

CHRONIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - 2002

Gérald Goldstein

Volume 15, Number 2, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069384ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069384ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Goldstein, G. (2002). CHRONIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - 2002. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 15(2), 57–76.
<https://doi.org/10.7202/1069384ar>

CHRONIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ - 2002

Par *Gérald Goldstein**

Législation : Union civile

Au plan législatif, il faut noter l'adoption des règles de conflits relatives à l'union civile en vertu de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*¹ (adoption des articles 3090.1, 3090.2 3090.3 *C.c.Q.*; modification des articles 3096, 3122, 3123 et 3167 *C.c.Q.*), qui viennent poser un certain nombre de problèmes, notamment au plan des qualifications et des solutions pratiques qui découlent de cette adoption². Depuis quelques années, la jurisprudence de droit international privé devient de plus en plus fournie et touche ces trois principaux problèmes.

I. Conflits de lois

A. Résidence habituelle des enfants

Dans *C.E.S. c. E.V.*³, une affaire d'enlèvement d'enfant, à la différence de ce qu'avait affirmé la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 2454*⁴ selon laquelle, pour ne pas assimiler la résidence habituelle, notion de fait, et celle du domicile d'un de ses parents, seule la réalité des enfants devrait être prise en compte et les désirs et intentions des parents ne seraient pas des considérations pertinentes puisqu'alors on ferait intervenir l'élément intentionnel propre au domicile, la Cour supérieure a relevé que « [...] ce point de vue ne semble pas être généralement reconnu par la communauté juridique internationale ». Elle cite à cet égard un arrêt de la Cour fédérale américaine du 9^e Circuit, critiquant la jurisprudence québécoise sur le sujet, énonçant que « [...], the first step toward acquiring a new habitual residence is forming a settled intention to abandon the one left behind »⁵.

La Cour américaine avait poursuivi en se demandant s'il est pertinent de s'interroger sur l'intention des parents ou s'il est plutôt utile de considérer l'intention de l'enfant, dans l'hypothèse où l'intention doit compter, *par exemple lorsqu'il est*

* M^e Gérald Goldstein est Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal; Docteur en droit (Université McGill); DESS, Maîtrise et Licence en droit (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne).

¹ L.Q. 2002, c. 6.

² À ce sujet, voir G. Goldstein et J. Talpis, « Réflexions critiques sur l'avènement de l'union civile boiteuse en droit international privé québécois », (2003) 82 *R. du B. can.* (à paraître); (2003) 1 *C.P. du N.* 301.

³ [2002] R.D.F. 874 (C.S.), J.E. 2002-1904, au n^o 28.

⁴ *Droit de la famille — 2454*, [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.) [*Droit de la famille — 2454*].

⁵ *Mozes v. Mozes*, 239 F. 3d 1067 (Calif. 2001) cité au n^o 29 de la décision de la Cour supérieure.

*nécessaire de déterminer si une absence en un lieu devait être temporaire ou non*⁶. La Cour supérieure cite encore une décision anglaise de la Chambre des Lords, où Lord Scarman avait affirmé :

[T]here must be a degree of settled purpose. The purpose may be one; or there may be several. It may be specific or general. All that the law requires is that there is a settled purpose. This is not to say that the 'propositus' intends to stay where he is indefinitely; indeed his purpose, while settled, may be for a limited period. Education, business or profession, employment, health, family or merely love of the place spring to mind as common reasons for a choice of regular abode, and there may well be many others. All that is necessary is that the purpose of living where one does has a sufficient degree of continuity to be properly described as settled.⁷

La Cour supérieure en déduit alors

Il ressort des arrêts précités que l'interprétation du concept de résidence habituelle ne peut se faire dans l'abstrait. Il faut éviter d'adopter une approche réductionniste dont l'effet serait de confondre le concept de *résidence habituelle* avec celui de *résidence réelle ou effective*. Tout est affaire de circonstances. C'est exactement pour cette raison que les rédacteurs de la *Convention* ont omis de définir le concept de résidence habituelle, permettant ainsi aux tribunaux une plus grande latitude dans l'élaboration des règles applicables. La démarche est objective, ce qui ne veut pas dire que la méthode subjective ne soit pas appropriée dans certains cas et que l'intention des parents ne soit jamais pertinente.⁸

Appliquant cette approche subjective à l'espèce, elle en conclut, afin d'ordonner le retour des enfants en cause en Caroline du Nord:

Le tribunal n'hésite pas à conclure, à la lumière des circonstances propres au présent dossier, à l'existence d'un *settled purpose* au sens de la jurisprudence internationale [...] L' 'intention arrêtée' des deux parties était de résider aux États-Unis parce que c'est à cet endroit que le requérant gagnait sa vie et qu'il désirait que ses enfants grandissent.⁹

⁶ *Ibid.*, cité par la Cour supérieure au n° 30: « 018. Having concluded that a settled intention to abandon one's prior habitual residence is a crucial part of acquiring a new one, we confront an additional problem: Whose settled intention determines whether a child has abandoned a prior habitual residence? One obvious response would be, the child's. It is, after all, the child whose habitual residence we are out to determine. And indeed we sometimes find courts declaring the intentions of the parents to be irrelevant. 019. There is an obvious problem with this approach, however. Children, particularly the ones whose return may be ordered under the *Convention*, normally lack the material and psychological wherewithal to decide where they will reside. This leads to the conclusion that, 'in those cases where intention or purpose is relevant – for example, where it is necessary to decide whether an absence is intended to be temporary and short-term—the intention or purpose which has to be taken into account is that of the person or persons entitled to fix the place of the child's residence' ».

⁷ *R. v. Barnet*, London Borough Council ex parte Shaw, [1983] 2 A.C. 309 (H.L.) à la p. 344, cité par la Cour supérieure au ° 32.

⁸ [2002] R.D.F. 874 (C.S.) au n° 33.

⁹ *Ibid.* au n° 36.

La Cour supérieure a donc admis, en prenant un certain recul par rapport aux affirmations de la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la Famille - 2454*¹⁰, mais en se fondant sur une décision américaine et sur une décision de la Chambre des Lords, que l'on devait tenir compte de l'« intention arrêtée » des deux parents de résider aux États-Unis pour déterminer la résidence habituelle des enfants. Elle a ainsi essayé de donner effet aux conseils d'interprétation harmonieuse donnés par cette même Cour d'appel dans le même arrêt, et l'on doit apprécier favorablement l'effort approfondi d'analyse de la Cour supérieure. Nous devons, toutefois, nous interroger sur la valeur de cette solution.

A priori, il peut sembler que la décision américaine, critiquant notre propre jurisprudence, faisait en partie fausse route si l'on considère qu'elle analysait *de façon générale* le changement de résidence habituelle en tenant compte de l'intention d'abandonner ou non l'ancienne résidence. Ce débat appartient à l'analyse - d'ailleurs critiquable - du changement de domicile, mais pas à celle relative à la résidence habituelle. Mais, en réalité, la Cour américaine estimait plus précisément que l'élément intentionnel peut intervenir dans un cadre plus restreint, *lorsqu'il est nécessaire de déterminer si une absence en un lieu doit être temporaire ou non*. Effectivement, dans l'espèce tranchée par la Cour supérieure du Québec, il était particulièrement difficile de déterminer la résidence habituelle des enfants étant donné les déplacements incessants de la mère accompagnée de ses enfants entre Montréal et la Caroline du Nord et l'on comprend que la Cour ait considéré que, dans ces circonstances, « la méthode subjective », en d'autres termes, le recours à l'élément intentionnel, fût approprié. Elle a donc admis que l'intention « arrêtée » des parents était pertinente *pour éclairer le sens* des divers séjours des enfants, c'est-à-dire pour savoir s'il s'agissait de déplacements temporaires ou définitifs.

Le problème était qu'en réalité les parties ne semblaient pas avoir arrêté leur intention. La mère et les enfants ne s'étant vraiment installés nulle part.

On peut se demander en quoi cet élément intentionnel serait pertinent pour déterminer si une absence en un lieu était temporaire ou non. L'analyse doit être rétrospective et ne pas tenir compte de ce qui peut se passer dans le futur. Ne suffit-il pas de constater la durée de l'absence, et de l'intégrer dans l'appréciation générale, sans devoir faire appel à une intention difficile à prouver et au sujet de laquelle les deux parents vont nécessairement apporter des arguments contradictoires? Dans l'espèce en cause, la Cour supérieure a elle-même calculé précisément la durée de séjour des enfants au Québec et en Caroline du Nord et elle en a déduit, en tenant compte d'autres éléments matériels, que les enfants résidaient habituellement en Caroline du Nord.

En réalité, on ne devrait pas confondre l'élément intentionnel requis dans le cas du changement de domicile - l'intention *générale* de faire du nouveau lieu son principal établissement - et celui dont il s'agit dans certains cas difficiles de détermination de la résidence habituelle. Alors, la Cour supérieure considère que l'on peut tenir compte du but *particulier* arrêté des personnes en cause, soit le travail, lieu

¹⁰ *Droit de la famille — 2454, supra note 4.*

de retraite, peut-être même les études universitaires, afin de déterminer le lieu où l'on demeure *de manière habituelle*, sans pour autant envisager un séjour définitif pour le futur. À la différence de l'analyse du changement de domicile, selon l'article 76 alinéa 2 *C.c.Q.*, ce ne sont pas les circonstances qui permettent de prouver l'intention, mais plutôt l'intention ou le but matériel qui permet d'éclairer des circonstances, comme des absences répétées, particulièrement difficiles à interpréter. Dans ce cadre, la position de la Cour supérieure nous paraît judicieuse.

Par contre, loin d'apparaître « réductionniste », il nous semble que l'assimilation des concepts de *résidence habituelle* avec celui de *résidence réelle ou effective* s'impose, non seulement parce qu'elle est au cœur de la notion de *résidence habituelle*, mais aussi parce qu'elle correspond au milieu social de l'enfant, lieu que la Convention cherche à retenir comme rattachement respectant le principe de proximité.

B. Personnes morales. Inscription

Selon la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*¹¹, en principe, aucun permis n'est requis de la part des compagnies étrangères pour exercer une activité au Québec, mais toute « personne morale de droit privé qui n'est pas constituée au Québec » et qui, notamment, y a son domicile (défini comme le siège social au sens du *Code civil*) ou y exerce une activité, doit s'immatriculer au registre tenu par l'Inspecteur général des institutions financières, et doit tenir à jour les informations qu'elle y fournit (articles 2(5), 8 et suivants, 26 et suivants de la Loi). La *Loi* a une conception très large de l'exercice d'une activité, puisqu'il s'agit non seulement de l'exploitation d'une entreprise, mais même d'une adresse, d'un établissement, d'un casier postal ou d'une ligne téléphonique au Québec ou encore du simple accomplissement d'un acte dans le but d'en tirer un profit.

Cependant, dans *White International Management Inc. c. 9041-8351 Québec Inc.*¹², la Cour d'appel a accueilli l'appel d'une décision de la Cour supérieure qui avait considéré qu'une société commerciale, constituée en vertu des lois des Bahamas, avait l'obligation de s'immatriculer au Québec pour y exercer des droits de manière à empêcher l'emploi d'une marque de commerce créant de la confusion avec celle dont elle était propriétaire. Selon la Cour d'appel, qui distingue à cette occasion entre l'exploitation d'une entreprise et l'exercice des droits qui découlent de l'enregistrement d'une marque, la société étrangère, qui n'avait aucune place d'affaire, aucune ligne téléphonique, aucun bien, aucun casier postal au Québec, et n'y employait personne, n'y exerçait donc aucune activité et n'avait pas à s'y immatriculer pour y exercer ses droits, même si elle avait désigné un cabinet d'avocats comme représentant pour fins

¹¹ L.R.Q. c. P-45.

¹² *White International Management Inc. c. 9041-8351 Québec Inc.* (11 janvier 2002), Montréal 500-09-011278-017 (C.A.).

de signification - ce qui n'équivalait pas à une adresse - et même si elle avait concédé ses droits à l'usage d'une marque de commerce à une entreprise au Québec.

C. Adoption internationale. Conflit mobile

Dans *A.B.M.*¹³, la Cour du Québec a suivi la règle énoncée par la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 3403*¹⁴, où, tout reconnaissant au Québec des décisions marocaines assimilées à des jugements d'adoption¹⁵, elle avait refusé de suivre un raisonnement visant à écarter l'application des dispositions québécoises sur l'adoption internationale. Les adoptants avaient prétendu que, puisqu'ils avaient eu l'accord des autorités marocaines pour amener les enfants en dehors du Maroc, donc pour changer leur domicile, celui-ci était devenu celui de leurs tuteurs, situé au Québec. La Cour d'appel avait décidé que, si le domicile actuel était bien devenu le Québec, néanmoins, ce changement ne devait « pas avoir d'effet en matière d'adoption »¹⁶. Elle avait ainsi implicitement affirmé que le conflit mobile créé par les adoptants pour frauder les règles québécoises sur l'adoption internationale devait être réglé en concrétisant le facteur de rattachement de l'article 3092 *C.c.Q.* avant le changement de domicile découlant de la décision de tutelle.

Dans *A.B.M.*¹⁷, il s'agissait d'une décision de tutelle rendue au Pakistan, pays où la loi musulmane traditionnelle n'admet pas l'adoption, au sujet d'un enfant domicilié en ce lieu lors de la décision, mais qui avait ensuite été emmené au Québec par ses tuteurs, au lieu de leur domicile. Le Directeur de la protection de la jeunesse et le Procureur-général du Québec s'opposaient à une requête en ordonnance de placement de l'enfant au Québec au motif que les consentements à l'adoption et l'adoptabilité de l'enfant ne pouvaient être conformes à la loi de son domicile puisque le Pakistan ne connaît pas l'adoption. Les adoptants soutenaient que le domicile de l'enfant était maintenant le Québec depuis deux ans et qu'il ne fallait pas appliquer l'article 3092 *C.c.Q.* puisqu'il s'agissait d'une adoption interne. Comme la Cour d'appel, la Cour du Québec a admis que la décision pakistanaise avait permis de changer le domicile de l'adopté, mais elle a considéré que celui dont il fallait tenir compte pour les fins de l'adoption était le domicile antérieur à la décision de tutelle.

Dans cette affaire, cependant, la Cour a accepté d'ordonner le placement en tenant compte du fait que, si la loi pakistanaise n'admettait pas l'adoption, néanmoins il existait une *coutume* pakistanaise de rendre une ordonnance de tutelle permettant au tuteur d'amener l'enfant en dehors du Pakistan afin d'y obtenir une adoption étrangère, décision qui serait ensuite reconnue au Pakistan. Ainsi, selon la Cour, le droit pakistanaise admettait l'adoption. Cette interprétation large de la « loi » du domicile

¹³ [2002] R.J.Q. 1161 ; [2002] R.D.F. 475 (C.Q.).

¹⁴ [2000] R.J.Q. 2252 (C.A.).

¹⁵ Même si leurs effets différaient de celle du droit québécois en ce sens qu'elles « ne rompt[ai]ent pas le lien de filiation d'origine pour en établir un nouveau avec l'adoptant, et ce, pour des motifs religieux » (*Ibid.* à la p. 2261).

¹⁶ *Ibid.* au n° 51.

¹⁷ *Ibid.*, *supra* note 13.

selon l'article 3092 *C.c.Q.*, lointain écho du raisonnement tenu dans l'affaire *Schwebel c. Ungar*¹⁸, est certainement l'un des éléments essentiels d'une solution favorable à l'adoption internationale¹⁹.

D. Enlèvement international d'enfant

La *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*²⁰, et la loi québécoise qui la met en vigueur²¹ prévoient que le tribunal peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant lorsque celui qui avait le soin de sa personne n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou avait consenti au déplacement²² ou lorsqu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou le place dans une situation intolérable (article 21 de la loi québécoise). On trouve une appréciation particulièrement bien approfondie de ces dangers, dans les décisions rendues dans l'affaire *R.F. c. M.G.*²³. Infirmant la décision de la Cour supérieure, qui avait pourtant tenté d'explorer toutes les dimensions factuelles, de manière réaliste, de la situation, la Cour d'appel ordonne le retour de l'enfant à Hawaii, lieu de sa résidence habituelle avant l'enlèvement au Canada, en considérant que le fait que la mère ne puisse éventuellement pas l'accompagner, pendant la période de temps relativement courte que devait durer l'instance en garde d'enfant, ne plaçait pas l'enfant en situation intolérable. Mais en raison des difficultés présentées par l'espèce, il est intéressant de noter que la Cour avait demandé aux parties de rédiger une convention énumérant très précisément les conditions que le parent demandant le retour de l'enfant s'engageait à respecter. Elle en modifie légèrement la formulation et la reprend dans le texte du jugement *en conditionnant* le retour de l'enfant à la signature et au dépôt de cette convention au greffe du tribunal, ce qui nous paraît original.

Par ailleurs, selon cette même loi, le tribunal peut aussi refuser le retour lorsque l'enfant s'y oppose et a atteint un âge où il se révèle approprié de tenir compte

¹⁸ [1965] S.C.R. 148, confirmant [1964] 1 O.R. 430, (1965) 54 *Revue crit. de d.i.p.* 321 (commentaires W. Wengler).

¹⁹ Voir aussi *Droit de la famille — 3696*, [2000] R.D.F. 777 (C.Q.), où la Cour du Québec a reconnu une décision d'adoption guinéenne, rendue alors que la loi de la Guinée n'acceptait pas la légalité de l'adoption en raison de la différence d'âge insuffisante entre adoptant et adoptée. Si la loi du domicile n'admettait pas la validité de l'adoption, néanmoins une *décision judiciaire* l'avait admise, ce qui validait le consentement donné. De plus, dans cette affaire, la Cour a considéré que cette condition relative à l'adoptant n'entrait pas dans l'objet du consentement soumis à la loi du domicile de l'adopté, mais devait dépendre de la loi du domicile de l'adoptant. Cette restriction de l'objet du consentement est la seconde manière de régler « libéralement » les questions d'adoption internationale. Voir Gérard Goldstein et Ethel Groffier, *Traité de droit civil. Droit international privé*, t. 2, *Règles spécifiques*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2003, aux no. 282 et 283 [Goldstein et Groffier].

²⁰ 1343 R.T.N.U. 89, R.T. Can. 1983 1983 no. 35. (entrée en vigueur : 25 octobre 1980, accession du Canada 1 décembre 1983).

²¹ *Loi sur les effets civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfant*, L.R.Q., c. A-23.01 [*Loi sur l'enlèvement d'enfants*].

²² Voir comme illustration: *H.H.N. c. O.X.Ng.* [2002] R.D.F. 604 (C.S.).

²³ [2002] R.D.F. 785 (C.A.), infirmant *M.G. c. R.F.*, [2002] R.J.Q. 2132, [2002] R.D.F. 666 (C.S.).

de son opinion. Ainsi dans *L.D. c. N.H.*²⁴, la Cour supérieure donne effet à la volonté de deux enfants de ne pas retourner en France d'où elles avaient été enlevées, et elle justifie aussi sa décision par les dangers psychologiques qu'elles auraient pu subir en y revenant. Dans *S.P. c. A.E.L.-La.*²⁵, une décision très nuancée, pesant l'influence des parents sur la décision de l'enfant et distinguant entre ses préférences et une véritable opposition à un retour au lieu de sa résidence habituelle, la Cour supérieure ordonne le retour de l'enfant au Mexique en estimant que l'opposition au retour devrait être « claire et ferme », circonstances qui n'étaient pas réunies en l'espèce.

Finalement, selon la Cour d'appel²⁶, la *Convention de La Haye*, bien qu'elle ne définisse pas cette notion, ne se contente pas de l'intérêt de l'enfant au sens général du Code civil (article 33 *C.c.Q.*) elle vise un intérêt particulier, celui des enfants à ne pas être enlevés. Mais dans *M.-P.L. c. M.I.B.L.*²⁷, l'intérêt général de l'enfant selon l'article 33 *C.c.Q.* a été le critère primordial de décision de retourner l'enfant au Suriname avec son père (qui, en raison de son travail, avait les moyens de répondre aux besoins de l'enfant, mais n'avait pourtant pas le temps de s'occuper d'elle, alors que la mère ne travaillant pas, avait du temps mais n'avait qu'un statut précaire au Canada).

II. Compétence internationale des tribunaux québécois

A. Actions réelles

1. ACTIONS RÉELLES. SITUATION D'ACTIONS

En principe, les autorités québécoises ne sont compétentes pour connaître une action réelle que si le bien en litige est situé au Québec. Ainsi, dans *McDonald Oil Exploration. c. M.F.C. Bancorp*²⁸, la Cour supérieure s'est déclarée incompétente pour entendre une action réelle relative à des actions situées en Alberta.

²⁴ *L.D. c. N.H.* (12 septembre 2002), Montréal 500-04-030247-028, J.E. 2002-1776 (C.S.) (respect du désir des enfants de rester au Québec).

²⁵ (16 décembre 2002), Montréal 500-04-000611-955, J.E. 2003-226 (C.S.).

²⁶ Voir : *Droit de la famille — 2790*, [1997] R.D.F. 689 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée le 7 novembre 1997 (26228); *Droit de la famille — 2785*, [1998] R.D.F. 22 (C.A.).

²⁷ [2002] R.D.F. 982 (C.S.).

²⁸ *McDonald Oil Exploration c. M.F.C. Bancorp* (29 août 2002), Montréal 500-05-064128-018, J.E. 2002-1704, (C.S.) (Azimut).

B. Actions personnelles

1. ARTICLE 3148 C.C.Q. LOCALISATION DU PRÉJUDICE. FORUM NON CONVENIENS

L'article 3148 *C.c.Q.*, article de principe énonçant les règles de compétence internationale des tribunaux québécois en matière d'action personnelle²⁹, entraîne certaines possibilités de compétence exorbitante. L'un des cas discutables est celui où, bien que tout le contrat se déroule en dehors du Québec, conclusion, exécution et même fait dommageable, on invoque que la partie contractuelle demanderesse y subit un dommage du fait qu'elle ait son établissement au Québec et donc que son patrimoine s'y trouve. Cela a permis à ses tribunaux d'affirmer qu'ils étaient compétents en raison du dommage même si le fait dommageable avait eu lieu ailleurs. Ainsi, dans *Delmonti Import Export Inc. c. Decoexsa Cargo S.A.*³⁰, la Cour supérieure se déclare compétente pour entendre une action en dommages-intérêts contractuels subis au Québec par une entreprise y faisant affaire, alors que la prétendue négligence des défenderesses devait avoir eu lieu en Espagne, lieu d'origine de marchandises transportées par les défenderesses, où pendant le trajet entre l'Espagne et New York.

Toutefois, la Cour d'appel, dans *Québecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*³¹ en des termes assez sévères, ne s'est pas reconnue compétente pour entendre un litige né à l'occasion d'un contrat de vente et d'installation de machines au Tennessee, parce que, malgré l'opinion de M. le Juge Phillipon, dissident sur ces points, la majorité de la Cour, sous la plume de M. le Juge Beaugregard, n'a pas admis qu'une partie des obligations du contrat se soit déroulée au Québec, ni, surtout, que l'inexécution du paiement d'une créance au Tennessee constituait un préjudice subi par le créancier du seul fait qu'il avait son siège social au Québec. En l'espèce, la Cour a bien relevé que la créance était payable au Tennessee, mais ceci ne diminue en rien la généralité de ses propos, puisque ce fait ne touche que le lieu d'exécution de l'obligation, c'est-à-dire celui du fait dommageable en cas d'inexécution. La prétention de la localisation automatique du préjudice au lieu du siège social du demandeur a été brièvement écartée par la majorité de la cour en ces termes généraux:

Si [le demandeur] avait raison, la compétence des tribunaux du Québec serait automatique dans le cas où le demandeur est un résident au Québec et les autres chefs de compétence visés à l'article 3148 seraient inutiles. Il n'y a pas lieu d'interpréter d'une façon large l'article 3148 du fait de l'existence de l'article 3135 *C.c.Q.* Ce dernier article trouve application

²⁹ Dans *De Grandpré. Chaurette, Lévesque c. Musicalis S.A.* (29 novembre 2002), Montréal 500-09-012544-029, J.E. 2003-103 (C.A.), la Cour d'appel a rappelé qu'en ce domaine, l'article 3148 *C.c.Q.* exclut l'appel à l'article 68 *C.p.c.*, qui sert uniquement à déterminer les règles de compétence interne, une fois les tribunaux québécois déclarés internationalement compétents selon l'article 3148 *C.c.Q.* Pour une application récente de l'article 3148-3 *C.c.Q.*, voir *Bélanger c. Services de consultation Arthur Andersen* (4 octobre 2002), Montréal 500-05-073633-024, J.E. 2002-1940 (C.S.).

³⁰ (4 février 2002), Montréal 500-05-046869-986, B.E. 2002 BE-305 (C.S.) [*Delmonti*].

³¹ [2001] R.J.Q. 966 (C.A.).

une fois qu'on a constaté qu'interprété de façon raisonnable, l'article 3148 confère juridiction au tribunal québécois.³²

Ainsi, la Cour considère implicitement déraisonnable d'interpréter trop largement l'article 3148 comme l'ont fait d'autres décisions antérieures, en localisant automatiquement le préjudice au lieu de résidence du créancier, pour se rabattre ensuite sur l'article 3135 *C.c.Q.* Cette approche restrictive, limitant l'appel au parachute discrétionnaire que constitue la théorie du *forum non conveniens*, paraît sage, en théorie, puisque l'on n'admet pas la même ouverture envers les tribunaux étrangers (article 3168 *C.c.Q.*).

Cependant, dans l'affaire *Spar Aerospace c. American Mobile Satellite*³³, une poursuite de nature extra-contractuelle, la Cour suprême du Canada a au contraire considéré que l'article 3148 *C.c.Q.* pouvait donner lieu à une interprétation large précisément étant donné l'existence de l'article 3135 *C.c.Q.* Mais la Cour suprême rappelle aussi avec force, dans cette même affaire, que l'article 3135 doit conserver son caractère exceptionnel³⁴.

Pour concilier ces propositions, on pourrait donc en déduire que certaines interprétations larges de l'article 3148 *C.c.Q.* sont possibles, en raison de la limite, qui doit rester exceptionnelle, de l'article 3135 *C.c.Q.*

Il nous semble en découler que l'interprétation restrictive de la Cour d'appel de la localisation du préjudice n'est pas à l'abri de toute critique. Dans les contrats conclus par le biais d'un réseau informatisé, par exemple, si les cocontractants n'ont aucun contact physique, on peut se demander pourquoi le créancier de l'obligation inexécutée, qui devait s'effectuer en ligne, ne subirait pas son préjudice au lieu de sa résidence. Rappelons en effet que la règle de conflit de l'article 3113 *C.c.Q.* consacre la compétence de principe de la loi de la *résidence* du débiteur de la prestation caractéristique. Au plan du conflit de lois, ceci traduit délibérément un lien entre la résidence d'un cocontractant et le milieu social où il subit la situation contractuelle. Son patrimoine s'y trouve, comme plusieurs opinions l'ont rappelé, notamment celle de M. le juge Philippon, et l'appauvrissement de ce patrimoine ne peut être qualifié d'une autre manière que comme la survenance d'un préjudice. On peut en déduire que, du point de vue de chaque partie, l'inexécution de l'obligation de l'autre le touche directement au lieu de sa résidence ou de son établissement, puisque son patrimoine s'y trouve. L'analyse nous paraît transposable au plan de la compétence internationale des tribunaux.

Par ailleurs, s'il est exact que cette localisation diminue l'intérêt des autres chefs de compétence de l'article 3148 *C.c.Q.*, il ne les supprime pas. Ainsi, un demandeur étranger pourrait vouloir poursuivre son débiteur québécois devant son tribunal naturel, celui de son domicile ou de sa résidence (article 3148-(1) *C.c.Q.*).

³² *Ibid.*, jugé Beauregard au para. 10 et 11.

³³ *Spar Aerospace c. American Mobile Satellite Spar Aerospace c. American Mobile Satellite* [2002] 4 R.C.S. 205, confirmant *American Mobile Satellite c. Spar Aerospace*, [2000] R.J.Q. 1405 (C.A.) [*Spar*].

³⁴ *Ibid.* aux n° 77 à 82.

Enfin, si le codificateur a admis que l'inexécution au Québec d'une obligation minimale, même celle qui ne fait pas l'objet du litige, suffisait à entraîner la compétence internationale des tribunaux québécois, il ne nous semble pas que ce rattachement soit plus fort que la résidence de la victime d'un préjudice. On peut certainement regretter ce laxisme. Mais il est difficile d'écarter automatiquement la localisation du préjudice au lieu de résidence de la victime.

Quelques décisions ont suivi l'opinion majoritaire de la Cour d'appel rendue dans l'affaire *Québecor Printing Memphis Inc.* et réitérée, de manière unanime par la même cour, dans *Foster c. Kaycan*³⁵. Voir ainsi les jugements rendus dans *Converpro Inc. c. Laferrrière*³⁶ et *Bank of Montréal c. Hydro Aluminium Wells Inc.*³⁷ et cette solution a également été appliquée dans *Ace/Clear Defense Québec Inc. c. Clear Defense Inc.*³⁸ : il s'agissait alors d'une poursuite extra-contractuelle.

En sens inverse, en plus de l'affaire *Delmonti Import Export*³⁹, on peut citer la décision de la Cour supérieure rendue dans l'affaire *Consortium de la nutrition ltée c. Aliments Parmalat Inc.*⁴⁰ et aussi à l'arrêt de la Cour suprême du Canada rendu dans l'affaire *Spar Aerospace c. American Mobile Satellite Spar Aerospace c. American Mobile Satellite*⁴¹, où la Cour fait expressément référence à ce débat et aux positions notamment de M. le juge Philippon⁴².

Du point de vue de l'interprétation de l'article 3148(3) *C.c.Q.*, la Cour suprême, sous la plume de M. le Juge LeBel, a d'abord suivi l'opinion du Professeur Glenn⁴³ en affirmant logiquement que le « fait dommageable », pour ne pas être une redondance de la « faute », consacrée au même article, « doit se rapporter à un événement qui, donnant naissance à un préjudice, attire une responsabilité sans faute »⁴⁴.

Puis elle a considéré que le tribunal québécois était compétent pour entendre une demande en dommages-intérêts relative à une atteinte à la réputation d'une entreprise domiciliée en Ontario, mais ayant un établissement au Québec, qui y fabriquait des satellites, au motif que le préjudice y avait été subi. La Cour confirme l'opinion de la Cour supérieure à ce sujet, et admet qu'une personne morale puisse subir un préjudice en un autre lieu que celui de son domicile. En l'espèce, l'établissement de *Spar Aerospace* au Québec avait acquis une réputation particulière et indépendante de celle de l'ensemble de l'entreprise dans la fabrication des satellites.

³⁵ (14 décembre 2001), Montréal 500-09-011224-011, J.E. 2002-163 (C.A.).

³⁶ (18 juin 2002), Saint-Hyacinthe 750-05-002201-019, J.E. 2002-1214 (C.S.).

³⁷ (29 juillet 2002), Montréal 500-17-012596-022, J.E. 2002-1657 (C.S.).

³⁸ (29 avril 2002), Beauharnois 760-05-003080-999, J.E. 2002-1017, AZ-50123737 (C.S.).

³⁹ *Delmonti, supra*, note 30.

⁴⁰ (12 janvier 2001), Montréal 500-05-048450-991, J.E. 2001-338 (C.S.).

⁴¹ *Spar, supra*, note 33.

⁴² *Ibid.*, au no. 59.

⁴³ H.P. Glenn, « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Ste-Foy (Qc), Presses de l'université Laval, 1993, 669 à la p. 754.

⁴⁴ *Spar, supra* note 33, au n° 42.

Par contre, elle précise, en donnant raison sur ce point aux appelants, que la Cour d'appel avait commis une erreur en estimant que l'atteinte à la réputation, matérialisée au Québec, constituait un « fait dommageable », alors que, selon elle, cette atteinte constituait en réalité le préjudice⁴⁵. Effectivement, les actes reprochés aux appelants susceptibles de porter atteinte à sa réputation (refus de lui accorder des primes d'exécution) s'étaient produits en dehors du Québec. Cela ne changeait pas le sens de la solution, toutefois, puisque l'un ou l'autre des éléments suffit à établir la compétence des tribunaux québécois.

Si l'on peut penser que fonder cette compétence sur un seul de ces éléments peut aboutir à une compétence exorbitante⁴⁶, le fait dommageable et le dommage étaient survenus au Québec (concurrence déloyale) - l'article 3168 *C.c.Q.* exige le cumul de deux éléments pour fonder la compétence internationale étrangère - néanmoins, elle permet souvent d'appliquer la loi du tribunal saisi, étant donné les facteurs de rattachement du principe de l'article 3126 *C.c.Q.*, ce qui simplifie les choses, mais renforce l'intérêt du *forum shopping*. Toutefois, la Cour a rappelé que l'article 3135 *C.c.Q.* est là pour remédier à ces cas exceptionnels de compétence exorbitante⁴⁷. En l'espèce, les cours ont considéré que les conditions de cette disposition n'étaient pas remplies et à cette occasion, citant notamment les Professeurs Talpis et Castel⁴⁸, la Cour suprême a insisté sur la nature exceptionnelle de la théorie du *forum non conveniens* en droit québécois⁴⁹ qui découle très clairement du simple libellé de l'article 3135 *C.c.Q.*

Enfin, la Cour suprême a aussi affirmé que la notion de courtoisie devait avoir une fonction nettement plus restreinte en droit québécois que dans les autres provinces, étant donné la nature codifiée du droit international privé québécois⁵⁰. Elle peut servir à interpréter globalement les dispositions du Code, mais pas à les remplacer ni à ajouter une condition supplémentaire: nous approuvons pleinement

⁴⁵ *Ibid.* au n° 43.

⁴⁶ Ce n'est pas nécessairement le cas: voir ainsi *Morales Moving & Storage Co. c. Chatigny Bitton* (17 novembre 1995), Montréal 500-09-001212-950, J.E. 1996-72 (C.A.).

⁴⁷ *Spar*, *supra* note 33, au n° 57. Voir comme exemple récent: *Clément c. Marchese* (19 février 2002), Montréal 500-05-066297-019, J.E. 2002-689 (C.S.) (Azimut).

⁴⁸ Jeffrey A. Talpis et Jean-Gabriel Castel, « Le Code civil du Québec — Interprétation des règles de droit privé » dans *La Réforme du Code civil*, t. 3, Ste-Foy (Q.C.), Presses de l'Université Laval, 1993, 801, 902, n° 421 (cités au n° 79 de l'arrêt) et Jeffrey Talpis et Shelley L. Kath, « The Exceptional as Commonplace in Québec *Forum non Conveniens* Law: Cambior, a Case in Point », (2000) 34 *R.J.T.* 662 (cité au n° 81 de l'arrêt).

⁴⁹ *Ibid.*, aux n° 77 à 82. Appliquant cette conception, dans *Eastern Casualty Ins. c. Brodeur* (28 juin 2002), Montréal 500-17-010777-012, B.E. 2002BE-695 (C.S.) (Azimut), la cour supérieure avait déjà écarté une requête en exception déclinatoire fondée sur l'article 3135 *C.c.Q.* sur le simple motif qu'aucune preuve ne lui avait été fournie quant à l'existence d'un tribunal étranger susceptible d'entendre le litige, ce qui écartait toute possibilité de comparaison.

⁵⁰ *Ibid.* au n° 23: « Au Québec, en raison de la codification des règles du droit international privé, les tribunaux doivent interpréter ces règles en examinant d'abord le libellé particulier des dispositions du *C.c.Q.* et ensuite en cherchant à savoir si leur interprétation est compatible avec les principes qui sous-tendent les règles. Comme les dispositions du *C.c.Q.* et du *C.p.c.* ne renvoient pas directement aux principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, et qu'au mieux ces principes y sont vaguement définis, il est important de souligner que ces derniers ne constituent pas des règles contraignantes en soi. Elles servent plutôt de guide à l'interprétation des différentes règles de droit international privé [...] ».

cette affirmation qui va dans le même sens que les sérieuses critiques que nous portions à cette notion en commentant l'affaire *Arab Banking*⁵¹.

2. LITISPENDANCE INTERNATIONALE. ARTICLE 3137 C.C.Q.

Deux arrêts ont rappelé le principe selon lequel, pour que la litispendance internationale soit reconnue au Québec, encore faut-il que les actions aient le même objet et qu'elles soient fondées sur les mêmes faits.

Dans *Amiel Distributions Ltd. c. Amana*⁵², la Cour d'appel a refusé de reconnaître la litispendance. Une action en paiement, à l'occasion d'un contrat de vente conclu dans le cadre général d'un contrat de distribution, avait été intentée devant une cour de l'Iowa, saisi aussi préemptivement d'un jugement déclaratoire en validité de la résiliation du contrat de distribution. Ensuite, une action en dommages-intérêts, pour rupture abusive et l'illégalité de clauses abusives du contrat de distribution, avait été engagée au Québec. La Cour affirme que malgré les liens de connexité évidents entre les deux recours, ils poursuivaient des fins différentes, ne reposaient pas sur le même fondement et ne seraient pas décidés en vertu des mêmes règles de droit⁵³. Elle considère donc qu'il n'y avait pas d'identité d'objet, ni de cause d'action. Toutefois, on doit faire remarquer que l'article 3137 C.c.Q. a été rédigé en tenant compte des particularités de la litispendance internationale. Il n'exige pas l'identité de cause d'action - mais seulement l'identité de *faits*, ce qui est beaucoup plus facile à prouver - puisqu'on se doute qu'en situation internationale les actions ne seront pas jugées selon les mêmes règles, ni selon les mêmes fondements devant les deux tribunaux en raison de la diversité des règles de conflit de lois, qui mèneront souvent à l'application de systèmes juridiques différents. Néanmoins, l'article 3137 réserve un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux québécois de ne pas accepter la litispendance même si toutes les conditions en sont remplies. Donc, de toute manière, la Cour avait le pouvoir de décider en ce sens et nous croyons qu'elle l'a bien exercé étant donné les circonstances, puisque le fournisseur, bénéficiaire de clauses qu'il est difficile en droit québécois de ne pas citer comme exemples de clauses abusives, avait en plus cherché, avec un certain succès, à faire du *forum shopping*.

Dans la même affaire, la Cour d'appel, infirmant la décision de la Cour supérieure, rejetait aussi une requête en exception déclinatoire fondée sur la théorie du *forum non conveniens*. Selon elle, la nature des procédures intentées de façon précipitée en Iowa ne devait pas entraîner un dessaisissement du tribunal québécois dans des circonstances où les deux tribunaux paraissaient également aptes à trancher chacun le litige qui leur avait été soumis. La Cour d'appel se trouvait face à une situation où, semble-t-il, le tribunal de l'Iowa, qui avait de son côté refusé de se dessaisir de l'action en paiement sur le fondement du *forum non conveniens*, n'allait pas accepter d'appliquer les théories québécoises de l'abus de droit ni annuler les

⁵¹ Gerald Goldstein, « La condition incertaine des lois de police étrangères et du secret bancaire en droit international privé québécois », (1997) 76 *R. du B. can.* 449 aux pp. 464-470.

⁵² (22 juillet 2002), Montréal 500-09-010423-002, J.E. 2002-1384 (C.A.).

⁵³ *Ibid.* au n° 38.

clauses abusives. Devant une telle attitude peu encourageante, venant d'un tribunal étranger saisi préemptivement, la Cour a justement décidé de laisser progresser des procédures parallèles, malgré son opposition de principe à de telles situations.

Dans *Nationale du Canada, Cie d'assurance-vie c. Travailleurs unis des transports*⁵⁴, la Cour supérieure refuse de considérer qu'il y avait litispendance parce que les parties n'étaient pas exactement les mêmes dans les deux procédures. Mais même si cela avait été le cas, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il aurait refusé de surseoir pour ce motif, puisqu'il rejette aussi une exception déclinatoire de compétence fondée sur l'article 3135 *C.c.Q.* Cette décision illustre assez bien le fait que les critères déterminant l'exercice des pouvoirs discrétionnaires découlant de l'article 3137 ou de l'article 3135 sont les mêmes.

3. VALIDITÉ D'UNE CLAUSE ABUSIVE ATTRIBUTIVE DE COMPÉTENCE

Dans *HSBC Bank Canada c. Nytychik*⁵⁵ la Cour supérieure a considéré qu'une clause attributive de compétence aux tribunaux ontariens, incluse dans un contrat de cautionnement, devait être respectée et retirait la compétence aux tribunaux québécois, en vertu de l'article 3148 *C.c.Q.*, alors que la partie qui poursuivait au Québec voulait faire appliquer la seconde partie de la clause, lui permettant de poursuivre son cocontractant dans le monde entier, à son choix, ou en Ontario même si ce cocontractant n'y était plus résident. La Cour a écarté cet argument en considérant, d'abord, qu'il serait inéquitable que l'un des cocontractants soit assujéti à la compétence des tribunaux ontariens, même s'il n'y était plus résident, alors que l'autre n'était pas sujet à cette même règle. De plus, la Cour a considéré que, puisqu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion, cette seconde partie de la clause était abusive et exorbitante et n'était pas applicable.

On peut ne pas partager l'opinion de la Cour quant à la question de savoir s'il était inéquitable que l'une des parties pouvait être poursuivie devant un tribunal et pas une autre, étant donné qu'il est courant dans les contrats internationaux que les clauses prévoient, à titre dissuasif, que chaque partie ne pourra poursuivre que devant les tribunaux de la résidence de l'autre. Néanmoins, la possibilité réservée à une partie de choisir unilatéralement n'importe quel tribunal ressemble à s'y méprendre à une clause abusive. Les tribunaux québécois ne sont pas prêts à accepter n'importe quelle clause.

L'intérêt de cette décision est aussi que, malgré le fait que la clause excluait la compétence du tribunal québécois, celui-ci n'a pourtant pas hésité à l'annuler en partie, et spécialement cette partie qu'on invoquait pour lui retirer compétence, puisqu'elle était abusive, au sens du droit québécois. Ceci pose le problème logique de la compétence sur la compétence, habituellement posée aux arbitres, et auxquels deux autres décisions québécoises ont apporté une réponse opposée.

⁵⁴ (12 juillet 2002), Montréal 500-05-068872-017, J.E. 2002-1383 (C.S.).

⁵⁵ *HSBC Bank Canada c. Nytychik* (14 janvier 2002), Montréal 500-17-011554-014 (C.S.) (Azimut).

Dans 2617-3138 *Québec Inc. c. Rogers Cantel Inc.*⁵⁶ et dans 2736349 *Canada Inc. c. Rogers Cantel Inc.*⁵⁷, la même question du respect d'une clause de choix d'un tribunal étranger se posait, alors que l'un des cocontractants avançait l'argument selon lequel, s'agissant d'un contrat d'adhésion, il n'avait pas vraiment choisi le tribunal étranger. Les cours ont rejeté cet argument en expliquant que, pour savoir si la clause était abusive, il fallait analyser le fond du contrat et se demander quelle loi le gouvernait, ce qu'elles ne pouvaient pas faire si les clauses leur retiraient la compétence juridictionnelle. Il y aurait « non-sens ». De plus, seuls les contrats de consommation ou de travail sont sujets à l'exception de l'article 3149 *C.c.Q.*, permettant à la partie faible de ne pas faire respecter la clause attributive de juridiction, disposition qui est inapplicable aux contrats d'adhésion. Il est donc légal de choisir un tribunal étranger même dans un contrat d'adhésion.

Il est vrai qu'il est légal en soi de prévoir des clauses de choix d'un tribunal ou de choix de la loi dans les contrats d'adhésion. L'hypothèse, voisine, de l'abus de droit, suppose l'existence de ce droit. S'il est exact que de telles clauses ne sont pas abusives en elles-mêmes, du seul fait de leur existence, elles peuvent pourtant l'être, selon les circonstances, comme la clause de l'affaire *HSBC Bank Canada*. Leur exercice peut également constituer un abus de droit. Est-il impossible pour autant de relever ce caractère parce que cette clause retire compétence juridictionnelle au tribunal québécois et que ce serait préjuger du fond?

Il nous paraît douteux d'affirmer qu'un tribunal québécois, saisi malgré une clause attributive de compétence à un tribunal étranger, ne puisse entendre le litige relatif à la validité de cette clause. Pas plus qu'il ne lui serait interdit de juger si un litige tombe ou non en dehors du domaine de la clause. Les arbitres peuvent le faire, selon l'article 943 *C.p.c.* Pourquoi les juges ne pourraient-ils pas avoir le même pouvoir?

Il est vrai que l'article 940.1 *C.p.c.* impose au juge le renvoi à l'arbitrage « à moins qu'il ne constate la nullité de la convention », mais que l'article 3148 *C.c.Q.* énonce simplement que les autorités québécoises ne sont pas compétentes « lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges [...] à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises ». Doit-on tirer de cette différence de rédaction une volonté du législateur de retirer au juge le pouvoir de constater la nullité de la clause qui lui retire sa compétence? Suffit-il qu'elle existe pour entraîner le dessaisissement, puisqu'à la différence d'une clause d'arbitrage, elle donne compétence à un tribunal étatique?

Nous ne pensons pas que cette solution soit satisfaisante. Quant à la différence de rédaction, elle provient de l'origine différente des articles du *Code de*

⁵⁶ (9 avril 1998), Montréal 500-05-02819-964, 500-05-028020-962, 500-05-028021-960, 500-05-028022-968, 500-05-028024-964, 500-05-028054-961, J.E. 98-1014 (C.S.) (Azimut).

⁵⁷ (23 avril 1998), Montréal 500-05-028041-968, J.E. 98-1178 (C.S.).

procédure civile, inspirés de la *Convention de New York*⁵⁸ de 1958 et de la *loi-type de la CNUDCI*⁵⁹ de 1985, et de celle de l'article 3148 *C.c.Q.*, inspiré des *Conventions de La Haye*⁶⁰ de 1965 et de 1971⁶¹, mais la conception des différentes conventions est la même⁶². Quant à la solution, indépendamment de la qualité, étatique ou non, du tribunal auquel les parties donnent compétence exclusive, le fondement de ce renvoi est la volonté des parties dans les deux cas. Encore faut-il que l'accord de volonté ait été valide, sinon il ne s'agit pas d'écarter la compétence que le législateur québécois avait donné au juge en principe. Pourquoi déférer le contrôle de cette condition de compétence québécoise à un tribunal étranger - à supposer qu'il y procède ; s'il ne le fait pas, aucune autorité ne traitera de l'argument de l'abus de droit - selon la loi que sa règle de conflit jugera compétente ? D'ailleurs, l'article 3165(2)*C.c.Q.* semble aller en ce sens lorsqu'il s'agit d'une clause attribuant compétence à un tribunal étranger.

De plus, l'argument selon lequel, ce faisant, ce même juge se prononcerait au fond, est discutable. En effet, dans l'évaluation des critères relatifs au pouvoir du juge de décliner sa compétence en vertu de la théorie du *forum non conveniens* (article 3135 *C.c.Q.*), on voit figurer en bonne position la loi applicable au fond, afin de savoir si ce pouvoir sera exercé ou non. On n'a jamais prétendu que ceci serait interdit parce que ce serait déjà juger du fond. Il ne faut pas assimiler, d'un côté, procédure et fond, de l'autre, compétence juridictionnelle et conflit de lois. Au stade de l'évaluation de sa compétence, avant de juger au fond, le juge québécois a le pouvoir de tenir compte de la loi potentiellement applicable au fond dans le but de déterminer s'il est opportun d'exercer ou non sa compétence juridictionnelle. Il est vrai qu'à ce stade, le juge saisi d'une requête en exception déclinatoire doit tenir pour avérés les faits allégués par le demandeur, mais le défendeur peut contester ces faits⁶³. Il y a donc une évaluation des éléments propres à cette question à titre préliminaire ou préjudiciel. Cette analyse du *forum non conveniens* s'effectue en fonction du droit québécois, et ceci paraît normal puisqu'il s'agit de la procédure. S'il n'exerce pas sa compétence, ses réflexions au plan du conflit de lois ne seront que des motifs de réponse à la question de compétence juridictionnelle, sans aucune autorité de chose

⁵⁸ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, R.T. Can.1986 no. 43, (entrée en vigueur : 7 juillet 1959, accession du Canada : 12 mai 1986.

⁵⁹ « Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international » (1985) 14 CNUDCI *Annuaire* 409.

⁶⁰ *Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, 15 novembre 1965, R.T. Can. 1989 no. 2, (entrée en vigueur) 10 février 1969, accession du Canada : 26 septembre 1988).

⁶¹ Voir Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la justice : Le Code civil du Québec*, t. 2, Publications du Québec, 1993, à la p. 2009.

⁶² L'article 6 de la Convention de La Haye de 1965 dispose : « Tout autre tribunal que le tribunal ou les tribunaux élus doit se déclarer incompétent, sauf : 1. si le choix fait par les parties n'est pas exclusif; 2. si en vertu du droit interne de l'État du tribunal exclu les parties ne pouvaient, en raison de la matière, se soustraire contractuellement à la compétence des tribunaux de cet État; 3. si l'accord d'élection de for n'est pas valable au sens de l'article 4 [...] », et l'article 4 de la et même convention dispose : « Pour l'application de la présente Convention, l'accord d'élection de for est valablement formé s'il résulte de l'acceptation par une partie de la proposition écrite de l'autre partie désignant expressément le tribunal ou les tribunaux élus. L'existence de l'accord ne peut être déduite du seul défaut d'une partie dans une action intentée contre elle devant le for élu. L'accord d'élection de for n'est pas valable s'il a été obtenu par un abus de puissance économique ou autres moyens déloyaux ».

⁶³ *Spar*, *supra* note 33, au n° 31.

jugée quant au fond. Ceci nous paraît transposable en cas de contestation de la validité de la clause attributive de compétence à une autorité étrangère.

On peut estimer, au moins à la lueur des origines de l'article 3148⁶⁴ (spécialement les articles 4 et 6 de la *Convention de La Haye* de 1965 sur les accords d'élection de for) qu'il ne suffit pas qu'elle existe, simple question de fait, mais qu'en plus elle ne soit pas jugée abusive ou constitutive d'un abus de droit, c'est-à-dire que ces doctrines pourraient s'appliquer effectivement à la clause en cause. Or, tous les systèmes juridiques n'admettent pas l'abus de droit, ni les mêmes conditions. La difficile question qui se pose alors, dans cette conception, est de savoir si le juge québécois doit analyser la validité de la clause selon son propre droit, comme l'a fait la Cour dans l'affaire *HSBC Bank of Canada* (alors que le contrat était expressément soumis au droit ontarien-) ou s'il doit effectivement plonger dans le conflit de lois, comme le soutiennent les deux autres juges dans les autres espèces, pour le déterminer à l'aide des règles de conflit contractuelles.

Nous croyons que, devant les tribunaux québécois, la détermination par la « voie directe » s'impose car il s'agit à ce stade de déterminer le domaine ou les conditions d'application (l'existence ou la validité d'une clause de choix) d'une règle de compétence juridictionnelle québécoise : question procédurale, comme celle du *forum non conveniens*. Donc, il est inopportun de devoir consulter une loi étrangère et de faire dépendre notre règle de compétence de celle d'un droit étranger, au gré des circonstances.

S'il est exact que les questions de validité d'un acte ou d'une clause soulèvent normalement une question contractuelle, en cas de clause retirant la compétence juridictionnelle au tribunal québécois, on devrait qualifier la question de procédurale en raison de ses effets. Alternativement, l'article 3082 *C.c.Q.* pourrait intervenir dans ce contexte, en raison du fait que la loi québécoise procédurale a beaucoup plus de lien avec la question du dessaisissement qu'une loi étrangère, même si son caractère exceptionnel et son utilisation casuelle ne semblent pas favoriser cette proposition.

Toutefois, on doit rappeler que l'autre effet positif de la clause est de donner compétence à un tribunal étranger. Cette question devrait dépendre de la règle de conflit ou de la règle matérielle du tribunal auquel il est donné compétence, selon la qualification qui a cours devant ce tribunal.

De toute manière, quant au fond, le droit québécois s'appliquerait en vertu de l'article 3081 *C.c.Q.* (l'exception d'ordre public), parce qu'on devrait écarter au Québec toute loi contractuelle étrangère qui admettrait de consacrer un abus de droit (l'article 7 *C.c.Q.* se trouve situé au sein des principes fondamentaux du *Code civil*) ou même de donner effet à une clause abusive. Alternativement, si un jugement étranger acceptait de prendre compétence sur une clause attributive jugée abusive au Québec, sa décision ne devrait pas être reconnue au Québec en vertu de l'article 3155(3) ou 3155(5) *C.c.Q.*

⁶⁴ Voir *supra* note 61 et texte correspondant.

En tout cas, étant donné les possibilités de discussion touchant la question de la loi applicable à la validité de la clause attributive de compétence juridictionnelle, en raison de ses effets procéduraires, on peut comprendre que le législateur ait préféré ignorer cette condition, comme semblent le soutenir les tribunaux des deux décisions citées plus haut, ou ne pas se prononcer expressément pour laisser les tribunaux en décider.

Mais s'il faut examiner au fond cette question selon le droit applicable au contrat, et que la loi compétente annule la clause, alors le tribunal étranger devrait lui-même se dessaisir et l'on aboutirait à un déni de justice, à moins de revenir alors devant un tribunal qui, comme les tribunaux québécois, comprennent une disposition consacrant le for de nécessité (article 3136 *C.c.Q.*). On voit donc qu'il est plus opportun de laisser les juges québécois circonscrire cette question à titre préjudiciel. S'ils considèrent la clause invalide, ils vont se pencher sur le fond du litige (ils ne devraient plus revenir sur la question de la validité de la clause). En sens inverse, ils vont se dessaisir et n'y reviendront pas non plus.

Il nous semble donc que, pour appliquer ou écarter une clause attributive de compétence juridictionnelle, le juge québécois doit avoir le pouvoir de déterminer si elle est invalide parce qu'abusive, comme la Cour l'a fait sans remords de conscience dans l'affaire *HSBC Bank of Canada* et que cette évaluation doit s'effectuer, à ce stade, selon le droit québécois.

4. MESURES PROVISOIRES. ARTICLE 3138 C.C.Q.

Dans *D.D.H. Aviation c. Fox*⁶⁵, la Cour d'appel a utilisé l'article 3138 *C.c.Q.* de manière à rendre conditionnelle à la saisine d'un tribunal étranger dans les 30 jours une saisie avant jugement pratiquée au Québec, alors que le tribunal québécois n'était pas compétent quant à l'action principale. La Cour a justement repoussé l'argument selon lequel, pour que l'on admette une compétence québécoise afin d'ordonner des mesures provisoires, il était nécessaire qu'une procédure principale ait déjà été intentée en dehors du Québec et que cette mesure provienne de la cour étrangère. En effet, selon la cour, une telle exigence est incompatible avec la fonction même des mesures provisoires, puisque le temps requis pour intenter une telle action permettrait au défendeur à l'étranger de modifier la situation d'une manière telle que la mesure provisoire deviendrait inutile ou inefficace⁶⁶. Toutefois, afin de ne pas bloquer indéfiniment la situation, la Cour affirme qu'il faut quand même fixer un délai pour qu'une action soit intentée à l'étranger, à défaut de quoi la mesure provisoire doit devenir caduque. En l'espèce, elle a ainsi rendue la saisie avant jugement conditionnelle à la saisine du tribunal étranger dans les 30 jours.

⁶⁵ (4 juillet 2002), Montréal 500-09-011686-011, J.E. 2002-1293, (C.A.) (Azimut).

⁶⁶ *Ibid.* au n° 47.

5. FAILLITE ET ARBITRAGE

Dans *Peachtree Network Inc. (Proposition de)*⁶⁷, la Cour supérieure a considéré que les parties ne pouvaient soustraire un litige relatif à la revendication entre les mains d'un syndic d'un failli ou d'un séquestre de codes sources d'un logiciel au tribunal compétent en matière de faillite au profit d'un tribunal arbitral étranger. Cette décision se fonde notamment sur la nature d'ordre public des procédures en matière de faillite, sur les intérêts de la société en général, dépassant les parties à la convention d'arbitrage et sur le fait que l'une des personnes morales en cause n'était pas partie à la clause. Implicitement, on peut croire que la Cour estime aussi que les litiges mettant en cause l'arbitrage relatif à des revendications de biens dans le cadre de la faillite ne ressortissent pas du droit québécois: l'article 3148 *C.c.Q.* n'est pas cité par la Cour, qui se réfère exclusivement à la jurisprudence. Cette position pourrait devoir être réexaminée à la lueur de l'arrêt plus récent rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Éditions Chouette (1987) Inc. c. Desputeaux*⁶⁸, où la Haute cour a exprimé des vues très favorables à l'arbitrage commercial international, qui se rapprochent nettement des positions libérales américaines.

C. Actions familiales

1. DROITS D'ACCÈS. ARTICLE 3135 C.C.Q.

Dans *H.C. c. M.F.*⁶⁹, la Cour d'appel infirme une décision de la Cour supérieure qui avait accepté de déclinier sa compétence au profit des tribunaux de l'Indiana pour décider de la modification des droits d'accès à des enfants domiciliés au Québec et de la modification des pensions alimentaires dues pour leur besoins. La Cour fonde la compétence des tribunaux québécois pour modifier les droits d'accès décidés accessoirement à un divorce prononcé en Indiana⁷⁰, sur l'article 3142 *C.c.Q.*, en l'interprétant largement puisqu'il ne concerne expressément que la garde. De plus, la Cour décide qu'il n'y avait pas lieu de déclinier cette compétence malgré des procédures intentées en Indiana, car celles-ci ne concernaient que des aspects financiers du divorce et non les droits d'accès ou la garde. De plus, pour ces dernières matières, les enfants allaient devoir témoigner, et leur domicile au Québec justifiait donc d'exercer la compétence fondée sur l'article 3142 *C.c.Q.* afin d'assurer une bonne administration de la justice et de respecter leur meilleur intérêt.

Dans *M.T. c. J.M.*⁷¹, la Cour supérieure saisie d'une requête pour droits d'accès et de sortie à l'égard de petits-enfants, refuse de déclinier compétence selon

⁶⁷ [2002] R.J.Q. 1938 (C.S.).

⁶⁸ *Éditions Chouette (1987) Inc. c. Desputeaux* (21 mars 2003), C. S. Can. 28660, 2003 CSC 17; voir Goldstein et Groffier, *supra* note 19 au n° 420, pp. 681-683; Frédéric Bachand, « Arbitrabilité d'un différend touchant au droit d'auteur et conformité d'une sentence à l'ordre public », (2003) *Rev. arb.* 473.

⁶⁹ [2002] R.D.F. 15 (C.A.).

⁷⁰ Sur ces délicates questions de compétences accessoires, voir Goldstein et Groffier, *supra* note 19 aux pp. 131-134 (et voir références additionnelles à la note 266-22).

⁷¹ [2002] R.D.F. 726 (C.S.).

l'article 3135 C.c.Q. au profit des tribunaux de la Martinique parce que les faits ne le justifiaient pas.

2. PENSION ALIMENTAIRE. ARTICLE 3135 C.C.Q.

Au contraire, dans *E.J.H. c. F.K.*⁷², une affaire relative à la modification d'une pension alimentaire pour un enfant, la Cour supérieure accepte de décliner sa compétence, probablement fondée sur le domicile de l'enfant au Québec, au profit des tribunaux du Vermont en se fondant sur l'article 3135 C.c.Q., au motif que l'intérêt de l'enfant allait en ce sens. En effet, le débiteur résidait au Vermont et il allait falloir faire exécuter la décision québécoise dans cet État. Par contre, la Cour considère qu'elle doit conserver sa compétence pour statuer sur les modifications éventuelles à la garde ou aux droits d'accès à l'enfant. Cette dissociation, *a priori*, peu heureuse correspond quand même à une logique pratique. Nous allons dans son sens parce que les considérations financières relatives à la pension alimentaire sont assez différentes de celles, en principe non-patrimoniales, relatives à la garde. Nous pensons aussi que les règles de compétence juridictionnelles (article 3143 C.c.Q.) et de conflit de lois (article 3094 C.c.Q.) relatives à la pension alimentaire pour enfant demandée accessoirement à une autre action (séparation, etc.) devraient, en principe, être pleinement respectées⁷³.

III. Effets au Québec des décisions étrangères

A. Divorce. Article 3155 (4) C.c.Q.

Dans *L.P. c. F.B.*⁷⁴, la Cour a appliqué l'article 3155 (4) C.c.Q. de manière à refuser la reconnaissance d'un jugement de divorce marocain intenté après qu'une même procédure l'ait été au Québec. Vainement, le mari cherchait à faire admettre à la Cour qu'une procédure intentée auparavant au Maroc, tendant à faire revenir l'épouse au domicile conjugal, constituait une action faisant partie du divorce et était donc antérieure aux procédures québécoises. À juste titre, la Cour a considéré qu'une telle procédure n'avait pas le même objet que le divorce mais qu'au contraire, elle tendait plutôt à conserver le lien conjugal.

B. Ordre public. Dommages punitifs

Dans *DirectTV Inc. c. Scullion*⁷⁵, la Cour supérieure a donné effet à une décision californienne condamnant par défaut des Québécois à payer aux demandeurs une somme de 19 millions de dollars américains, mais la Cour a retenu que le montant des dommages avait été établi par la cour étrangère en tenant compte pour

⁷² [2002] R.D.F. 379 (C.S.).

⁷³ Voir Goldstein et Groffier, *supra* note 19 aux n° 272 et 301.

⁷⁴ (20 décembre 2002), Saint-Hyacinthe) 750-12-011034-027, J.E. 2003-280 (C.S.).

⁷⁵ [2002] R.J.Q. 2086 (C.S.).

cette évaluation de tous les éléments de preuve disponibles et qu'il ne s'agissait donc pas d'une condamnation à des dommages punitifs.

1. RESPONSABILITÉ CIVILE. ASSURANCE-AUTOMOBILE. RECOURS. ARTICLE 83.59.

Finalement, en matière de responsabilité civile et d'assurance automobile, la Cour d'appel dans *Roy c. Boucher*⁷⁶, a accepté de donner effet au Québec à une décision du Connecticut, appliquant la loi du lieu de l'accident, rendue alors que l'auteur d'un accident et la victime résidaient au Québec, en se fondant sur l'équivalent de l'actuel article 83.59 (l'ancien article 7) de la *Loi sur l'assurance automobile*⁷⁷, qui conserve les « recours en vertu de la loi du lieu de l'accident ». M. le Juge Baudouin a admis que si l'équivalent de l'actuel article 83.57 (l'ancien article 4) interdisait de poursuivre directement au Québec pour un accident survenu en dehors du Québec, néanmoins, il n'empêchait pas de *poursuivre à l'étranger* et de faire reconnaître ensuite au Québec une telle décision étrangère. À l'heure où des projets circulent afin de diminuer les immunités de poursuite en situation interne, cet arrêt rappelle que l'immunité de poursuite n'est déjà pas totale sous le régime de la *Loi sur l'assurance automobile*.

⁷⁶ (30 septembre 2002), Montréal 500-09-009731-001, J.E. 2002-1872 (C.A.). Voir aussi: *Boucher (Succession de) c. Roy*, (15 mai 2000), Montréal 500-05-054809-999, J.E. 2000-1205 (C.S.).

⁷⁷ L.R.Q., c. A-25.