2018, *La référence*, EYB2018REP2432.

192. Aux articles suivants en matière normative 3079 pour ce qui est de l'application des lois impératives étrangères et 3111 pour les correctifs en matière successorale. De façon plus fréquente en matière juridictionnelle, par exemple, à l'article 3135, sur le *forum non conveniens*; à l'article 3136, sur le for de nécessité; à l'article 3137, sur la litispendance; à l'article 3156 al. 2, en cas de demande de reconnaissance d'un jugement par défaut.

Il nous semble que de façon générale, la jurisprudence québécoise présente peu d'irritants. Certes, il y a parfois quelques flottements, mais rien de révoltant.

D'aucuns pourront pointer certains silences, qu'ils qualifieront peut-être d'oublis, dans cette chronique. En effet, où sont *HSBC Bank*¹⁹³ où la Cour supérieure a déclaré abusive une portion d'une clause d'élection de for contenue dans un contrat d'adhésion, *Labs of Virginia*¹⁹⁴ où elle pointe la différence importante entre les critères de compétence directe et de compétence indirecte dans les actions personnelles à caractère patrimonial ou encore *Worthington*¹⁹⁵, où la Cour d'appel affirme l'exclusivité et l'impérativité des articles 3129 et 3151 C.c.Q. « dont l'objectif fondamental est de protéger les biens à l'intérieur du territoire du Québec même s'ils peuvent accessoirement avoir une portée extraterritoriale » à l'occasion d'un litige tournant autour d'une maladie due à une exposition à l'amiante ?

Pourquoi ne pas avoir fait mention des nombreuses décisions portant sur la compétence des autorités québécoises dans les actions personnelles à caractère patrimonial et qui s'égrènent comme une longue litanie jurisprudentielle ? Prenons pour exemple ici *Quebecor Printing*¹⁹⁶ où la Cour d'appel a imposé une interprétation stricte de l'article 3148 C.c.Q. quand il s'agit de localiser le préjudice dans un litige contractuel, *Imperial Tobacco*¹⁹⁷ où la question de la localisation se posait dans un cadre délictuel, et *Hoteles Decameron*¹⁹⁸, alors que la Cour d'appel devait se prononcer sur le lieu où étaient subis les dommages corporels de vacanciers exposés à des substances toxiques à l'étranger.

Et pourquoi avoir fait une impasse sur ces décisions qui, si elles ne sont pas fondées sur le *Code civil du Québec* ou, parfois, n'émanent pas des tribunaux québécois, n'en ont pas eu moins d'influence sur le droit international privé moderne de la province ?

193. *HSBC Bank Canada c. Nytschyk*, 2002 CanLII 39572 (QC C.S.).

194. *Labs of Virginia Inc. c. Clintrials Bioresearch Ltd.*, 2003 CanLII 33227 (QC C.S.).

195. *Worthington Corp. c. Atlas Turner Inc.*, 2004 CanLII 21370 (QC C.A.). La Cour d'appel a également confirmé la constitutionnalité des dispositions en question.

196. *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*, 2001 CanLII 27960 (QC C.A.).

197. *Québec (Procureur général) c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2013 QCCS 2994.

198. *Hoteles Decameron Jamaica Ltd. c. D'Amours*, préc., note 123. L'une des difficultés provenait du fait, comme l'a fait remarquer la Cour, que le « préjudice corporel, par sa nature, se déplace avec celui qui le subit » (par. 27).

Comme *Amchem*¹⁹⁹, de la Cour suprême du Canada, dont les critères du *forum non conveniens* ont pu servir de guide dans l'interprétation de l'article 3135 C.c.Q. Comme *Thomson*²⁰⁰, première affaire où devait être appliquée, au Canada, la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye, qui a été intégrée à la législation québécoise en 1985²⁰¹. Comme *Morguard*²⁰² puis *Hunt*²⁰³ révélant, pour le premier, puis constitutionnalisant, pour le second, la notion de « lien réel et substantiel » qui irrigue maintenant largement le Livre X du *Code civil du Québec*.

La réponse à ces questions tient en peu de mots : le cadre dans lequel s'inscrit cette chronique pousse à la modération. C'est la même excuse que nous invoquerons en ce qui concerne l'absence de développements consacrés au traitement de certains articles du code. Mentionnons-en quelques-uns. L'article 3080 C.c.Q., qui interdit le « renvoi », oblige maintenant le juge à n'appliquer que les règles de droit interne de la loi désignée et non à utiliser les règles de conflit du droit étranger²⁰⁴. La clause échappatoire, codifiée à l'article 3082 C.c.Q., met en relief, dans la sphère normative, le principe de proximité, permettant au juge québécois d'appliquer une autre loi, plus proche de la situation que celle désignée par ses règles de rattachement normatif²⁰⁵. Quant au for de nécessité, doctrine adoptée par l'article 3136 C.c.Q., il permet aux autorités québécoises de lutter contre les dénis de justice. Les tribunaux se sont largement prononcés à son égard, interprétant plus largement les critères lorsque l'intérêt d'un enfant est en jeu²⁰⁶. L'article 3155 paragraphe 5 C.c.Q. permet au tribunal de refuser la reconnais-

199. *Amchem Products Incorporated c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897.

200. *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Droit de la famille – 2454*, préc., note 32; *Droit de la famille – 161254*, 2016 QCCA 910.

201. Voir *Droit de la famille – 2454*, préc., note 33.

202. *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077.

203. *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289.

204. *Bourdon c. Stelco inc.*, 2004 CanLII 13895 (QC C.A.) et, très récemment, *Barer c. Knight Brothers LLC*, préc., note 49.

205. *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, préc., note 19; *Adoption (En matière d')*, 2006 QCCQ 8524; *Giesbrecht c. Succession de Nadeau*, préc., note 191.

206. *Lamborghini (Canada) inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, préc., note 9; *Dobexco Foods International Inc. c. Van Barneveld Gouda BV*, 1997 CanLII 9210 (QC C.S.); *Zoungrana c. Air Algérie*, 2016 QCCS 2311. Parmi les causes mettant en jeu l'intérêt de l'enfant : *Droit de la famille – 082431*, 2008 QCCS 4493; *Droit de la famille – 1381*, 2013 QCCS 136.

sance d'une décision étrangère lorsque son résultat est « manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales ». La disposition est souvent examinée à l'occasion de demandes de droit de la famille, en particulier de reconnaissance de jugements de divorce²⁰⁷. Tous les tribunaux font bien la différence entre ordre public interne et ordre public international, le premier étant moins permissif que le second.

Nous avons mentionné au début de cette chronique qu'à nos yeux, 1994 est la date de naissance du droit international privé québécois moderne. L'étude des tendances jurisprudentielles marquantes démontre que, pour leur part, les tribunaux en saisissent bien l'essence.

207. *Droit de la famille* – 072464, 2007 QCCS 4822; *Droit de la famille* – 151172, 2015 QCCS 2308; *Droit de la famille* – 161738, 2016 QCCS 3357.