

LA CONDITION INCERTAINE DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES ET DU SECRET BANCAIRE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

Gérald Goldstein*

Montréal

Une sérieuse controverse en droit international privé touche actuellement la possibilité d'appliquer une loi de police étrangère, de nature impérative, plutôt que la loi normalement désignée par une règle de conflit de lois. Les risques d'incertitude, d'arbitraire liés à cette pratique n'ont pas empêché le nouveau code civil québécois (article 3079 C.c.Q.), comme certaines conventions internationales, de donner exceptionnellement ce pouvoir discrétionnaire aux juges, pour favoriser la coopération internationale. Une récente décision québécoise (Arab Banking Corp. c. Wightman), rendue au sujet de lois étrangères relatives au secret bancaire, écartées en l'espèce, vient de donner lieu à la première interprétation de cette disposition. Comme l'expose l'auteur et tel que l'illustre cette affaire, ses exigeantes conditions font qu'il sera probablement rare d'appliquer une loi de police étrangère. Cette pratique serait toutefois souhaitable dans la fédération canadienne, étant donné le nouveau contexte de coordination interprovinciale favorisé par la Cour suprême du Canada.

There is currently a serious controversy in private international law surrounding the application of a foreign mandatory rule instead of that which would be designated by the conflict rule. Despite the risks of uncertainty and arbitrary decisions associated with such an approach, article 3079 C.C.Q., as some international convention do, gives judges such a discretionary power, albeit as an exceptional rule, to further international co-operation. A recent Québec judgment (Arab Banking Corp. v. Wightman) provides the first interpretation of this provision. In this case, the foreign mandatory rule, regarding confidentiality of banking operations, was held not to apply. It is the author's view, supported by this case, that the conditions for the application of a foreign mandatory rule are so onerous that it is unlikely that such rules will apply often. However, the application of foreign mandatory rules within the Canadian federation would be desirable, given the new context of interprovincial co-ordination facilitated by the Supreme Court of Canada.

* Gérald Goldstein, de la Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec. Le texte et les autorités sont à jour au mois de juin 1997.

<i>Introduction</i>	450
1. <i>L'argument du secret bancaire dans Arab Banking Corp. c. Wightman — la première décision interprétant l'article 3079 C.c.Q.</i>	453
2. <i>Détermination du droit applicable aux limites à l'administration de la preuve par le secret bancaire</i>	455
3. <i>Appréciation critique de l'application de l'article 3079 C.c.Q.</i>	458
3.1. <i>Existence d'une authentique loi de police à la lumière du droit étranger</i>	458
3.2. <i>Existence d'intérêts légitimes et manifestement prépondérants à l'application des lois de police étrangères</i>	459
3.3. <i>L'impact des buts et des conséquences de l'application des lois de police étrangères</i>	463
3.4. <i>Le rôle trouble et perturbateur de la courtoisie internationale</i>	464
3.5. <i>Existence d'un lien étroit entre les systèmes étrangers et la situation</i>	470
<i>Conclusion</i>	471

Introduction

Les questions les plus controversées du droit international privé relèvent des méthodes de résolution des conflits de lois. Le raisonnement généralement suivi consiste à sélectionner l'un des systèmes juridiques concernés par la situation d'espèce en utilisant une «règle de conflit», formulée de façon à localiser la catégorie de situations juridiques à laquelle appartient celle de l'espèce (exemples: les successions, article 3098 C.c.Q.; la forme des actes juridiques, art. 3109 C.c.Q., etc.) dans le système ayant objectivement les liens les plus étroits avec cette catégorie (principe dit «de proximité»¹). Néanmoins, en raison des résultats imprévisibles que cette méthode entraîne au plan de la solution matérielle donnée à l'espèce, on a proposé d'autres méthodes alternatives, de façon à s'assurer que la résolution du conflit de lois permette non seulement de désigner le système juridique ayant les liens les plus étroits avec le litige, mais aussi de produire une bonne solution matérielle.

Ainsi, lorsqu'il apparaît qu'aucune législation interne ne donnerait de résultat satisfaisant dans un type donné de situations internationales, on peut

¹ P. Lagarde, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé» (1986-I) 196 R.C.A.D.I. 9.

adopter des règles matérielles à but international², qui sont des règles spécialement formulées pour ce type de situations.

Dans de nombreux pays, on a aussi admis la méthode des lois dites «de police» ou «d'application nécessaire»³. En vertu des articles 3076 et 3079 C.c.Q.⁴, ces normes impératives exceptionnellement importantes pour l'État qui les édicte — la doctrine estime que l'on doit prouver l'existence d'un intérêt vital pour recourir à cette méthode — doivent s'appliquer aux situations que leur domaine impose «nécessairement», c'est-à-dire logiquement, en raison de leur but, indépendamment de la loi normalement désignée par la règle de conflit appropriée. Ces normes s'appliquent donc directement, sans passer par le processus de sélection d'une loi par une règle de conflit. Ainsi on s'assure du

² Sur les règles matérielles à but international, voir: M. Simon-Depitre, «Les règles matérielles dans le conflit de lois» (1974) 63 Rev. crit. d.i.p. 591-606; A.E. Von Overbeck, «Les règles de droit international privé matériel», dans *Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, Leyde, 1962 à la p. 362 et s.; H. Batiffol, «Le pluralisme des méthodes en droit international privé» (1973-II) 139 R.C.A.D.I. 75, 82; H. Bauer, «Les traités et les règles de droit international privé matériel» (1966) 55 Rev. crit. d.i.p. 537. En droit américain, voir: A.T. Von Mehren, «Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology» (1974) 88 Harv. L.Rev. 347-371; «Recent Trends in Choice of Law Methodology» (1975) 60 Cornell L.Rev. 927. En droit québécois, voir: J.A. Talpis, «Material Rules of Private International Law in Force in the Province of Quebec» (1973) 8 R.J.T. 223-236; É. Groffier, *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd., Montréal, Yvon Blais, 1990, n° 27; G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaires. Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Thémis, 1996, n° 277-302, 1061-1166.

³ La majorité de la doctrine s'entend pour considérer une disposition de droit interne comme une règle d'application nécessaire 1° si elle est impérative vis-à-vis des situations internes qu'elle envisage, et 2° si son but, relatif à un intérêt vital pour le législateur l'ayant édictée, est tel qu'il impose son application à l'espèce, indépendamment de l'élément d'extranéité qui la distingue, 3° ceci, malgré le fait que la règle de conflit normale du juge saisi donne compétence à un système étranger. Sur ces lois, voir notamment en droit québécois: Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaires.*, *supra* note 2, n° 201-276; J.A. Talpis, «Legal Rules Which Determine their Own Sphere of Application: A Proposal for their Recognition in Québec Private International Law» (1982-83) 17 R.J.T. 201. Voir aussi: G. Goldstein, «L'ordre public en droit international privé de la protection du consommateur: commentaire de G.M.A.C. c. Arnold» (1984) 30 R.D. McGill 143; Groffier, *Précis*, *supra* note 2 à la p. 32, n° 28; H.P. Glenn, «La guerre de l'amiante» (1991) 80 Rev. crit. d.i.p. 41; G. Goldstein, «L'interprétation du domaine d'application international du nouveau Code civil du Québec», dans *L'interprétation et l'application du domaine du nouveau Code civil*, Actes des 3^{èmes} Journées Maximilien-Caron, Thémis, 1992, 81, 86-87, 91-93, 125-126; H.P. Glenn, «Droit international privé», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t.3, Presses de l'Université Laval, 1993, 669, n° 8.

⁴ Article 3076: «Les règles du présent livre s'appliquent sous réserve des règles de droit en vigueur au Québec dont l'application s'impose en raison de leur but particulier.»

Article 3079: «Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit. Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application.»

bon résultat matériel que l'on vise à obtenir même dans des situations internationales. Cette méthode fonctionnelle peut bénéficier à certaines dispositions du système juridique du tribunal saisi. Mais de plus en plus, bien que ceci reste très controversé⁵, on admet son extension au bénéfice de dispositions étrangères.

Or, du point de vue du praticien et du juge, on peut se demander très sérieusement, et même avec une certaine inquiétude, comment savoir si une loi étrangère est bien une loi de police, selon quelles conceptions, et surtout comment prévoir toutes les lois éventuelles qui voudraient s'appliquer à la situation. À quoi va-t-il servir en effet de préciser expressément la loi applicable à un contrat, à un régime matrimonial, à une succession internationale si, lors d'une contestation, le juge ignore la volonté exprimée et désigne la loi d'un système juridique qui n'était même pas potentiellement compétent d'après la règle de conflit normalement applicable au domaine?

Malgré ces interrogations, le droit québécois, à l'instar de quelques conventions internationales⁶, dans un mouvement d'internationalisme et d'ouverture, a adopté l'article 3079 C.c.Q. qui permet au juge québécois de *tenir compte* des lois de police étrangères. Mais les conditions d'application assez nombreuses de cette disposition, faites pour en limiter le domaine de manière à bien indiquer son caractère exceptionnel, risquent fort de ne jamais être remplies. Formulées de manière assez large, elles nécessitent cependant des éclaircissements.

Or, dans une décision récente rendue dans l'affaire *Arab Banking Corp. c. Wightman*⁷, la Cour supérieure de Montréal vient très opportunément de nous livrer la toute première interprétation de l'article 3079 C.c.Q. L'importance pratique et méthodologique de ce jugement suscitera évidemment l'intérêt de tous ceux que les relations privées à caractère international concernent. La question posée, d'une brûlante actualité, était de savoir quel domaine d'application international donner aux lois impératives suisse et allemande en matière de secret bancaire, invoquées en tant que lois de police, dans une procédure intentée au Québec.

⁵ Voir notamment sur ce sujet: P. Mayer, «Les lois de police étrangères» (1981) 108 J.D.I. 277-345; Goldstein, *supra* note 2, n° 303-365, 1257-1263.

⁶ Par exemple, l'article 7 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dont l'article 3079 C.c.Q. est inspiré: *Convention sur la Loi applicable aux obligations contractuelles*, J.O. n° L-266 du 9.10.80, (1980) 60 Rev. crit. d.i.p. 875, (1981) 108 J.D.I. 218, [1980] Rev. trim. dr. europ. 394. Sur cette Convention, voir notamment le rapport de M. Giuliano et P. Lagarde, J.O. n° C-282 du 31.10.80; «Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations», dans *Contract Conflicts*, par P.M. North (éd.), North-Holland Publishing Co., 1982, Appendix B aux pp. 355-401; P.M. North, «The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations» [1980] J. Bus. L. 382; H. Gaudemet-Tallon, «Le nouveau droit international privé européen des contrats» [1981] Rev. trim. dr. europ. 215; P. Lagarde, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980» (1991) 80 Rev. crit. d.i.p. 287.

⁷ [1996] R.J.Q. 1715 (C.S.).

La condition en droit international privé de ce type de lois n'a fait l'objet que de très rares études⁸. En l'espèce, le conflit de lois opposait des lois de police étrangères et le droit canadien, *droit du tribunal saisi* normalement applicable en vertu de la règle de conflit québécoise, et la partie défenderesse était une compagnie québécoise de comptables, poursuivie par des banques étrangères pour des prétendues négligences dans la rédaction de certains états financiers.

Nous approuvons la solution retenue par la Cour: malgré les lois de police étrangères, le droit du tribunal saisi — le droit canadien pertinent en matière de limites au secret bancaire en cas de procédure d'obtention de preuve — est déclaré compétent au terme d'un raisonnement utilisant notamment la nouvelle règle de conflit de l'article 3130 C.c.Q. Au plan du droit international privé québécois, nous saluons le courage du juge d'avoir profondément engagé son raisonnement sur un terrain jurisprudentiel complètement vierge, d'autant plus qu'il ne semble pas avoir eu l'opportunité de bénéficier d'un défrichage doctrinal qui était pourtant disponible. Gageons qu'il a pris un certain plaisir à arpenter seul ce paradis du droit en goûtant pleinement les paroles que prononçait l'honorable Juge Mayrand avant l'adoption du nouveau Code⁹:

Ce jeûne hygiénique que nous entreprendrons bientôt aura l'avantage de reposer les juristes de l'inévitable monotonie du *stare decisis* et de les inciter à une réflexion et à un raisonnement plus personnels. Au lieu de peiner à interpréter des précédents qui interprètent la loi, on se donnera le plaisir d'une relation plus intime et plus directe avec le nouveau Code, sans avoir recours à des intermédiaires.

1. *L'argument du secret bancaire dans Arab Banking Corp. c. Wightman* — la première décision interprétant l'article 3079 C.c.Q.

Des banques allemandes et suisses poursuivent au Québec une compagnie québécoise de comptables en alléguant sa négligence dans la préparation d'états financiers. Lors de l'interrogatoire des témoins des demanderesses, celles-ci s'objectent en invoquant les lois suisse et allemande sur le secret bancaire, afin d'éviter que leurs témoins ne répondent à certaines questions. Les banques invoquent leurs obligations légales de confidentialité, découlant des lois étrangères du lieu de situation de leurs établissements respectifs, applicables selon elles soit en vertu de la règle de conflit de l'article 3130 C.c.Q. (les lois allemande et suisse régissaient probablement le fond des contrats liant la société comptable et elles), soit, plutôt, en tant que lois de police étrangères, dont il fallait tenir compte selon l'article 3079 C.c.Q. Elles invoquent aussi un autre

⁸ Voir L. Paikin, «Bank of Nova Scotia: The American Subpoena and the Multinational Enterprise» (1984) 9 C.B.L.J. 497; J.-G. Castel, «Compelling Disclosure by a Non Party Litigant in Violation of Foreign Bank Secrecy Laws: Recent Developments in Canada-United States Relations» (1985) 23 Ann. can. dr. int. 261-284.

⁹ A. Mayrand, «Le recours aux précédents comme moyen d'interprétation du nouveau Code civil», dans *Le nouveau Code civil. Interprétation et application*, Journées Maximilien-Caron 1992, Thémis, 1993, 252, 258.

argument, selon lequel les exigences de la courtoisie internationale font qu'on doit respecter les lois étrangères en question au Québec.

La défenderesse s'oppose à l'application de ces lois dans une procédure québécoise. Selon elle, les conditions de l'article 3079 C.c.Q. ne sont pas remplies. En conséquence, la loi désignée par la règle de conflit québécoise doit régir la question. S'agissant d'un problème relatif à l'obtention des preuves, l'article 3130 C.c.Q. mène à l'application du droit du tribunal saisi, législation canadienne pertinente admettant une obligation de divulgation soit en cas d'ordonnance d'un tribunal soit si la loi l'exige, donc plus favorable à son établissement que les lois étrangères, visant justement à empêcher la divulgation de certaines informations essentielles. De plus, la courtoisie internationale ne créant pas une obligation de respecter les lois étrangères, mais un simple pouvoir d'évaluation de leur applicabilité en fonction de l'opportunité et de l'équité, en l'espèce, il n'y a pas lieu de s'y conformer. Selon la défenderesse, les banques étrangères ne peuvent donc pas empêcher l'interrogatoire de leurs représentants au Québec.

La cour, donnant gain de cause à la défenderesse, décide de ne pas s'incliner devant les lois étrangères sur le secret bancaire et maintient l'application de son propre droit désigné par la règle de conflit relative à la preuve. Elle considère en effet que les demanderesses n'ont pas réussi à prouver que les lois étrangères remplissent toutes les conditions de l'article 3079 et que la courtoisie internationale n'oblige pas à les respecter parce que l'intérêt du public, nécessitant de pouvoir disposer du témoignage complet des parties, est plus important que cette considération.

Quant à son sens, l'espèce matérialise une opposition manifeste entre le contenu des lois impératives étrangères, se voulant compétentes en vertu d'une méthode de résolution exceptionnelle — celle des lois de police, consacrée aux articles 3076 et 3079 C.c.Q. —, et celui du droit canadien désigné par une règle de conflit à caractère substantiel¹⁰.

Le raisonnement théoriquement tenu est le suivant. En l'absence de loi de police québécoise applicable (3076 C.c.Q.), le juge se demande s'il n'existe pas de telle loi étrangère qui se voudrait compétente en vertu de l'article 3079 C.c.Q. Comme le juge décide que les conditions de cette dernière disposition ne sont pas réunies, notamment parce que la volonté du souverain étranger ne présente pas d'intérêt prépondérant, il recherche alors selon la méthode classique (celle

¹⁰ La «règle de conflit à caractère substantiel» est une véritable *règle de conflit* présélectionnant *plusieurs* systèmes potentiellement aptes à fournir une solution matérielle, qui comprend *elle-même un critère de choix* entre ces systèmes, fondé sur une solution favorisée (voir, par exemple, l'article 3091 al. 1 C.c.Q.). Sur cette notion, voir notamment: P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, Georg, 1985; B. Audit, «La caractéristique fonctionnelle de la règle de conflit» (1984-III) 186 R.C.A.D.I. aux pp. 223 et s.; A. Bücher, «Sur les règles de rattachement à caractère substantiel», dans *Liber Amicorum Adolf F. Schnizer*, Genève, Georg, 1979, 37, 43; Goldstein, «L'interprétation ...», *supra* note 3 aux pp. 100-102, 124.

utilisant la règle de conflit) quel est le système applicable en vertu de la règle de conflit pertinente.

Pour la choisir, il faut qualifier la question posée. Cette qualification ne faisait apparemment pas l'objet de différend entre les parties: il s'agissait d'administration de la preuve testimoniale et, plus précisément, des limites à l'interrogatoire des représentants des demandereses apportées par une obligation de secret bancaire.

Pourtant la question se trouve à la limite de plusieurs domaines, ce qui présente plusieurs difficultés dans la détermination du droit applicable.

2. Détermination du droit applicable aux limites à l'administration de la preuve par le secret bancaire

La question envisagée touche le droit bancaire et le droit de la preuve. En conséquence, elle pose le problème de la source, fédérale ou provinciale, du droit applicable non seulement au fond, à supposer que le droit du for (canadien ou québécois) soit compétent, mais aussi au plan du conflit de lois.

Quant aux limites délicates entre le droit provincial et le droit fédéral, la procédure engagée et l'argument de l'obligation au secret opposé à l'administration de la preuve testimoniale semblent avoir placé la question dans le droit bancaire, donc dans une matière de compétence fédérale¹¹. En effet, les questions de preuve touchant les banques et le secret bancaire sont en principe aussi régies — au moins en droit interne canadien — par le droit fédéral¹². Toutefois, l'article 40 de la *Loi sur la preuve au Canada* laisse une compétence subsidiaire ou supplétive au droit provincial du tribunal saisi¹³. Malgré tout, selon les faits décrits dans l'arrêt, il n'est pas possible de déterminer avec certitude si en l'espèce la question et la procédure relevaient vraiment du droit fédéral ou du droit provincial¹⁴. Nous supposons que ces circonstances mettaient réellement en jeu le secret bancaire et le droit fédéral, sous réserve d'une compétence provinciale supplétive, en laissant aux spécialistes du droit constitutionnel le soin de critiquer cet aspect de la décision.

La question revêt une importance particulière dans cette situation au plan du droit international privé. En effet, à supposer que l'on se trouve totalement en matière fédérale, il est logique de s'attendre à un raisonnement fondé sur le

¹¹ L'article 2 de la *Loi sur la preuve au Canada* (L.R.C. 1985, c. C-5) dispose en effet que la loi s'applique «à toutes les procédures pénales et civiles ainsi qu'à toutes les matières de compétence fédérale».

¹² Voir en ce sens: L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Wilson et Lafleur, Montréal, 1996, n^o 5 et 52.

¹³ L. Ducharme, *ibid.* notes 53 et 54.

¹⁴ Les faits tels que décrits dans l'arrêt ne permettent pas d'affirmer que la procédure en question relevait de la compétence provinciale, comme ce fut le cas dans l'affaire *De Herlinda Ganem de Issa c. Elia Ganem*, J.E. 80-1023 (C.A.).

droit international privé *fédéral* touchant l'effet du secret bancaire au plan de l'administration de la preuve testimoniale ... et non sur le droit international privé *québécois*. Or la décision rendue dans l'affaire *Arab Banking* se fonde sur trois éléments distincts: les articles 3130, 3079 C.c.Q. et la courtoisie internationale, interprétée par quelques arrêts rendus dans des affaires provenant des provinces canadiennes de common law.

On doit donc supposer, puisque la décision ne le spécifie pas, que l'appel aux règles du droit international privé québécois découle implicitement d'une absence de règle précise en droit international privé fédéral en matière de secret bancaire. Néanmoins, le juge examine aussi l'argument de la courtoisie internationale, notion large servant de justification, en droit international privé et public, à des décisions de common law auxquelles la cour fait expressément référence. Nous reviendrons plus bas sur ce point en examinant le rôle de cette notion de courtoisie internationale dans la résolution du conflit de lois en matière de secret bancaire (point 3.4.).

Quant à la qualification précise de la question posée, personne ne contestait ici l'*existence* de ces droits ou obligations relatives à ces banques, ni que les lois étrangères les régissaient de ce point de vue. Jamais la question de l'applicabilité des lois *canadiennes* sur le secret bancaire ne fut posée au plan de l'existence de ce secret¹⁵. La seule question pertinente pour la cour québécoise au plan du conflit de lois était de savoir s'il fallait tenir compte de ces lois étrangères de manière à empêcher les interrogatoires au Québec.

Dans ce jugement, l'*existence* des obligations légales ou des droits découlant du secret bancaire (ses modalités, ses conditions, son étendue, les personnes qui y sont assujetties, ses bénéficiaires, etc.) dépend donc implicitement de la loi instituant ce secret. Mais la cour semble qualifier de façon autonome la question de l'*effet* de ces lois relatives au secret bancaire *sur l'obtention des preuves* au Québec comme une question relevant de la loi s'appliquant à la preuve. La raison en est que le juge applique la règle de conflit québécoise relative à cette matière (article 3130 C.c.Q.). Ceci ne veut pas dire que l'on doive faire régir *tous* les effets du secret bancaire par cette loi, loin de là. Par exemple, l'obligation pour les banques de ne pas dévoiler à des tiers — en dehors d'une procédure judiciaire d'obtention de preuve — des données sur les comptes de ses clients doit logiquement dépendre de la loi instituant le secret professionnel.

La décision écarte donc l'une des qualifications retenues en common law: dans l'affaire *Spencer*, la Cour d'appel ontarienne avait considéré que la question de savoir si quelqu'un doit ou non témoigner est simplement une

¹⁵ *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, art. 238(1), 235(5), 244d), 531, 533. Sur ce sujet, voir: D. Racine, «L'État et le secret bancaire au Canada» (1992) 33 C. de D. 1235; E. Fortin, L. Langevin et N. L'Heureux, «Nouvelles législatives concernant le secret bancaire: renforcement et dérogations» (1995) 10 B.F.L.R. 1; N. L'Heureux, *Droit bancaire*, 2^e éd., Éditions Yvon Blais, 1995. Voir au plan de la preuve: *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, art. 29 (5).

question de procédure¹⁶, soumise en conséquence au droit du tribunal saisi, et la Cour suprême du Canada semble avoir admis ce raisonnement sans le discuter¹⁷. Au sens large, on ne peut nier que la plupart des règles de preuve participent de la procédure, puisqu'on peut définir le droit de la preuve comme «l'ensemble des règles qui régissent la démonstration de l'exactitude d'un fait devant un tribunal»¹⁸. Toutefois, en droit international privé, dans la mesure où l'on dispose de règles de conflit différentes pour la preuve et la procédure, on peut qualifier la question plus précisément comme l'a fait, selon nous à juste titre, le juge dans *Arab Banking*.

On pourrait aussi se demander si certains aspects de la question ne relèvent pas du «statut personnel» des personnes morales. En effet, les limites à l'interrogatoire des représentants des banques consistent en une stipulation d'origine légale, «statutaire», de secret professionnel, c'est-à-dire de ne pas divulguer certaines informations détenues par elles. En l'espèce, on ne sait, au juste, si ces informations cruciales pour l'obtention des preuves concernaient directement les banques — auquel cas on pouvait parler de *droit au secret* — ou les comptes de leurs clients (question d'*obligation* de secret). Dans le premier cas, on pouvait peut-être invoquer une qualification «statut personnel»¹⁹, dans le second, une qualification «statut des obligations» de certains aspects du problème, notamment celui de la loi applicable à l'*existence* de l'obligation ou du droit au secret.

Dans tous les cas, au plan de la preuve, l'article 3130 C.c.Q. dispose:

La preuve est régie par la loi qui s'applique au fond du litige, sous réserve des règles du tribunal saisi qui sont plus favorables à son établissement.

En application de cette règle de conflit, il aurait été possible de désigner les lois suisse et allemande si elles étaient celles régissant le fond des contrats entre la compagnie québécoise et les banques étrangères (le jugement ne le précise pas vraiment). Mais la loi canadienne les évinçait de toute façon — écartant le secret bancaire au cas où une loi ou un tribunal ordonne la divulgation de renseignements, ce qui était le cas —, puisqu'elle est certainement plus favorable que les lois allemande et suisse, dont la conception extensive des effets du secret bancaire (telle qu'elle ressort apparemment du jugement) ne permettait pas de divulguer des informations propres à permettre à la procédure de se poursuivre au Québec.

Il était donc difficile de concevoir en soi un conflit de lois de plus grande intensité. En effet, il opposait la loi canadienne (celle du tribunal saisi), qui

¹⁶ *Spencer v. The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344.

¹⁷ *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 R.C.S. 278, 280. Voir Castel, *supra* note 8 à la p. 263.

¹⁸ Ducharme, *supra* note 12, n° 4.

¹⁹ Cette qualification est possible si la banque est obligée d'adopter ou adopte volontairement un code de déontologie dans ses *statuts constitutifs*, l'engageant à respecter la confidentialité des informations qu'elle détient.

atteignait le résultat recherché par la règle de conflit québécoise (la meilleure preuve possible), et des lois étrangères qui interdisaient précisément ce résultat.

De plus, en l'espèce, les demandereses venaient elles-mêmes volontairement au Québec y demander justice tout en voulant imposer une loi étrangère au cours de la procédure d'obtention des preuves. Il était assez présomptueux d'imaginer que le juge québécois allait accepter cette prétention. Les circonstances ne s'y prêtaient pas plus: ni le type de lois²⁰, dans un contexte international où l'opinion publique pointe déjà d'un doigt réprobateur la politique du secret bancaire suisse, ni leurs bénéficiaires (les banques étrangères ne sont pas précisément le type de partie faible que l'on aspire spontanément à protéger), d'autant plus que la «victime» potentielle des limites que l'on cherchait à imposer à l'administration de la preuve était une société québécoise.

Le juge analyse donc une à une les exigences naissant selon lui des conditions énoncées par l'article 3079 C.c.Q. Son interprétation nous fournit l'occasion d'essayer de baliser ce raisonnement exceptionnel et d'examiner ces conditions d'un œil critique. Nous nous concentrerons donc maintenant sur cet aspect, le plus important de la décision quant à sa portée.

3. *Appréciation critique de l'application de l'article 3079 C.c.Q.*

L'article 3079 C.c.Q. dispose:

Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit.

Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application.

Pour savoir si l'on peut donner effet à une loi étrangère selon cet article, il faut donc se demander 1^o) si la loi étrangère est bien impérative selon le droit étranger et s'il s'agit d'une loi de police, 2^o) s'il existe des intérêts légitimes et manifestement prépondérants à l'application de cette loi, 3^o) si la situation présente un lien étroit avec le système d'origine de la loi de police. On doit apprécier ces trois conditions de *façon fonctionnelle*, en tenant compte «du but de la disposition ainsi que des conséquences qui découleraient de son application».

3.1. *Existence d'une authentique loi de police à la lumière du droit étranger*

La preuve du caractère impératif des dispositions en question, en droit interne étranger, ne semble pas avoir été facile à apporter, puisque le juge ne

²⁰ Rappelons l'adage courant: «Ceux qui cherchent de la discrétion ont nécessairement quelque chose à cacher» (cité par Racine, *ibid.* à la p. 1274).

disposait apparemment pas de précision quant aux sanctions de leurs violations et quant à leurs éventuelles exceptions²¹.

Au plan pratique, rappelons que les arguments essentiels soulevés à l'encontre du principe de l'article 3079 C.c.Q. sont précisément: 1^o qu'il serait trop complexe de déterminer si une loi étrangère est bien une loi de police à l'étranger, 2^o que l'on ne saurait pas selon quel système déterminer cette nature (celui du tribunal saisi ou celui de l'État d'origine de la norme?), ni 3^o, dans quel système juridique les chercher — faut-il examiner les lois de *tous* les États? — puisque la règle de conflit n'est pas utilisée à ce stade du raisonnement, ce qui ne permet donc pas d'en désigner un, et qu'il ne faut se fier qu'à la volonté de compétence d'une loi.

Cette décision montre qu'il n'est pas impossible d'appliquer l'article 3079, si la partie qui veut en bénéficier peut faire toute la preuve nécessaire. Sinon, comme en l'espèce, on ne l'applique pas: la méthode classique reprend alors son cours, sans déni de justice. Mais la preuve du caractère impératif des dispositions litigieuses en droit interne à l'étranger semble avoir entraîné une difficulté réelle pour les demanderesses²². Toutefois le juge prend cette condition pour acquise²³. Ceci est assez surprenant, si l'on considère qu'il s'agit d'une exigence *sine qua non*. Mais cette approximation ne change pas le résultat: de toute façon, le juge avait d'autres motifs pour estimer que toutes les conditions de l'article 3079 n'étaient pas remplies.

3.2. Existence d'intérêts légitimes et manifestement prépondérants à l'application des lois de police étrangères

La première question — existe-t-il un intérêt *légitime* étranger? — se double d'une seconde: est-il *manifestement prépondérant*?

L'*intérêt* public étranger au secret bancaire *existe* assez nettement. La protection du secret bancaire est même l'un des piliers reconnus de la politique bancaire suisse, qui bénéficie à certains de ses nationaux et à des étrangers, à son économie, bien que souvent au détriment d'autres pays. Ceci est indiscutable. Mais cet intérêt est-il *légitime* et *manifestement prépondérant*?

L'appréciation de la légitimité de l'intérêt étatique étranger, tout comme la question de savoir si cet intérêt légitime doit recevoir prépondérance sur celui qu'il y a à appliquer la loi normalement désignée par la règle de conflit passent opportunément par une évaluation, selon les conceptions québécoises, du *but* de

²¹ [1996] R.J.Q. 1715, 1718.

²² Nous supposons que cette difficulté ne venait pas des *coûts* de preuve, étant donné la qualité des demanderesses ...

²³ *Arab Banking Corp. c. Wightman*, [1996] R.J.Q. 1715, 1718: «Nonetheless, I am prepared for present purposes to assume that as regards each Germany and Switzerland, the provisions are mandatory» M. le juge I.J. Halperin.

la législation étrangère, et des *conséquences* qui découleraient de son application, comme l'article 3079 le précise.

Il s'agit en définitive de régler un conflit d'intérêts gouvernementaux, entre celui de l'État dont la loi impérative prétend «forcer la compétence» de son ordre juridique d'origine et celui de l'État dont la loi est désignée par la règle de conflit normale. On ne peut que difficilement camoufler l'aspect politique du débat. Comment rester objectif?

Dans cette optique, la méthode américaine dite du *comparative impairment*, développée par le professeur Baxter²⁴ et notamment utilisée en Californie et en Louisiane²⁵, peut fournir un instrument utile²⁶. Il s'agit d'une version plus moderne et assouplie de l'analyse des intérêts gouvernementaux, elle-même développées par feu le professeur Currie²⁷, qui consiste à déterminer la loi applicable en évaluant quel intérêt étatique doit en l'espèce être respecté de façon à accomplir la politique de l'État dont la loi émane. À la différence de la méthode de Currie, qui ne permet pas de résoudre les conflits entre les lois de deux États *étrangers* intéressés, celle du professeur Baxter permet de classer les intérêts de deux États étrangers. Elle part en effet du principe que tous les intérêts étatiques ne s'expriment pas avec la même intensité, spécialement lorsque la situation est internationale, puisqu'à l'intérieur de chaque système, on parvient déjà à classer les politiques par ordre de priorité. L'intensité des intérêts dépend notamment de la configuration des contacts que la situation présente avec chaque État. Mais il ne s'agit pas de compter les contacts pour désigner le système juridique qui en présente le plus grand nombre. On doit les évaluer *de façon fonctionnelle*, selon les buts visés par chaque législation.

À partir de ces idées un peu floues, la méthode du professeur Baxter se résume en l'équation suivante: il *ne faut pas* appliquer la loi de l'État dont la politique sera la moins affectée par cette absence d'application en l'espèce. Nous avons donc proposé de traduire son analyse par «principe du moindre impact» ou du «moindre sacrifice»²⁸.

²⁴ W.F. Baxter, «Choice of Law and the Federal System» (1963) 16 Stanf. L.Rev. 1. Voir aussi: H.W. Horowitz, «The Law of Choice of Law in California — A Restatement» (1974) 21 U.C.L.A. L.Rev. 719 aux pp. 748 et s.

²⁵ Sur ce sujet, voir Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaires*, *supra* note 2, n° 577-649.

²⁶ Cette méthode a aussi ses détracteurs, notamment parmi les auteurs favorisant une théorie qui suit de près les préceptes de Currie: voir H.H. Kay, «The Use of Comparative Impairment to Resolve True Conflicts: An Evaluation of the California Experience» (1980) 68 Cal. L. Rev. 577; L. Kanowitz, «Comparative Impairment and Better Law: Grand Illusion in the Conflict of Laws» (1978) 30 Hastings L.J. 255.

²⁷ Sur sa méthode, l'ouvrage classique est B. Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke Univ. Press, 1963. Pour des références plus complètes et pour un exposé de cette méthode, voir, entre autres, Goldstein, *ibid.* n° 503 et s.

²⁸ Goldstein, *De l'exception d'ordre public ...*, *supra* note 2, n° 583.

La jurisprudence californienne qui l'a adoptée²⁹ l'a cependant aussi modifiée en précisant certains tests permettant de déterminer quelle loi «sacrifier». Il s'agit 1° de la *pertinence fonctionnelle des moyens* utilisés, parmi d'autres possibles, par rapport au but recherché, 2° du statut actuel («*current status*») de la politique poursuivie par chaque législation et, 3° de l'analyse de leur caractère «archaïque» ou «progressif».

Les juges comparent en effet l'«affaiblissement» que pourrait subir chaque politique en examinant l'*adéquation fonctionnelle* entre les politiques et les *moyens* adoptés. Il s'agit d'un jugement de valeur sur les *moyens* mis en oeuvre, donc sur les lois adoptées, puisque, pour les classer, on envisagera différentes alternatives moins gênantes sur le plan international. Quant au «*current status*» des lois en conflit, on doit savoir dans quelle mesure on poursuit réellement la politique invoquée dans le pays d'origine, notamment par l'adoption de mesures actuelles de mises en œuvre et en examinant la jurisprudence étrangère. Il s'agit ensuite de comparer leur contenu, non seulement par rapport aux autres lois du même État, mais aussi par rapport à la tendance générale (aux États-Unis, dans cette analyse) pour juger de leur caractère «archaïque» ou «progressif».

Si la comparaison avec les autres lois du même État permet effectivement d'avoir une bonne idée de l'«intensité» de l'intérêt de cet État dans l'application de sa politique, celle qui traite du caractère progressif ou non de la loi par rapport à la tendance générale aux États-Unis revient à appliquer la *better law*, la loi que le juge considère «la meilleure», avec tout l'arbitraire que ceci peut impliquer. Naturellement, par manque de connaissances, son propre droit semble le meilleur et, s'il s'agit d'un conflit entre deux lois étrangères, celle qui s'en rapproche le plus. Pourtant la méthode californienne mène moins souvent à la désignation du droit du tribunal saisi que celle de Currie.

Cette méthode représentant une généralisation de celle des lois de police, on peut s'en inspirer pour répondre aux problèmes soulevés par la seconde. Quel serait le résultat de cette analyse à l'espèce? Il est probable qu'un juge californien aurait rendu la même décision que la cour québécoise.

La mise en rigueur de l'article 3130 C.c.Q. en 1994 satisfait l'une des branches du test du «statut actuel»: le Québec est activement impliqué dans

²⁹ Voir notamment: *Bernhard v. Harrah's Club*, 46 P. 2d 719; 16 Cal. (3d) 313; 128 Cal. Repr. 215 (S.C., California, 1976); *Offshore Rental Co. v. Continental Oil Co.*, 583 P. 2d 721, 148 Cal. Rptr. 867 (A.C. California, 1978); *Duarte v. McKenzie Construction Co.*, 152 Cal. Rptr. 373; 689 Cal. App. 3d 130 (A.C. 1st Dist., California, 1979); *Cable v. Sahara Tahoe Corp.*, 93 Cal. App. 3d 384, 155 Cal. Rptr. 770 (A.C. 2d Dist., California, 1979); *Strassberg v. New England Mutual Life Ins. Co.*, 575 F. Rep. 2d 1262 (U.S. A.C. 1978); *Hill v. Hill*, 238 Cal. Rptr. 745 (A.C. California, 1987); *Nicolet Inc. v. Superior Court*, 224 Cal. Rptr. 408 (A.C. California 1986).

l'obtention de la meilleure solution possible devant ses cours. Mais, de même, il serait aisé de prouver que la Suisse (l'Allemagne aussi, sans doute) poursuit une politique active de protection du secret bancaire. Quant au caractère archaïque ou progressif des lois en présence, il est facile d'affirmer que les politiques suisse et allemande sont minoritaires, dans leurs mesures extrêmes qui les matérialisent, et qu'au contraire, la politique d'adoption de la meilleure preuve au cours d'un procès est sans doute majoritairement suivie, au moins dans les pays de culture commune.

La comparaison de l'adéquation *fonctionnelle* entre les politiques et les *moyens* adoptés par la Suisse et l'Allemagne pourrait peut-être pointer vers des alternatives moins gênantes pour le Québec que l'interdiction d'interroger les témoins ou les représentants de la demanderesse au Québec, bien que nous devions honnêtement avouer que des mesures de cette nature ne nous semblent pas évidentes. La comparaison avec le secret bancaire, tel qu'on le conçoit au Canada et dans d'autres pays «libéraux», permet sans doute de prouver qu'on peut bien protéger les relations professionnelles entre la banque et ses clients sans aller aussi loin que la loi suisse. Mais le secret bancaire suisse paraît être d'une autre ampleur.

En tout cas, paradoxalement, notre ignorance en la matière est précieuse. Elle nous permet de mesurer à quel point il n'est pas facile pour le juge de savoir quel est le but précis recherché dans une telle loi — protéger les avoirs de ceux cherchant à échapper aux lois auxquelles les autres citoyens doivent se plier? Assurer un apport continu de capitaux? Protéger la propriété et l'intimité? — et quels sont les moyens les moins gênants pour obtenir ce résultat de façon efficace. Mais si un expert en économie et en finance internationales parvient à démontrer au juge qu'il n'y a pas d'autre moyen d'atteindre le but recherché, que faire si, intuitivement, il sent qu'il ne devrait pas appliquer ce type de lois étrangères, que la justice s'y oppose? En définitive, c'est bien la politique sous-jacente elle-même que l'on semble juger. Alors les autres conditions de cette analyse (notamment l'évaluation du caractère «archaïque ou non de la loi») permettent d'aboutir à une décision *sans invoquer l'ordre public*.

Toutefois, il faut bien comprendre que ce type d'analyse touche *les deux lois* en conflit. C'est donc de l'analyse comparative des coûts et des avantages des politiques des deux États dont les lois s'opposent que résultera la décision.

Un juge californien en aurait probablement déduit que la politique du tribunal saisi, tendant à l'obtention de la meilleure preuve dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice devant ses cours, serait beaucoup plus affectée par l'application de la loi étrangère, ou par l'absence d'application de ses principes fondamentaux de justice, que ne le serait la politique suisse ou allemande de protection des relations entre ses banques et ses clients.

À notre avis, cette incursion en droit international privé comparé et cette analyse du principe du moindre impact permettent de donner une bonne indication de la manière dont on peut interpréter l'article 3079 C.c.Q. de façon à respecter ses conditions de légitimité de l'intérêt étranger, de sa prépondérance — qui implique une comparaison avec un autre intérêt, celui de la loi normalement désignée — en regard de leur but et des conséquences de leur absence d'application. Malgré tout, même si les critères de la méthode californienne permettent de baliser un peu plus le raisonnement, de façon à limiter l'arbitraire, il est évident que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge reste considérable. L'article 3079 admet expressément le principe d'un tel pouvoir, puisque le juge «peut tenir compte» des lois étrangères de police.

En l'espèce, le juge reprend essentiellement sous cette condition ce qu'il écrit sous l'appréciation des *conséquences* de l'application ou non des lois étrangères³⁰: nous allons donc en traiter maintenant.

3.3. *L'impact des buts et des conséquences de l'application des lois de police étrangères*

Si l'on se tourne vers la manière dont le juge examine le *but* des législations étrangères, selon l'article 3079 C.c.Q., on constate que tout son effort consiste à analyser de façon comparative le *régime juridique* du secret bancaire au Canada, dans la législation sur les banques et selon la doctrine québécoise et anglaise. Il en déduit qu'au Canada, à la différence de certains pays étrangers, les banques peuvent être obligées de divulguer des informations dont elles disposent sur leurs clients, notamment quand des lois ou des tribunaux l'imposent ou quand il y va de la protection de ses intérêts³¹. Il ne s'agit donc pas d'une analyse du but de la législation étrangère, comme on serait en droit de l'attendre, selon l'article 3079 C.c.Q., mais d'une comparaison de l'importance qu'on accorde au secret bancaire dans chaque système en présence.

On peut évidemment assimiler ceci à une tentative d'évaluer comparativement le *current status* des lois étrangères et de celle applicable selon la règle de conflit normale, ainsi que leur caractère archaïque ou progressif. En effet, le juge classe dans la même catégorie «libérale» le Canada, l'Angleterre et les États-Unis, qu'il oppose aux règles «*vastly more rigid*» qu'on trouve dans certains États européens «*and in certain tax havens in the Caribbean*». Il s'agit clairement d'un jugement de valeur comparatif sur la loi étrangère — qu'il apprécie négativement de manière à peine voilée — et sur la sienne.

³⁰ *Arab Banking Corp.*, *supra* note 7 aux pp. 1719-1722.

³¹ *Ibid.* aux pp. 1718-1719.

Quant aux *conséquences* de l'application ou non des lois étrangères, le juge les prend en compte directement en tant que telles, mais il relève aussi que cette évaluation doit être envisagée sous l'aspect de la «*comity*», c'est-à-dire de la courtoisie internationale.

Quant au premier point, le juge admet à juste titre que, si l'on oblige la banque à dévoiler à l'étranger des informations, l'efficacité économique du secret bancaire s'en trouvera fortement réduite au détriment des intérêts de la banque et de ses clients. Mais la cour relève que d'autres intérêts, de nature publique, sont en jeu, notamment ceux de la justice.

Le juge examine la jurisprudence canadienne sur le sujet et accepte la distinction faite par d'autres décisions entre le fait de demander à des personnes de violer une loi étrangère à l'étranger — ce qui serait inopportun — et celui de ne pas respecter une telle loi étrangère dans une procédure au Canada. Se référant à l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Spencer*³², affirmant qu'il n'existait pas d'intérêt public prépondérant à permettre que la loi étrangère altère les lois canadiennes en une matière aussi fondamentale que l'administration de la justice au Canada, le juge de l'affaire *Arab Banking* s'en inspire et en déduit que les conséquences de l'application des dispositions des lois étrangères en matière de secret bancaire sont contraires aux principes fondamentaux du Québec: l'égalité des parties devant la loi, le droit d'assurer une défense adéquate, etc.³³.

Cette analyse en terme de «balance des intérêts», s'achevant par la prépondérance des intérêts de la justice locale sur ceux d'une classe privilégiée de personnes étrangères venant demander justice au Québec, est conforme à l'esprit et à la lettre de l'article 3079.

Toutefois, le cheminement du raisonnement est difficile à suivre, car il semble que la cour lie déjà cette évaluation des intérêts en cause à la courtoisie internationale, qui fait pourtant l'objet de développements ultérieurs dans la décision.

3.4. *Le rôle trouble et perturbateur de la courtoisie internationale*

Dans *Arab Banking*, le dernier argument de droit international tourne autour de la notion de courtoisie internationale. Sans remettre en cause la similarité des décisions canadiennes citées par les procureurs sur ce sujet avec l'espèce, on pourrait se demander si la présentation d'un argument à partir de cette notion ne découlerait pas en partie des inquiétudes des praticiens en manque de précédents, face à l'article 3079 C.c.Q. Mais on y décèle aussi la trace de l'idéologie nouvelle inspirant la Cour suprême du Canada, notamment

³² *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 R.C.S. 278 à la p. 1720 de *Arab Banking*.

³³ *Ibid.* à la p. 1720.

dans l'arrêt *Morguard*³⁴ et la jurisprudence qui l'a suivi³⁵. Le juge cite donc plusieurs décisions canadiennes de common law, dont l'arrêt *Spencer*³⁶, rendu par la Cour suprême du Canada. L'argument des demanderesse, d'après ce que l'on peut déduire du texte de notre jugement, se présentait ainsi: la Cour suprême du Canada a admis que la courtoisie internationale imposait de ne pas écarter à la légère la loi étrangère (celle des Bahamas, dans l'affaire *Spencer*, qui imposait aussi le secret bancaire dans le but de favoriser son économie), en obligeant des personnes à témoigner en violation de cette législation³⁷. Toutefois, dans *Arab Banking*, la cour cite le passage suivant de l'arrêt *Spencer*, qu'elle approuve et qu'elle suit³⁸:

«'Comity' in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws»: *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895) at 163-164.

Appliquant les principes de cette décision de la Cour suprême, la cour, dans *Arab Banking*, affirme³⁹:

Considering that comity is not a matter of absolute obligation, all the while mindful of international duty, I would conclude that the rules of international comity must give way to the greater public interest of requiring the unrestricted testimony of the witnesses in question.

Que faut-il penser de cet argument et de la manière dont la cour y répond?

³⁴ *De Savoye v. Morguard Investments Ltd.*, [1990] 3 R.C.S. 1077. Sur cet arrêt, voir notamment: V. Black et J. Swan, «New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*» (1991) 12 Adv. Q. 489; J. Blom, Case Comment [*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*] (1991) 70 R. du B. can. 733; J.-G. Castel, «Recognition and Enforcement of a Sister-Province Default Money Judgment: Jurisdiction Based on Real and Substantial Connection» (1991) 7 B.F.L.R. 111; H.P. Glenn, «Foreign Judgments, the Common Law and the Constitution: *Morguard Investments v. De Savoye*» (1992) 37 R.D. McGill 537; V. Black, «The Other Side of *Morguard*: New Limits on Judicial Jurisdiction» (1993) 22 Can. Bus. L.J. 4-28; E. Edinger, «*Morguard v. De Savoye*: Subsequent Developments» (1993) 22 Can. Bus. L.J. 29; Wood, «Recognition and Enforcement of Judgments Between Provinces: The Constitutional Dimensions of *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*» (1993) 22 Can. Bus. L.J. 104; G. Goldstein et J. Talpis, «Les Perspectives en droit civil québécois de la réforme des règles relatives à l'effet des décisions étrangères au Canada» (1996) 75 R. du B. can. 115 aux pp. 116-122.

³⁵ Notamment: *Hunt c. T & N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289. Sur ce sujet, voir Goldstein et Talpis, *ibid.*

³⁶ [1985] 2 R.C.S. 278, cité à la p. 1723 de *Arab Banking*.

³⁷ *Ibid.* aux pp. 282-83: «In this context, international comity dictates that Canadian courts should not lightly disregard the Bahamian provisions by requiring the appellant in this case to testify».

³⁸ *Arab Banking Corp.*, *supra* note 7 à la p. 1723.

³⁹ *Ibid.*

La solution à laquelle elle parvient est certes une bonne application des principes de l'arrêt *Spencer*. Elle donne en fait un coup de chapeau à une notion dont l'inconsistance juridique transparaît assez clairement dans *Spencer* comme dans *Arab Banking*, puisqu'elle n'a en fait aucune influence tangible sur le résultat. De même, le juge cite un extrait d'une autre décision canadienne où l'on avait très justement affirmé⁴⁰:

It is also fundamental that comity will not be exercised in violation of the public policy of the state to which the appeal is made or at the expense of injustice to its citizens; and comity leaves to the Court whose power is invoked the determination of the legality, property or rightfulness of its exercise ...

On peut d'abord avancer que dans cette affaire l'appel à la courtoisie internationale et à la jurisprudence canadienne ayant déjà traité des questions internationales en matière de secret bancaire matérialise à juste titre l'intervention du droit international privé *de source fédérale*, compétent en principe à la place du droit international privé québécois, pour traiter des questions relatives au secret bancaire et notamment, de ses limites, c'est-à-dire de l'obligation de divulgation naissant d'une ordonnance d'un tribunal ou d'une exigence d'une loi en matière de preuve. Il peut sembler étonnant en effet de faire appel au droit international privé provincial pour donner compétence internationale à du droit canadien de source fédérale relatif au secret bancaire.

Nous avons déjà relevé, pourtant, que l'article 40 de la *Loi sur la preuve au Canada*⁴¹ permet de compléter éventuellement les règles fédérales par le droit provincial du juge saisi. Le cumul ou l'imbrication assez complexe de motifs tirés du droit international privé québécois et de la jurisprudence canadienne pourrait donc s'expliquer ainsi. Les exigences de la courtoisie internationale — nous sommes au plan du droit international privé fédéral —, telles qu'interprétées par la jurisprudence canadienne de common law, ne vont pas jusqu'à imposer le respect des règles étrangères sur le secret bancaire dans une procédure menant à l'interrogation de témoins au Québec. De plus, l'article 3079 C.c.Q. — nous voici au plan du droit international privé québécois, plus précis que la courtoisie internationale — va dans le même sens. Ayant ainsi écarté la loi étrangère, il faut trouver une loi applicable, de façon positive. Sans retenir — mais sans nier totalement — la qualification procédurale de la question, déjà retenue par la Cour d'appel ontarienne dans l'arrêt *Spencer* — droit international privé fédéral — le juge y substitue une qualification «règle de preuve» et donne compétence au droit du for selon l'article 3130 C.c.Q.: nous voici de nouveau en droit international privé québécois.

Toutefois, la lecture de la décision laisse assez nettement croire que cette notion de courtoisie internationale y est aussi utilisée dans le cadre du droit international privé québécois, dans l'analyse de l'article 3079 C.c.Q. Or cette

⁴⁰ *Re Westinghouse Electric Corp. v. Duchesne light Co.* (1977) 16 O.R. 273 (H.C.J.), 291, cité dans *Arab Banking*, *ibid.* à la p. 1722.

⁴¹ *Supra* note 11.

présentation nous paraît inappropriée, dans l'hypothèse où l'on se place dans le contexte du droit international privé *québécois*, ou, du moins, dans un véritable contexte international et non interprovincial.

Essentiellement, du point de vue du droit international privé, cette notion représente soit un principe général à l'origine lointaine des systèmes de droit international privé anciens, fondés sur le territorialisme, soit, tel qu'on l'invoque encore dans la jurisprudence de divers pays de common law, un principe général plus moderne donnant un pouvoir discrétionnaire au juge d'évaluer l'applicabilité du droit étranger selon l'opportunité et l'équité. C'est sous cette dernière forme que la Cour suprême du Canada y a fait appel, notamment dans l'arrêt *Morguard*. Or, selon nous, ni l'un, ni l'autre n'ont droit à un rôle autonome en droit international privé *québécois* actuel, au moins lorsqu'on se place dans une situation véritablement internationale.

Quant à la première manifestation de cette notion, elle est totalement dépassée pour le droit *québécois* depuis au moins 1994, parce que l'on ne fonde plus la résolution des conflits de lois sur le territorialisme mais sur une analyse plus moderne des conflits de lois, inspirée de Von Savigny. Quant à la seconde, le résidu de territorialisme imprégnant encore le droit *québécois* se matérialise assez strictement, de façon implicite, dans des règles spécifiques, notamment les articles 3081 et 3079 C.c.Q. Donc il n'y a pas lieu d'y avoir recours *de manière autonome*. Précisons notre position sur ces deux points.

La notion de courtoisie internationale a son origine et son principal domaine d'application en droit international public. Toutefois, à une époque relativement ancienne, on considérait le droit international privé comme une sorte d'appendice du droit international public, parce qu'on analysait les conflits de lois comme des conflits de souverainetés entre États. Certains auteurs, notamment hollandais, parmi lesquels Huber fut le plus important, entreprirent alors avec succès de fonder le droit international privé sur des principes de droit international public et, parmi eux, sur la courtoisie internationale. Les trois principes de Huber, très simples, prônent d'abord que l'État est souverain sur son territoire, qu'il peut légiférer sur tout ce qui s'y passe (acte ou fait juridique) et sur les personnes qui s'y trouvent. Ensuite, qu'aucun État ne peut appliquer d'office sa loi en dehors de son territoire. Finalement, l'État n'a pas d'obligation d'appliquer sur son territoire une loi étrangère, mais la courtoisie internationale fait que le Souverain peut, s'il le veut, appliquer sur son territoire, une loi étrangère selon son bon vouloir et *certaines considérations d'équité et d'opportunité*. Dans ce système théorique, la grande limite à la courtoisie internationale est la notion d'*ordre public*, qui s'oppose à l'application de la loi étrangère.

La fortune de ces idées territorialistes fut immense, notamment en raison de leur grande simplicité: le droit international privé anglais (Dicey, le plus grand auteur anglais) a adopté ces principes. Puis le juriste américain Story a repris les idées de Dicey pour former la base du droit international privé américain.

Ces doctrines postulent que la source du droit international privé serait en droit international public.

En Europe, F. K. Von Savigny en 1849 fonde le droit international privé moderne sur une base *radicalement différente*: les règles de conflits de lois ne sont plus une expression de la volonté souveraine d'un État, comme but en soi, mais une manière de résoudre des problèmes d'intérêt privé. L'immense majorité de la doctrine admet depuis lors sa méthode de résolution des conflits de lois, axée sur la recherche du centre de gravité de chaque type de situations, de façon à localiser ce type à l'aide d'un rattachement propre à chacun d'eux.

Depuis lors, progressivement, les doctrines de droit international privé fondées sur le droit international public perdent du terrain et il ne reste que quelques questions qui semblent se trouver à la limite des deux disciplines, comme la réglementation des nationalisations et la nationalité des personnes. Toutefois, le débat théorique relatif à l'influence du droit international public en droit international privé continue de préoccuper certains auteurs, notamment au plan de la compétence internationale d'un ordre juridique pour traiter certaines questions de droit privé⁴². De toute façon, tous reconnaissent que le droit international public n'impose pas aux États de respecter une répartition des compétences fondée sur la territorialité ou sur la nationalité, et qu'il n'entraînerait éventuellement que de faibles limites au pouvoir de choisir les règles de conflit qu'ils veulent, notamment, l'interdiction de rattacher à un système juridique une situation *totalelement interne* à un autre système⁴³.

La formulation du nouveau droit international privé québécois respecte évidemment ce principe *minimum* de répartition internationale des compétences. Il va bien au-delà: chaque règle de conflit de lois, formulée de façon bilatérale, en s'inspirant souvent des conventions internationales, s'efforce de déterminer objectivement la loi ayant le lien le plus étroit avec le litige, en suivant essentiellement les préceptes de Savigny.

À notre avis, atteler le droit international privé québécois actuel à la courtoisie internationale équivaldrait, à peu de choses près, à faire tirer par un cheval une Ferrari produite en 1994. Dans ce contexte, la notion de courtoisie internationale, permettant une évaluation discrétionnaire du conflit de lois en fonction de l'équité et de l'opportunité dans chaque cas, n'a plus de place *en tant que notion autonome*. On l'a remplacée par une multitude de règles positives, précisée et particularisée selon chaque type de situations internationales, parmi lesquelles, notamment, l'article 3130 C.c.Q., rattachant en principe la

⁴² Voir sur ce sujet trop vaste pour être abordé ici, le profond ouvrage de P. De Vareilles-Sommières, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, L.G.D.J., 1997; P. Mayer, «Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence» (1979) 68 Rev. crit. d.i.p. 1 et s., 349 et s., 537 et s.

⁴³ P. Mayer, Préface à l'ouvrage de P. De Vareilles-Sommières, *ibid.* à la p. XIX.

preuve au fond du litige, mais sous réserve de règles plus favorables au Québec. Ainsi, il est éminemment conforme à l'opportunité et à l'équité que l'on fasse régir les questions de preuve — y compris celle de l'effet du secret bancaire sur l'obtention des preuves en vue d'un procès — par la loi applicable au fond: voici pour la courtoisie internationale. Quant à la réserve en faveur de la loi du for, on pourrait la comprendre comme une concrétisation de l'ordre public, notion générale déjà codifiée dans l'article 3081 C.c.Q., ordre public qui, rappelons-le, était déjà, selon Huber, la limite majeure à la courtoisie internationale.

Pratiquement, admettre qu'un grand principe général, non expressément codifié mais planant néanmoins de façon autonome au-dessus du droit international privé québécois, puisse donner aux juges une discrétion mesurée en termes d'opportunité et d'équité de ne pas appliquer les règles positives québécoises, déjà calibrées en considération de ces variables, entraînerait une sérieuse remise en question de toutes les règles positives que l'on vient de mettre en vigueur en 1994.

De plus, nous avons déjà certaines règles *générales* qui prennent en compte ces deux aspects, non seulement au sein de la méthode classique de résolution des conflits de lois, mais même en dehors. Ainsi, en plus de l'article 3081 C.c.Q., consacrant l'exception d'ordre public, l'article 3082 C.c.Q., c'est-à-dire la clause échappatoire, donne un certain pouvoir discrétionnaire aux juges québécois de ne pas appliquer la loi désignée par la règle de conflit québécoise si elle n'a pas de lien étroit avec le litige et s'il en existe une autre appartenant à un système juridique plus proche. Ceci comprend effectivement une mesure d'opportunité. Par ailleurs, l'article 3079, relatif à l'application des lois de police étrangère prévoit justement des conditions relativement larges, du point de vue du pouvoir discrétionnaire, permettant d'avoir recours à l'opportunité et à l'équité (la légitimité, la prépondérance de l'intérêt) lorsqu'il s'agit de se passer de la méthode classique.

En l'espèce, en ce qui concerne la *clause échappatoire*, l'article 3082 C.c.Q. n'a pas lieu d'être invoqué, puisque la loi désignée est celle du tribunal saisi et que la preuve doit être faite devant une cour québécoise: le lien entre la situation et la loi normalement compétente est suffisamment étroit pour ne pas chercher à appliquer une loi étrangère. Ensuite, on analyse l'utilisation de l'article 3079 en détail dans le jugement, condition par condition, sans aucune nécessité d'y revenir d'une façon détournée par le biais de la courtoisie internationale.

Quant à l'*exception d'ordre public*, ses conditions en droit québécois, comme ailleurs, font qu'on les analyse déjà en appréciant la légitimité de l'application d'une loi de police étrangère, menant à une décision positive ou négative d'application de cette loi *dans le cadre de l'article 3079*, sans possibilité d'y revenir par la suite par le biais de l'article 3081 C.c.Q.

Il était donc inutile, voire non fondé en droit québécois, d'avoir recours dans cette espèce et de façon générale à la notion de courtoisie internationale

envisagée de façon autonome, pour régler les conflits de lois au Québec.

Précisons toutefois pour finir que notre raisonnement concerne les situations 1^o véritablement *internationales*, 2^o purement soumises au droit international privé *québécois*. En ce qui concerne les situations *interprovinciales*, on peut argumenter que la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada, notamment depuis l'arrêt *Morguard*, a créé un cadre constitutionnel au droit international privé provincial, au sein duquel la notion de courtoisie «internationale» ou plutôt «interprovinciale», en son sens le plus moderne, joue un rôle de garde-fou assez flou, imposant essentiellement une attitude de collaboration permettant de donner effet aux lois et aux décisions des autres provinces⁴⁴. De plus, en l'espèce, la combinaison des motifs fondés sur le droit international privé fédéral et le droit international privé québécois peut expliquer et justifier l'appel à la courtoisie internationale.

3.5. *Existence d'un lien étroit entre les systèmes étrangers et la situation*

Quant à la condition d'existence d'un lien étroit en l'espèce, on peut se demander si la situation présente vraiment un tel lien avec le lieu de situation du principal établissement de la partie à laquelle on demande des informations. Il s'agit d'une action intentée au Québec par des banques étrangères, contre des défendeurs au Québec, ayant commis selon les demanderesses une faute au Québec. Mais le principal établissement des personnes morales étrangères n'est pas nécessairement leur domicile selon les conceptions québécoises, qui retiennent plutôt le lieu de leur siège social, c'est-à-dire celui de leur incorporation⁴⁵. On analyse donc ce lien étroit entre la loi et la situation de façon très précise, non pas par rapport à toute cette situation, mais par rapport à ses effets: la communication d'informations de la part de personnes physiques représentant des personnes morales ayant leur principal établissement dans ces pays, *faisant principalement affaire* là-bas, y étant donc *présentes*, économiquement parlant.

Si l'on qualifiait la protection des informations comme une donnée personnelle, on pourrait y voir une question d'état des personnes. Dans cette optique, le domicile d'une personne morale, c'est-à-dire le lieu de son siège

⁴⁴ À notre avis, cette précision ne retire rien au fait que, de toute façon, la grande majorité des règles du droit international privé québécois relatives aux conflits de lois, à l'exception notable de l'article 3129 C.c.Q., permet de respecter cette exigence constitutionnelle. Voir au contraire l'article 3167 C.c.Q. (divorce); Droit de la famille - 2054, [1997] R.J.Q. 1124 (c.s.).

⁴⁵ Art. 307 C.c.Q.: «La personne morale a son domicile au lieu et adresse de son siège» (*head office*). Voir sur ce sujet: J. Talpis, «Les aspects juridiques de l'activité des sociétés et corporations étrangères au Québec», [1976] C.P. du N. 215; A. Prujiner, «La personnalité morale et son rattachement en droit international privé» (1990) 31 Rev. crit. d.i.p. 1049.

social (art. 307 C.c.Q.), a une certaine pertinence du point de vue de la localisation. Les données de fait du jugement ne permettent pas de le déterminer avec certitude, mais on peut croire qu'il s'agit de l'Allemagne et de la Suisse.

Cependant, on considère plutôt la législation relative à la protection des informations personnelles⁴⁶ comme une loi de police⁴⁷. Le rattachement par la présence de la personne (physique ou morale) à protéger correspond bien à cette analyse. Une législation de police suisse et allemande protégeant des données «personnelles» relatives à des banques ayant leur établissement principal en Suisse et en Allemagne remplissait donc la condition, exigée par l'article 3079 C.c.Q., d'un lien étroit avec le litige. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce le juge, qui ne constate pas d'opposition sur ce point entre les parties au litige.

Conclusion

Cette première interprétation jurisprudentielle de l'article 3079 C.c.Q., touchant un type de lois souvent considérées comme un privilège, au bénéfice, qui plus est, en l'espèce, de la partie forte, pouvait difficilement mener à une décision favorable aux lois de police étrangères. Nous avons déjà exprimé l'opinion selon laquelle les conditions de cette disposition font qu'il est peu probable que de nombreuses lois en bénéficient. Ceci est confirmé en l'espèce.

Nous pourrions à ce propos regretter l'absence de référence doctrinale sur ce sujet dans le jugement, mais cette pensée fugitive se dissipe devant le contenu de la décision.

Quant à la qualification, sans se prononcer expressément sur la loi applicable à l'existence du secret bancaire, le juge rattache très judicieusement la question de l'effet de ce secret sur l'obtention des preuves à *la loi régissant la preuve*. Au plan pratique, cette décision est d'ailleurs efficace au Québec et ne demande pas de mesure d'exécution à l'étranger.

Toutefois, au plan théorique, le fait de séparer physiquement dans la décision l'argument de la courtoisie internationale de celui relatif aux lois de

⁴⁶ Voir sur le sujet de la protection internationale des données personnelles: F. Rigaux, «La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel» (1980) 69 Rev.crit. d.i.p. 443; «Le régime des données informatisées en droit international privé» (1986) 113 J.D.I. 311; J.-M. Bischoff, «Les problèmes de conflits de lois, d'autorités et de juridictions posés par le projet de Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel», Rapport présenté au Comité d'experts sur la protection des données du Conseil de l'Europe, CJ-PD (80) 2, Strasbourg, 8 avril 1980; W.A. Fishman, «Introduction to Transborder Data Flows» (1980) 16 Stanf. J. Int'l L. 1; K. Benyekhlef, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, Thémis, 1992 aux pp. 172-202. Voir aussi: G. Goldstein, «La protection du consommateur: nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec», dans *La protection du consommateur. Récents développements*, 1994, Yvon Blais, 1994, 143, 199-201.

⁴⁷ Voir Bischoff, *ibid.* à la p. 2; Benyekhlef, *ibid.* aux pp. 181-82; Goldstein, *ibid.*

police étrangères — ce qui peut s'expliquer par la double source du droit international privé, fédérale et provinciale, applicable à l'espèce — et sa mise à l'écart, en invoquant les intérêts publics du Québec à obtenir la meilleure preuve possible dans l'optique d'une bonne administration de la justice, laisseraient à penser que la loi de police étrangère puisse être mise à l'écart au nom de l'ordre public québécois. On peut contester la logique d'un tel raisonnement.

En effet, l'évaluation directe de la portée de la loi de police étrangère passe par l'analyse d'un certain nombre de conditions, parmi lesquelles la condition d'existence d'intérêts légitimes et manifestement prépondérants à son application et l'appréciation des conséquences de cette application. À ce stade, on aura déjà envisagé les exigences de conformité du résultat de l'application de cette loi étrangère avec l'ordre public du Québec; donc il n'est pas possible à notre avis de déclarer une loi de police étrangère *légitimement* applicable, *puis* de l'écarter au nom de l'ordre public québécois. On ne pourrait aboutir à ce résultat que si l'on évaluait abstraitement l'applicabilité des lois de police étrangères, ce que les conditions de l'article 3079 C.c.Q. ne commandent pas de faire.

Donc, quant à l'interprétation de 3079, cette décision confirme que c'est essentiellement dans le cadre de la condition d'intérêts légitimes et manifestement prépondérants qu'intervient l'évaluation de l'*ordre public* du for qui, en l'espèce, écarte la courtoisie internationale, qui n'est pas une obligation absolue, mais le simple résultat de l'évaluation des impacts dans la juridiction du for du non-respect du droit étranger.

De plus, on admet que les *conséquences* dont il faut tenir compte incluent non seulement les intérêts particuliers concernés par la situation, mais aussi les intérêts du public, ce qui est logique étant donné le caractère de droit semi-public des dispositions invoquées et qu'il y va normalement d'un intérêt vital pour l'État concerné.

En définitive, quant à l'opportunité d'appliquer les lois de police étrangères, il semble que le droit québécois (comme la Convention de Rome) a trouvé un juste milieu entre ne pas en tenir compte du tout et les appliquer à l'aide de critères très exigeants, laissant tout de même un large pouvoir discrétionnaire au juge, puisque, de toute façon, il n'est jamais tenu de le faire.

Ce travail d'interprétation assez difficile de l'article 3079 C.c.Q. entraîne indéniablement une imprévisibilité quant à la détermination de la loi applicable. Mais on donne ainsi de l'importance au principe de l'application de la «meilleure loi»: celle, impérative, qu'il n'est pas souhaitable de bafouer alors qu'il existait un lien tel avec le litige qu'il aurait dû faire soupçonner aux parties impliquées qu'il fallait respecter ses prescriptions. Sans doute, son contenu, comme l'espèce l'illustre, et son origine, joueront dans l'appréciation de l'opportunité de prêter main forte à l'Autorité étrangère. On devrait donc interpréter plus soupagement l'article 3079 C.c.Q. en faveur des lois des autres provinces que s'il s'agissait de lois étrangères. De toute façon, les conditions à remplir pour qu'on applique un tel type de lois devraient considérablement limiter le nombre de cas où la question risque de se poser.

Enfin, cette décision permet d'ajouter une note au débat doctrinal touchant l'opportunité d'avoir adopté l'article 3079 C.c.Q. On pourrait estimer, d'abord que la généralisation de la méthode des règles d'application nécessaire au bénéfice éventuel des lois étrangères justifie, surtout, plus facilement son utilisation au bénéfice des lois du for ... bien que les critères de sélection ne soient pas identiques dans les articles 3076 et 3079 C.c.Q. Ensuite, dans le même ordre d'idées, on peut avancer, non sans machiavélisme, qu'il est inutile de se cacher la tête dans le sable: la réalité des lois de police étant ce qu'elle est, dans un monde économique interdépendant, il devient nécessaire de prévoir des motifs «suffisants», en nombre et en termes de pouvoir discrétionnaire, pour permettre aux juges du for de *ne pas* les appliquer avec une apparence d'objectivité, ce qui est la solution adoptée dans la plupart des décisions étrangères ayant dû traiter le problème (l'affaire *Arab Banking* en étant la plus récente illustration au Québec). En effet, il est plus conforme à la fameuse «courtoisie internationale» d'affirmer que, de l'humble avis du juge du for, l'application de la loi étrangère ne s'impose pas vraiment en l'espèce du point de vue de son efficacité fonctionnelle, que de l'écarter au motif que son résultat viole les principes fondamentaux du milieu de réception. Sur la scène internationale, l'erreur d'appréciation technique passe plus facilement que l'insulte. L'arrière-plan politique de l'affaire *Arab Banking* illustre cette préoccupation «courtoise».

La vente d'entreprise — Acquisitions et ventes d'entreprises — Aspects théoriques.

Par PATRICE VACHON.

Montréal: Éditions Wilson et Lafleur, Martel Ltée, 1997.

*Compte rendu de Jacques Deslauriers**

Me Patrice Vachon a publié au printemps 1997 chez l'éditeur Wilson et Lafleur, Martel Ltée, un ouvrage très substantiel, *La vente d'entreprise*, ouvrage qui apporte une importante contribution à la compréhension d'un des chapitres les plus obscurs et les plus mal compris du nouveau code, un chapitre qui a semé l'émoi chez beaucoup d'intervenants du monde des affaires, impliqués dans la vente d'entreprises à titre d'acquéreurs, d'aliénateurs et... de notaires.

Certes, si Me Patrice Vachon se consacre à l'interprétation des dispositions problématiques du Code civil du Québec traitant de la vente d'entreprise, il explore aussi tous les champs du droit et des techniques comptables reliés à la vente des entreprises. Il s'agit donc d'une analyse à la fois profonde et étendue. En plus d'une étude des articles 1767 et s. C.c.Q., l'auteur aborde plusieurs autres aspects du droit des obligations en général, des impacts fiscaux, en passant par le droit des corporations.

Avocat chez Heenan Blaikie, l'auteur, Me Vachon est un praticien réputé tant comme conseiller auprès des grandes entreprises que comme vulgarisateur ou enseignant. Il a déjà produit de nombreuses publications, dont un très grand nombre étaient destinées plus aux gens d'affaires qu'aux juristes, mais son dernier ouvrage sur la vente d'entreprise est sans doute sa contribution la plus importante.

Remarques générales

Le nouveau code est en vigueur depuis bientôt quatre ans. L'application de cette nouvelle législation a suscité, et c'était à prévoir, beaucoup d'interrogations. Plusieurs discussions se sont cristallisées, permettant d'établir certains consensus sur plusieurs points qui semblaient nébuleux à l'aube de l'application de ce droit nouveau. D'autres questions, par contre, continuent d'alimenter les débats et de susciter des anxiétés. C'est le cas de la vente d'entreprise, qui fait l'objet des articles 1767 et s. C.c.Q., recodification des anciennes dispositions traitant de la vente en bloc (art. 1569a et s. C.c.B.-C.).

On avait bien décrié la mauvaise rédaction des anciennes dispositions, insérées dans le Code civil du Bas-Canada en 1910 ; elles étaient néanmoins

* Jacques Deslauriers, de la Faculté de droit, Université Laval, Québec, Québec.

moins inquiétantes, puisque leur champ d'application était très limité, *i.e.* la vente d'un fonds de commerce, c'est-à-dire les inventaires d'un commerçant. Ceci, bien sûr, est beaucoup plus restreint que la notion d'entreprise telle qu'elle semble définie dans un paragraphe caché dans le chapitre de la solidarité, le 3^e alinéa de l'article 1525 C.c.Q. Le législateur a voulu définir «l'exploitation de l'entreprise» pour déterminer le domaine de l'application de la solidarité légale. Peut-être faudra-t-il nuancer la définition de l'entreprise elle-même par rapport à cette notion d'exploitation d'entreprise et déterminer si, en voulant fixer le champ d'application de la solidarité légale, le législateur a vraiment voulu fournir, à l'article 1525, 3^e alinéa C.c.Q., une définition nécessairement applicable dans tout le Code sans qu'il faille la nuancer. Les tribunaux auront à se pencher sur cette question dans un avenir relativement rapproché.

Quoi qu'il en soit, sous l'ancien code, la terminologie concernant la «vente en bloc» était tellement restreinte que les tribunaux l'ont interprétée de façon extensive. Au contraire les dispositions du nouveau code prévoient un champ d'application si vaste qu'il est à prévoir, pour ne pas dire souhaiter, que les tribunaux l'interpréteront restrictivement. Mais au fait, n'a-t-on pas donné trop d'importance aux dispositions traitant de la vente d'entreprise, en les appliquant isolément plutôt que de les interpréter dans l'ensemble de l'économie du Code ?

A ce sujet, on pourra prendre connaissance d'un intéressant commentaire du notaire Yvan Desjardins, dans le *Revue du notariat*¹, qui précise que les règles de la vente d'entreprise ne doivent pas s'interpréter au détriment du bon sens et de l'ensemble du Code civil : *i.e.* obligation de garantie du vendeur, montant disponible pour fins de distribution après le paiement des créanciers hypothécaires, principes de l'«assumption» des hypothèques, commissions à payer, frais de vente, etc. On peut alors se réconcilier plus facilement avec les dispositions traitant de la vente d'entreprise, sinon, mieux vaudrait les faire disparaître.

Quoi qu'il en soit, le livre de Me Patrice Vachon arrive à point. Son ouvrage est pluridisciplinaire, à l'image du décroisement qui devra de plus en plus caractériser la pratique du droit. Il est révolu le temps où l'avocat devait pratiquer seul ou exclusivement avec des confrères disciples de Thémis. Pour rédiger son ouvrage Me Vachon a suscité la collaboration non seulement de confrères avocats, mais aussi celle de comptables agréés, de fiscalistes et de courtiers en valeurs mobilières. Me Vachon n'a donc pas agi seulement comme un rédacteur solitaire mais également comme rassembleur de plusieurs personnes qui ont enrichi l'ouvrage de leurs visions, de leurs perspectives et de leurs compétence particulières.

Ainsi, la vente d'entreprise implique non seulement les dispositions des articles 1767 et s. C.c.Q. mais également le droit du travail et les principes du respect des conventions collectives, de même que certains aspects du droit de

¹ Y. Desjardins, «La vente d'entreprise, une entreprise ardue» (1994-1995) 97 R. du N. 399.

l'environnement, que l'acquéreur ou le vendeur d'une entreprise ne peuvent ignorer. Si la fusion d'entreprises qui résulte de l'acquisition des actifs d'une entreprise résulte en une fusion, certains aspects de la *Loi sur la concurrence* et de la *Loi sur les investissements étrangers au Canada* devront être pris en compte. Et que dire des problèmes fiscaux occasionnés par la vente d'une entreprise. Ces problèmes doivent être considérés notamment pour déterminer le prix de vente de l'entreprise, mais également pour déterminer l'opportunité même de vendre l'entreprise ou de recourir à une fusion.

Enfin, l'analyse des états financiers devra être faite de façon très soignée avant la vente pour déterminer le prix et établir les perspectives de profit. C'est l'un des aspects d'un processus que l'on appelle maintenant «la vérification diligente».

La structure de l'ouvrage

L'ouvrage se divise en deux grandes parties : la doctrine est les formulaires. Comme nous l'avons mentionné, les informations contenues dans la première partie, soit la doctrine sont très abondantes. La jurisprudence citée traitant des nouveaux articles du Code est néanmoins peu fournie, vu la courte période d'application du nouveau code. L'auteur a été très généreux dans la présentation d'un très grand nombre de formulaires qui couvrent toutes les étapes de la vente ou de la fusion d'une entreprise.

La doctrine

Dans la partie «doctrine», l'auteur fait un survol des récents développements dans la législation traitant de la fusion et des acquisitions d'entreprises tant au Canada qu'aux États-Unis et aborde la stratégie des acquisitions ou des fusions d'entreprises. Il nous place ensuite dans la situation de l'acheteur qui désire acquérir une entreprise et celle du vendeur qui souhaite l'aliéner. Et nous pouvons trouver ensuite une intéressante analyse des démarches préparatoires et des négociations qui se dérouleront avant d'aboutir à la conclusion du contrat de vente d'entreprise : la vérification diligente, avec les conseillers juridiques, les experts-comptables, les fiscalistes, etc. Une liste des éléments à vérifier et à considérer est ensuite fournie.

L'auteur nous explique ensuite les mécanismes de la vente d'entreprise au Québec, après avoir fait une étude historique du droit applicable en cette matière tant au Québec que dans les autres provinces du Canada.

En ce qui concerne l'application de ces règles au Québec, l'auteur s'attarde d'abord sur les contrats qui peuvent donner lieu à leur application et les problématiques du nouveau droit sur la notion du prix, de personne désignée, la préparation du fameux *affidavit* et le rôle des différents créanciers, la responsabilité du vendeur et de l'acheteur.

Pour terminer son exposé, Me Vachon formule des critiques à l'endroit du législateur : qu'aurait-il dû faire, et que devrait-il faire maintenant ? Tout le monde s'entend pour dire que ces formalités sont très lourdes et exigent beaucoup des parties et des praticiens qui travaillent pour celles-ci. Cette complexité est-elle vraiment nécessaire pour protéger les droits des parties ?

Les formulaires

Les formulaires qui suivent l'exposé doctrinal sont remarquables tant par leur qualité que par leur abondance. Le praticien y trouvera certainement une aide précieuse dans sa pratique quotidienne. La série de formulaires peut se diviser comme suit.

On trouve d'abord les documents préliminaires: une *check-list* de vérification, l'engagement de confidentialité, le mandat à un courtier, ainsi que la lettre d'intention et l'offre d'achat. Puis viennent les documents traitant de la vente elle-même: le contrat de vente, la contrat de cession, les modèles pour respecter les dispositions de la vente d'entreprise, notamment le fameux *affidavit*. Le dernier groupe de formulaires concernent les formalités de la passation de l'acte: l'ordre du jour pour la séance de *closing*, les résolutions requises, les quittances, les billets, les choix fiscaux et le contrat de travail.

On peut donc constater avec beaucoup d'intérêt et de satisfaction que l'application de chacun des chapitres théoriques du volume est illustrée au moyen d'une série de formulaires pertinents.

Les amateurs d'informatique seront heureux de constater que l'ouvrage leur fournit non seulement les formulaires sur papier mais aussi un ensemble de formulaires électroniques sur disquettes. Les disquettes sont livrées en format WordPerfect 5.1, format qui, s'il n'est pas le plus moderne, a néanmoins l'avantage de pouvoir être lu par tous les systèmes de traitement de textes usuels plus récents. Sur ce point, l'ouvrage fait donc preuve d'innovation et s'insère non seulement dans le droit nouveau mais aussi dans les nouvelles méthodes de travail auxquelles l'avocat de demain deviendra assujetti.

Pour terminer, nous croyons que l'ouvrage de Me Vachon constitue un apport remarquable à l'ensemble de la communauté juridique. Il s'agit d'un volume que tout juriste s'intéressant de près ou de loin au droit de la vente et des entreprises devrait non seulement consulter mais également posséder dans sa bibliothèque, sans compter que plusieurs autres questions sont abordées de façon utile même pour celui qui n'est pas plongé, dans l'immédiat, dans la vente ou l'acquisition d'une entreprise.