

LE LIVRE X DU CODE CIVIL DU QUÉBEC : BILAN ET ENJEUX

Serge Gaudet*

Dans son article, l'auteur discute de la profonde transformation qu'a subie le droit international privé lors de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec. Sans minimiser l'importance de la réforme des règles de conflits de lois, les changements relatifs aux conflits de juridictions demeurent les plus notables. Ainsi, les questions de conflits de juridictions occupent près de 60% des affaires touchant le droit international privé.

Par la suite, l'auteur s'exprime sur la doctrine de forum non conveniens, de l'autonomie du code et de la notion d'extranéité. Il aborde brièvement le recours collectif multi-juridictionnel et la responsabilité extracontractuelle.

1. Introduction

Le droit international privé québécois d'avant 1994 était essentiellement un droit jurisprudentiel et doctrinal : les quelques dispositions éparses contenues au *Code civil du Bas-Canada* ou au *Code de procédure civile* étaient loin d'apporter les réponses à la plupart des questions et, quand ils en donnaient, celles-ci se trouvaient parfois en porte-à-faux avec l'évolution du droit et de la société¹.

L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* a radicalement changé la donne. Son Livre X est venu opérer une véritable codification du droit international privé québécois. Codification, dans le sens où les règles sont désormais écrites et organisées selon un plan ordonné, avec des principes généraux qui chapeautent des règles plus précises, lesquelles appliquent ces principes à des cas particuliers ou y dérogent. Cependant, en 1994, le législateur ne s'est pas contenté de reformuler le droit international privé québécois, il l'a aussi profondément transformé.

Bien qu'il y ait eu des changements (parfois importants) aux règles de conflits de lois, les changements les plus notables ont eu trait aux conflits de juridictions. Tout d'abord, le nouveau code prévoyait enfin de véritables

* Associé Heenan Blaikie, s.e.n.c.r.l., srl (Montréal).

¹ Ethel Groffier, *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd., Montréal, Yvon Blais, 1990, pp. 5-6; J.-G. Castel, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 24-25; Gerald Goldstein et Ethel Groffier, *Droit international privé*, tome I, Y. Blais, 1998, no. 7.

règles relatives à la compétence internationale des tribunaux québécois (auparavant on appliquait par analogie les art. 68 et ss. C.p.c.)². Par ailleurs, la philosophie quant à la reconnaissance des jugements étrangers était renversée : alors que sous le *Code civil du Bas-Canada* le jugement étranger était vu avec une certaine suspicion³ et pouvait faire l'objet d'une révision au fond, le nouveau code pose la reconnaissance comme principe (sous réserve d'exceptions bien précises⁴) et interdit la révision au fond⁵.

Or, la juridiction est cruciale du point de vue des plaideurs : un litige international est une forme de guerre transfrontalière (une guerre civilisée certes, mais une guerre quand même) et tout général sait l'importance du terrain. D'une part, de la juridiction dépendent les règles de conflits et, par voie de conséquence, les solutions de fond applicables, et, d'autre part, de la juridiction dépend la procédure⁶, dont chaque plaideur connaît l'importance : de nombreux procès se gagnent, se perdent ou se règlent, moins par le contenu des règles de fond que par le jeu de la procédure.

Il ne faut donc pas trop s'étonner, lorsque l'on fait un bilan de la jurisprudence québécoise des quinze dernières années en matière de droit international privé, de constater la nette prédominance des questions relatives aux conflits de juridictions. Ainsi, dans la banque de jurisprudence Azimut, sur environ 800 décisions indexées sous le droit international privé depuis le début de 1994, près de 60 % (environ 450) mettent en jeu des questions relatives aux conflits de juridictions.

Cela étant, il ne faut donc pas se surprendre que ce soit de telles questions qui aient attiré l'attention de la Cour suprême du Canada depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Ce n'est pas qu'il n'y aurait rien à dire quant aux conflits de lois mais, vu à vol d'oiseau, il faut bien reconnaître que, depuis 15 ans, l'essentiel du travail des tribunaux, notamment de la Cour suprême, a été consacré à l'interprétation ou à la mise en œuvre des nouvelles règles relatives aux conflits de juridictions. Ce sera l'objet de la première partie. Suivront ensuite, en seconde partie, quelques réflexions bien sommaires sur les enjeux qui pourraient faire l'actualité juridique en la matière dans les prochaines années.

² Castel, *ibid.* à la p. 660; voir également *Alimport c. Victoria Transport*, [1977] 2 R.C.S. 858.

³ Articles 178 et ss. C.p.c., *ante* 1994.

⁴ Article 3155 C.c.Q.

⁵ Article 3158 C.c.Q. Ce qui, bien sûr, n'empêche pas le tribunal d'appliquer les lois québécoises ou canadiennes qui sont dites « d'application immédiate » (cf. art. 3076 C.c.Q. et *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2009 QCCA 728, requête pour permission d'appeler à la C.S.C., accueillie no. 33145).

⁶ Article 3131 C.c.Q.

2. Le bilan en matière de conflits de juridictions

Quatre sujets retiendront notre attention : le *forum non conveniens*, l'autonomie du code telle qu'établie dans l'arrêt *Spar Aerospace c. America Mobile Satellite*⁷, l'autonomie des parties réitérée dans l'arrêt *Grecon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*⁸ et, enfin, la notion d'élément d'extranéité, examinée par la Cour suprême dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*⁹.

A) *Forum non conveniens* et forum de nécessité

Il est impossible de dresser un bilan des 15 dernières années en droit international privé québécois sans parler de *forum non conveniens*, vedette incontestée du nouveau droit en la matière.

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, la jurisprudence avait interprété l'article 68 C.p.c. comme interdisant à un tribunal québécois, par ailleurs compétent, de se déclarer *non conveniens* et ce, même lorsqu'un autre forum était nettement plus approprié pour trancher le litige¹⁰. L'article 3135 du *Code civil du Québec* rompt avec cette tradition et introduit la notion de *forum non conveniens*, d'inspiration écossaise¹¹.

On ne peut exagérer l'importance pratique de cette notion qui permet au défendeur mécontent d'être poursuivi au Québec de se battre sur deux fronts : celui de la compétence du tribunal *stricto sensu* et, subsidiairement, sur le terrain du *forum non conveniens*, doublant ainsi ses chances d'atteindre son objectif. Encore là, il suffit pour s'en rendre compte de consulter la banque de jurisprudence Azimut : sur les quelque 450 décisions traitant de conflits de juridictions depuis 1994, près de la moitié concernent l'application de la doctrine du *forum non conveniens*. Dès 1994 donc, les plaideurs se sont emparés du concept et les tribunaux québécois ont répondu à la demande, ayant eu tôt fait d'établir les principes de base en la matière : d'une part, en établissant la liste des critères à examiner pour l'application de la doctrine et, d'autre part, en insistant sur le caractère discrétionnaire et exceptionnel de celle-ci¹² : ce n'est que si un autre forum est nettement plus approprié pour trancher le litige que le tribunal

⁷ 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205 [*Spar Aerospace*].

⁸ 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401 [*Grecon Dimter*].

⁹ 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801 [*Dell Computer*].

¹⁰ Groffier, *supra* note 1, par. 250; voir également *Aberman c. Soloman*, AZ-86011182 (C.A.) à la p. 9.

¹¹ Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2^e ed, 2006 au para. 164.

¹² *Oppenheim Forfait GmbH c. Lexus Maritime Inc.*, J.E. 98-1592 (C.A.).

québécois acceptera de décliner sa compétence. Ces principes ont d'ailleurs été entérinés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Spar Aerospace*¹³.

Quant au forum de nécessité (qui est le concept inverse, soit la possibilité que les tribunaux québécois se saisissent d'un litige bien qu'ils ne soient en principe pas compétents pour l'entendre), il a été, à bon droit, considéré par les tribunaux comme étant de nature encore plus exceptionnelle, lorsqu'il y a réelle urgence ou impossibilité d'intenter utilement un recours ailleurs¹⁴. Le concept a notamment été utilisé, bien que prudemment, en droit de la famille¹⁵.

Le droit international privé québécois avait un réel besoin de flexibilité en matière de compétence internationale et les notions de *forum non conveniens* et de forum de nécessité ont largement contribué à le satisfaire, malgré leur caractère exceptionnel.

B) *L'autonomie du Code*

Quelque temps avant l'entrée en vigueur du nouveau code, la Cour suprême du Canada a entrepris de réformer le droit international privé de la *common law* canadienne, notamment à la lumière de la structure fédérale canadienne. En 1990, dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*¹⁶, la Cour a énoncé que, dans la mesure où les provinces ne peuvent légiférer de façon extraterritoriale, les tribunaux d'une province ne peuvent légitimement se saisir d'un litige à moins qu'il n'existe, entre le litige et cette province, un lien « réel et substantiel ». Par ailleurs, lorsqu'un tel lien existe, les jugements rendus par les tribunaux d'une province devront en principe être reconnus par les tribunaux des autres provinces, la Cour considérant que la structure fédérale canadienne crée l'équivalent d'une clause de « *full faith and credit* » comme celle énoncée expressément dans la constitution des États-Unis.

Par un raisonnement similaire, la Cour suprême, dans l'arrêt *Hunt T & N ple*¹⁷, a permis que les tribunaux de la Colombie-Britannique se prononcent sur la constitutionnalité d'une règle de preuve québécoise. Cette règle empêchait la sortie hors de la province des dossiers d'entreprises, ce qui avait pour effet pratique de rendre plus difficile la

¹³ *Spar Aerospace*, supra note 7.

¹⁴ *Lamborghini (Canada) Inc. c. Automobile Lamborghini S.P.A.*, (1997) R.J.Q. 58 (C.A.) aux pp. 15 et ss.

¹⁵ Cf., par exemple, *Droit de la famille – 082431*, J.E. 2008-1937 (C.S.).

¹⁶ [1990] 3 R.C.S. 1077 [*Morguard*].

¹⁷ [1993] 4 R.C.S. 289.

tenue d'un procès concernant une telle entreprise dans une autre juridiction, notamment une autre province canadienne. Mettant de l'avant la structure unitaire du système judiciaire canadien, le juge La Forest a souligné l'importance de moderniser le droit international canadien afin d'en tenir compte. Rejetant la vision traditionnelle qui considérait chacune des provinces canadiennes comme totalement indépendantes les unes des autres (à la manière de juridictions souveraines), la Cour a préféré mettre l'accent sur l'interdépendance des juridictions au sein de la Confédération, ce qui autorise les tribunaux d'une province à se prononcer sur la validité constitutionnelle de la législation d'une autre province, à la condition cependant que la disposition législative attaquée affecte un intérêt véritable dans la province du tribunal saisi, selon le critère du lien réel et substantiel.

Cette jurisprudence, notamment parce qu'elle est essentiellement fondée sur des impératifs constitutionnels, avait certainement le potentiel d'interférer avec les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* en matière de compétence internationale. Les dispositions particulières du code à cet égard devaient-elles être complétées ou même supplantées par le critère général du lien « réel et substantiel »? Il y avait là un risque que les dispositions particulières du code civil puissent être en quelque sorte évincées par les principes généraux du droit international privé canadien.

La controverse qui s'est créée autour de l'interprétation à donner à l'article 3148 du *Code civil du Québec*, lorsqu'un créancier impayé a son domicile au Québec mais que le paiement devait être fait ailleurs, pouvait le laisser croire. Cet article confère notamment compétence aux tribunaux québécois en matière d'action personnelle à caractère patrimonial lorsqu'un préjudice a été subi au Québec. Sur la base de ce chef de compétence, les tribunaux ont d'abord considéré que, dans la mesure où un créancier était domicilié au Québec, il subissait un préjudice au Québec (lieu de son patrimoine) dès lors que le débiteur faisait défaut de le payer et ce, même lorsque le paiement devait être exécuté ailleurs qu'au Québec¹⁸.

L'arrêt rendu en 2001 par la Cour d'appel dans l'affaire *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair*¹⁹ est cependant venu changer la situation. Dans cette affaire, le demandeur Regenair, dont le siège social était au Québec, avait conclu un contrat avec Quebecor Memphis, une compagnie créée en vertu des lois du Tennessee où se trouvait son siège

¹⁸ Voir, par exemple, *M.N.C. Multinational Consultants inc. c. Dover Corp.*, J.E. 98-1179 (C.S.); *Larwex Entreprises inc. c. Daniel*, J.E. 98-2189 (C.S.); *Gestion M.P.F. inc. c. 9024-3427 Québec inc.*, J.E. 97-1760 (C.S.).

¹⁹ [2001] R.J.Q. 966 (C.A.) [*Renegair*].

social. Ce contrat prévoyait la vente et l'installation, à Memphis, de machinerie fabriquée au Québec par Regenair. Le contrat prévoyait en outre que le paiement de Quebecor Memphis à Regenair devait être effectué à Memphis. Ce paiement n'ayant pas été fait, cela conférerait-il juridiction aux tribunaux québécois du seul fait que le créancier impayé (Regenair) avait son domicile (donc son patrimoine) au Québec? Ce préjudice est-il subi à Memphis, lieu où le paiement devait être exécuté, ou (aussi) au Québec, lieu où le patrimoine du créancier impayé se trouve? La Cour d'appel s'est divisée.

La majorité²⁰ a jugé qu'interpréter le paragraphe troisième de l'article 3148 C.c.Q. comme attribuant juridiction aux tribunaux québécois du seul fait qu'un créancier impayé a son domicile au Québec alors que le paiement devait être fait ailleurs aurait pour effet de conférer une extension inappropriée à la compétence internationale des tribunaux québécois²¹, tout en rendant superflus certains des autres chefs de compétence de l'article 3148 C.c.Q. Le juge Phillipon, dissident, considérait cependant qu'en un tel cas le tribunal québécois est compétent eu égard au texte du code (un préjudice étant bel et bien subi au Québec), et estimait que la doctrine du *forum non conveniens* permettait de pallier, au cas par cas, aux situations où l'application des critères prévus au code aurait eu pour effet de conférer aux tribunaux québécois une compétence internationale inappropriée. Se dressait ainsi en filigrane l'opposition possible entre les exigences du principe général du lien « réel et substantiel » et la lettre du *Code civil du Québec*.

Dans l'arrêt *Spar Aerospace*, rendu en 2002, la Cour suprême a eu l'occasion de se pencher sur cette question importante, mettant directement en cause l'autonomie des règles prévues au Livre X du *Code civil du Québec* par rapport aux principes généraux du droit international privé canadien. Sa réponse fut claire. Au Québec, en raison de la codification des règles du droit international privé, les tribunaux doivent d'abord et avant tout examiner le *libellé* des dispositions du code et ensuite chercher à savoir si l'interprétation qui se dégage du texte est compatible avec les principes généraux du droit international privé (ordre et équité), principes généraux qui ne sont pas en soi des règles contraignantes mais plutôt des guides²². Appliquant cette méthode à la question précise de savoir si le critère du préjudice prévu à l'article 3148 C.c.Q. devait être « réinterprété » à la lumière du critère du « lien réel et substantiel », la Cour conclut que cela n'est pas nécessaire. En effet, selon elle, les dispositions prévues au

²⁰ Les juges Beaugard et Chamberland, j.c.a.

²¹ Autrement dit, il n'y aurait pas, en ce cas, de lien « réel et substantiel » entre le litige et le Québec.

²² *Spar Aerospace*, supra note 7 au para. 23.

Code civil du Québec en la matière assurent en elles-mêmes un « lien réel et substantiel » entre l'action et la province. Selon la Cour, chacun des critères énumérés au paragraphe troisième de l'article 3148 C.c.Q. (faute, fait dommageable, préjudice, contrat) constitue un cas où il y a, en principe, un lien réel et substantiel entre l'action et la province. Et si tel n'était pas le cas dans le cadre d'une affaire particulière, la doctrine du *forum non conveniens* permettrait de faire contrepoids et de restreindre la large assise juridictionnelle que confère l'article 3148 du *Code civil du Québec* aux tribunaux québécois²³.

Bref, la Cour préfère l'analyse du juge Philippon dans l'affaire *Regenair* (qu'elle reprend d'ailleurs²⁴), précisément parce que celle-ci accorde primauté au *texte* du code, étant cependant entendu que les textes doivent être interprétés en tenant compte des principes généraux sous-jacents.

Cette mise au point n'a évidemment rien de révolutionnaire : il ne s'agit là que d'appliquer la méthode civiliste telle qu'on la connaît depuis toujours²⁵. Mais il n'était peut-être pas inutile de le rappeler, dans le contexte où, précisément, le droit international privé canadien fait l'objet depuis plusieurs années d'une vaste entreprise de réforme qui a amené la Cour suprême à en énoncer les principes en des termes rationnels, abstraits et généraux. Ceux-ci peuvent certes se révéler utiles pour la compréhension générale de la matière, mais ce que la Cour nous dit dans *Spar Aerospace* c'est que ces principes généraux ne doivent pas supplanter, au Québec, les dispositions législatives prévues au Code civil. L'arrêt *Spar Aerospace* établit ainsi l'autonomie du Livre X du *Code civil du Québec* en matière de conflits de juridictions dans cet environnement un peu particulier qu'est le droit international privé canadien contemporain moderne, autonomie qui reste évidemment sujette aux contraintes constitutionnelles qui s'appliquent au Québec comme ailleurs au pays.

Ironiquement, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Banque de Montréal c. Hydro Aluminium Wells*²⁶, a par la suite jugé, sur la base d'une assez audacieuse distinction, que la *ratio decidendi* de l'arrêt *Spar Aerospace* ne l'empêchait pas de continuer à appliquer le précédent établi par la majorité dans l'affaire *Regenair*²⁷, précédent qui, à ce jour, continue

²³ *Ibid.*, au para. 55 et suiv.

²⁴ *Ibid.*, au para. 59.

²⁵ Cf. Frederick P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Wilson & Lafleur, 1907; Ethel Groffier, *La réforme de droit international privé québécois*, Montréal, Yvon Blais, 1993 au para. 124.

²⁶ *Banque de Montréal c. Hydro Aluminium Wells*, J.E. 2004-679 (C.A.).

²⁷ *Supra* note 19 au para. 47 et ss. et par. 58.

donc d'être suivi au Québec en dépit de l'arrêt *Spar Aerospace*²⁸. Les tribunaux québécois ont ainsi utilisé une technique classique de *common law* (le « *distinguishing* ») pour s'écarter d'un arrêt de la Cour suprême canadienne visant à rétablir la méthode classique d'interprétation civiliste quant à une disposition du *Code civil du Québec*. Qui a dit que le Canada n'était pas un pays intéressant?

Encore plus ironique à notre avis : la majorité de la Cour suprême elle-même, dans son arrêt *Dell Computer*²⁹ de 2007, a énoncé – sur la base d'un raisonnement qui, il faut bien le dire, laisse grandement à désirer – que le droit international privé québécois serait d'inspiration anglaise! Elle en arrive à cette conclusion surprenante en escamotant les origines civilistes du droit international privé québécois³⁰ pour s'arrêter plutôt uniquement à la *structure* générale du Livre X du Code, laquelle reflèterait, selon elle, une conception anglaise du droit international privé³¹. Avec égards, ce raisonnement ne convainc guère. S'il est vrai que le droit international privé québécois ait pu parfois être influencé par certains concepts de *common law* (tel le *forum non conveniens*), et s'il est vrai également que la nationalité comme facteur de rattachement n'a pas ici l'importance qu'elle peut avoir dans les juridictions européennes, il n'en demeure pas moins que le droit international privé québécois est essentiellement de facture, de tradition et de méthode civiliste et que ni la structure, ni le contenu du Livre X ne déroge à la tradition civiliste du droit international privé³². Il est pour le moins étonnant qu'après avoir rappelé avec force le caractère civiliste du droit international privé québécois dans *Spar Aerospace*, la majorité de la Cour Suprême (les juges LeBel, Bastarache et Fish étant dissidents) remette cela en cause quelques années plus tard dans *Dell Computer*. Cela l'est d'autant plus que ce recours au droit international privé anglais ne visait qu'à justifier l'utilisation de définitions de certains auteurs anglais quant à la notion d'élément d'extranéité³³, alors que les définitions qu'en donnent les ouvrages civilistes, notamment français ou québécois, s'accordent avec elles³⁴. Ce détour par le droit anglais, ou plus précisément ce détournement des sources du droit international privé québécois, n'était donc ni justifié, ni nécessaire, ni

²⁸ Cette controverse alimente encore les débats : cf. Geneviève Saumier « *La compétence internationale des tribunaux québécois et le paragraphe 3148 C.c.Q. : compétence légitime ou exorbitante* », conférence présentée le 20 mars 2009 devant l'Association du Barreau Canadien.

²⁹ *Dell Computer*, supra note 9.

³⁰ Cf. Goldstein et Groffier, supra note 1, nos. 17 et suiv.

³¹ *Dell Computer*, supra note 9 aux paras. 13-15.

³² Voir, par exemple, les commentaires de Goldstein et Groffier, aux pp. 36-39.

³³ *Dell Computer*, supra note 9 au para. 27.

³⁴ *Ibid.*

même utile. Il est à espérer que la Cour revienne bientôt sur cette question et clarifie les choses.

C) *L'autonomie des parties*

La Cour suprême a rendu un autre arrêt important en matière de conflit de juridictions dans l'affaire *Grecon Dimter*³⁵. On sait qu'avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, les clauses d'élection de for n'avaient pas pour effet d'exclure la compétence des tribunaux québécois, car on considérait que la compétence internationale des tribunaux québécois était d'ordre public³⁶. Le nouveau Code est venu modifier cette situation en prévoyant, au second paragraphe de l'article 3148 C.c.Q., que les parties peuvent conférer une juridiction exclusive à un forum étranger.

Dans l'affaire *Grecon Dimter*, le défendeur, qui était poursuivi au Québec en raison de déficiences à une machine qu'il avait revendue au demandeur, voulait appeler en garantie la société allemande qui lui avait vendu la machine en premier lieu. Le contrat liant le « défendeur/demandeur en garantie » à cette société allemande contenait cependant une élection de for en faveur des tribunaux allemands. Selon le second paragraphe de l'article 3148, cette clause enlevait compétence aux tribunaux québécois sur l'action en garantie que voulait intenter le défendeur contre la société allemande. Par ailleurs, l'article 3139 du C.c.Q. donne compétence aux tribunaux québécois sur les demandes incidentes (ce qui inclut une action en garantie) lorsqu'ils sont compétents sur la demande principale, ce qui était le cas en l'espèce.

Il y avait donc conflit entre l'article 3139 C.c.Q. et le second paragraphe de l'article 3148 C.c.Q., et il fallait décider quelle disposition avait préséance en de telles circonstances.

Les textes du Code n'étant d'aucun secours à cette fin, la Cour suprême, fidèle à la méthode mise de l'avant dans *Spar Aerospace*, a examiné les principes sous-jacents aux dispositions en cause. Elle a indiqué que le respect de l'autonomie des parties était l'un des principes directeurs du nouveau Code en matière de droit international privé, et ce, d'autant plus que le respect du choix des parties favorise la sécurité juridique, et donc l'ordre, valeur primordiale du droit international privé. L'utilisation efficiente des ressources judiciaires, lorsque l'action principale et l'action en garantie sont jugées devant le même forum (qui est

³⁵ *Supra* note 8.

³⁶ Cf. *Les importations Cimel Ltd. c. Pier-Augé Produits de beauté*, [1987] R.D.J. 518. (C.A.).

le fondement de l'article 3139 C.c.Q.), est un élément, certes non négligeable, mais de moindre importance³⁷. Cela étant, il convenait de donner préséance à la clause d'élection de for et de rejeter, en dépit de l'article 3139 C.c.Q., l'action en garantie intentée devant les tribunaux du Québec.

L'arrêt *Grecon Dimter* nous semble important parce qu'il marque l'aboutissement du virage à 180 degrés du droit québécois en matière de choix de forum par les parties : d'inefficaces qu'elles étaient il n'y a pas si longtemps³⁸, les clauses d'élection de for ou d'arbitrage sont désormais obligatoires, écartant même l'application de dispositions législatives qui pourraient, à première vue, contrevenir à leur pleine efficacité.

D) L'élément d'extranéité

Dans l'arrêt *Dell Computer*, rendu en 2007³⁹, et que nous avons déjà évoqué, la Cour suprême a notamment cherché à cerner la notion d'« élément d'extranéité » dans le contexte particulier d'une clause compromissoire contenue à un contrat de consommation.

Une personne domiciliée au Québec, M. Dumoulin, avait acheté un ordinateur dans les circonstances suivantes. À la suite d'une erreur informatique, les prix annoncés de certains ordinateurs sur le site internet de *Dell Computer*, une société dont le siège social est à Toronto, étaient ridiculement bas. Découvrant son erreur, Dell avait pris des mesures immédiates pour empêcher les internautes d'avoir accès aux pages internet contenant les bons de commande erronés. M. Dumoulin (et de nombreux autres) avait néanmoins réussi (par l'utilisation de liens informatiques qualifiés de « profonds ») à avoir accès aux formulaires en cause et commandé un ordinateur au prix qui y figurait. Peu après, Dell avait publié un avis de correction du prix, indiquant par ailleurs qu'elle refuserait d'honorer les commandes faites par l'entremise des pages internet erronées. Un recours collectif fut alors entrepris par l'Union des consommateurs au profit de tous ceux qui avaient passé une commande similaire à celle de M. Dumoulin, le représentant du groupe.

Les termes du contrat d'achat de l'ordinateur prévoyaient cependant que tout litige serait soumis à l'arbitrage, lequel devait se dérouler sous l'égide du National Arbitration Forum (NAF), un organisme américain. *Dell* demandait donc le rejet du recours collectif, en se fondant sur cette clause compromissoire. M. Dumoulin invoquait cependant, entre autres

³⁷ *Supra* note 8 au para. 37.

³⁸ *Supra* note 36.

³⁹ *Supra* note 9.

motifs, que cette clause compromissaire ne lui était pas opposable, l'article 3149 C.c.Q. rendant inopposable au consommateur québécois toute renonciation à la compétence des autorités québécoises⁴⁰. Dell rétorquait que, selon les règles de la NAF, rien n'empêchait que l'arbitrage se déroule au Québec.

La question qui se soulevait était donc de savoir si, dans ces circonstances, la clause compromissaire prévue au contrat était opposable aux membres du groupe. La Cour suprême s'est divisée à 6 contre 3.

Pour la majorité, l'article 3149 C.c.Q. était inapplicable en l'espèce, à défaut d'un élément d'extranéité pertinent. Selon les juges majoritaires, pour que les dispositions du Livre X du *Code civil du Québec* entrent en jeu, il faut, au point de départ, qu'il y ait un élément d'extranéité pertinent. Or, en l'espèce il n'y en aurait pas eu puisqu'un arbitre, contrairement aux tribunaux étrangers, est une institution géographiquement neutre, en soi sans for. Ainsi, le fait de prévoir une clause compromissaire, même si l'arbitrage doit se dérouler sous l'égide d'un organisme étranger, n'a pas pour effet d'« internationaliser » la situation et, puisque Dell admettait que l'arbitrage pouvait avoir lieu au Québec, l'article 3149 C.c.Q. devenait inapplicable en l'absence d'une situation « internationale ». Or, au moment de la conclusion du contrat en cause, rien n'interdisait, en droit interne, l'arbitrage obligatoire en matière de contrat de consommation.

Pour les juges de la minorité cependant (les juges LeBel, Bastarache et Fish), l'historique des dispositions législatives en cause démontreraient qu'il n'y a pas lieu de distinguer les clauses d'élection de for des clauses compromissaires puisqu'elles visent toutes deux le même objectif, soit d'enlever aux tribunaux québécois la compétence qui leur est normalement attribuée. Or, puisqu'une clause d'élection d'un for étranger est nécessairement visée par l'article 3149 C.c.Q., il devrait donc en être de même d'une clause d'arbitrage. Ces clauses « internationalisent » en quelque sorte la situation puisqu'elles visent toutes deux à limiter la compétence internationale des tribunaux québécois. Partant, l'article 3149 C.c.Q. devrait s'appliquer tant à l'une qu'à l'autre et interdire l'arbitrage obligatoire prévue dans un contrat de consommation. Par ailleurs, les juges minoritaires soulignent qu'il serait tout de même étrange de penser qu'un arbitre agissant sous l'égide d'un organisme américain soit une « autorité québécoise » aux termes de l'article 3149 C.c.Q.

⁴⁰ Art. 3149 C.c.Q. : « Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée. »

Nous l'avouons sans ambages, l'arrêt *Dell* nous laisse perplexe.

Bien que nous soyons d'accord avec le principe voulant que les dispositions du Livre X du *Code civil du Québec* n'entrent en jeu qu'en présence d'un élément d'extranéité pertinent (cela apparaît logique), nous voyons mal comment l'on peut dire qu'il n'y avait pas en l'espèce de tel élément : lorsqu'un contrat est conclu entre une personne domiciliée au Québec et une corporation domiciliée en Ontario, on est, nous semble-t-il, face à une situation de droit international. Cela est encore plus vrai lorsque le contrat contient une clause compromissoire qui doit être analysée comme un second contrat international⁴¹. On a donc, au point de départ, deux contrats internationaux, dont un contrat d'arbitrage international. Comment dire, en un tel cas, que les dispositions du Livre X, et plus particulièrement l'article 3149 C.c.Q., n'entrent pas en jeu? Il est vrai que les parties, devant la Cour supérieure et devant la Cour d'appel, semblaient admettre que le contrat en question était visé par les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*⁴². Fort bien, mais cela ne signifie pas pour autant que ce contrat en était un de « droit interne » : selon l'article 3117 C.c.Q., le droit impératif en vigueur au domicile du consommateur s'applique en principe au contrat de consommation « international ». Le contrat conclu entre M. Dumoulin et Dell pouvait donc à la fois être « international » et soumis aux dispositions impératives de la *Loi sur la protection du consommateur*.

Par ailleurs, on reste sceptique devant l'affirmation des juges de la minorité selon laquelle une clause d'arbitrage ait *en soi* pour effet d'« internationaliser » une situation qui ne le serait pas par ailleurs. Si deux personnes domiciliées au Québec y concluent un contrat visant un bien qui y est situé on voit mal comment le seul fait d'inclure une clause compromissoire aurait pour effet « d'internationaliser » la situation. Il s'agit là d'une situation purement interne qui ne met aucunement en cause le droit international privé. Ce n'est qu'en présence d'une situation internationale qu'une clause compromissoire a pour effet de retirer la compétence *internationale* des tribunaux québécois.

Quoiqu'il en soit, soulignons que la *Loi sur la protection du consommateur* a été amendée en 2006 par la *Loi 48*⁴³, afin précisément d'interdire l'arbitrage obligatoire en matière de contrats de consommation.

⁴¹ *Dell Computer*, supra note 9 au para. 74.

⁴² L.R.Q., c. P-40.1.

⁴³ *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, ch. 56.

Cette modification est entrée en vigueur au lendemain de l'audition de l'affaire *Dell Computer*⁴⁴.

En dépit de cette évolution législative, l'arrêt *Dell Computer*, du point de vue du droit international privé, reste important en raison du fait que la Cour a tenté d'y cerner la notion fuyante d'élément d'extranéité⁴⁵. A notre avis cependant, la majorité de la Cour semble avoir adopté une vision trop étroite de cette notion en ne se concentrant que sur l'arbitrage en tant que tel, plutôt que de constater que cet arbitrage était imposé par le biais d'un contrat conclu entre deux personnes domiciliées dans deux juridictions différentes, donc d'un contrat international, d'où l'application du Livre X du C.c.Q.

3. Les enjeux

Nous n'en mentionnerons que deux : les recours collectifs « multi-juridictionnels » et l'interprétation de l'article 3126 C.c.Q., relatif à la règle de conflit applicable à la responsabilité délictuelle.

A) Recours collectifs

Le Livre X du *Code civil du Québec* ne contient pas de règles spécifiques aux recours collectifs, notamment quant à la juridiction des tribunaux. Depuis quelques années, les tribunaux des provinces canadiennes ont commencé à autoriser⁴⁶ des recours collectifs dont les membres incluent des personnes qui ne sont pas domiciliées dans leur juridiction, ce qui n'est

⁴⁴ Celle-ci a été jugée selon le droit antérieur, la Loi 48 n'ayant pas d'effet rétroactif (cf. *Dell Computer*, supra note 9).

⁴⁵ La notion d'élément d'extranéité pertinent est à la base même du droit international privé. Paradoxalement, il s'agit d'une notion mal définie. Un tel paradoxe se rencontre assez fréquemment : l'accord de volontés est au fondement du droit des contrats, mais tout accord de volontés ne crée pas nécessairement un contrat (cf. les exemples classiques de l'invitation (acceptée) à dîner ou du voisin qui « accepte » (à titre gratuit) d'aider à déplacer un objet lourd : il y a certes « accord », mais y a-t-il contrat?). La question de savoir quand un accord de volontés crée un contrat dépend à la fois de facteurs subjectifs (volonté des parties de s'obliger) et objectifs (l'entente en question est-elle visée par un contrat nommé au Code civil? : e. g. le prêt d'un livre à un ami), facteurs qui sont rarement analysés, ou même mentionnés, par les ouvrages classiques en la matière (cf. cependant l'analyse approfondie de A. Popovici, *La couleur du mandat*, Ed. Thémis, 1995 aux pp. 503 et suiv.).

⁴⁶ Ou encore « certifier », selon l'expression utilisée dans les provinces de *common law*, dont la mécanique à cet égard diffère quelque peu de cette prévue au Code de procédure civile. Dans ces provinces, le recours existe d'abord à titre individuel et ne devient collectif que par sa « certification »; si celle-ci n'intervient pas, le recours intenté demeure, mais à titre individuel. Au Québec, le recours est « collectif » dès le départ, mais

pas sans soulever certaines difficultés, lesquelles ont fait l'objet d'opinions divergentes de la part de certains juges de la Cour d'appel dans les récentes affaires *Hocking c. Haziza*⁴⁷ et *Société canadienne des postes c. Lépine*⁴⁸.

La Cour suprême, qui avait accepté de se saisir de l'affaire *Lépine*, a rendu sa décision en avril 2009⁴⁹. Pour les nombreux observateurs qui s'attendaient à ce que la Cour y établisse un cadre conceptuel et des règles de juridiction précises en matière de recours collectifs « multi-juridictionnels », cette décision s'est révélée décevante⁵⁰. Certes, la Cour énonce que de tels recours sont parfois nécessaires et indique qu'il peut alors être important de constituer des sous-groupes, notamment au regard du droit applicable au litige. Elle insiste aussi sur l'importance, dans ce cas, de la clarté des avis aux membres, notamment à l'égard des membres non-résidents. Cela fait, elle renonce cependant à établir le cadre conceptuel que plusieurs attendaient avec impatience pour ces recours, laissant ce soin aux législatures provinciales. L'élaboration de règles précises relatives à la juridiction des tribunaux provinciaux en matière de recours collectif « multi-juridictionnels » reste donc à faire et ce sera certainement un enjeu important des années à venir étant donné la prévalence sans cesse croissante des recours collectifs dans le paysage judiciaire canadien.

Par ailleurs, dans *Lépine*, la Cour a eu l'occasion de clarifier les règles québécoises relatives à la reconnaissance des jugements étrangers en rejetant l'application de la théorie du « petit miroir »⁵¹(selon l'expression proposée par le professeur Glenn)⁵². Selon cette théorie, le juge québécois pourrait refuser de reconnaître une décision étrangère lorsqu'il considère que le tribunal ayant rendu la décision d'origine, bien que compétent, eût du décliner cette compétence en application de la doctrine du *forum non conveniens*. Les textes du Code pouvaient laisser place à l'application de cette thèse⁵³, bien que celle-ci rende évidemment beaucoup plus imprévisible la détermination de la compétence internationale du tribunal

le représentant doit d'abord obtenir l'autorisation de l'intenter; si cette autorisation est refusée, il n'y a plus aucun recours.

⁴⁷ [2008] R.J.Q. 1189 (C.A.) [*Hocking*].

⁴⁸ 2007 QCCA 1092.

⁴⁹ 2009 CSC 16, [2009] 1 R.C.S. 549 [*Lépine*].

⁵⁰ Geneviève Saumier, « Competing Class Actions Across Canada : Still at the Starting Gate after *Canada Post v. Lépine* » (200) Can. Bus. L.J. 462.

⁵¹ *Ibid.* au para. 34.

⁵² H. Patrick Glenn, « Droit international privé », dans *La Réforme du Code civil*, t. 3, Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 669.

⁵³ Cf. art. 3164 C.c.Q.

étranger aux fins de la procédure en reconnaissance. L'application du « petit miroir », favorisée par certains auteurs, avait notamment été entérinée par la juge Bich de la Cour d'appel dans l'affaire *Hocking*. La Cour suprême, dans *Lépine*⁵⁴, la rejette cependant, la jugeant incompatible avec le texte du paragraphe 3155(1^o) C.c.Q. et susceptible de nuire à la prévisibilité des solutions. Cet aspect de la décision favorise donc la reconnaissance des jugements étrangers par les tribunaux québécois. À l'inverse, en décidant que les tribunaux québécois sont « premiers saisis » d'un recours collectif lorsque la demande en autorisation a été introduite au Québec en premier lieu et ce, même si un tel recours est certifié dans une autre province avant d'être autorisé au Québec, la Cour suprême donne une interprétation libérale à l'exception prévue au quatrième alinéa de l'art. 3155 C.c.Q.⁵⁵, ce qui n'est pas de nature à favoriser la reconnaissance des jugements rendus en matière de recours collectifs dans les autres provinces canadiennes. On rejoint, encore là, la méthode préconisée dans l'arrêt *Spar Aerospace* : primauté du texte du Code sur les principes généraux du droit international privé (en l'occurrence celui établi dans l'arrêt *Morguard*).

B) Responsabilité délictuelle⁵⁶

On peut penser que, dans les prochaines années, l'article 3126 C.c.Q., relatif à la règle de conflit applicable à la responsabilité civile délictuelle (et qui n'a jusque'ici pas trop fait de bruit), fera parler de lui, notamment en raison de la récente adoption, par le Parlement européen, de la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)⁵⁷.

Cette loi européenne, fidèle à la tendance contemporaine, établit le principe qu'en cas de dissociation géographique entre les divers éléments d'un délit (faute commise en un lieu, préjudice subi en un autre), c'est la loi du *situs* du préjudice qui gouverne le délit. L'article 3126 C.c.Q. est au même effet, mais uniquement lorsque l'auteur de la faute devait prévoir que le préjudice serait susceptible de se manifester ailleurs qu'au lieu où il a agi (ou omis d'agir). Or, les auteurs québécois ne s'entendent guère sur l'interprétation à donner à cette portion du texte (prévisibilité selon des critères objectifs ou subjectifs?)⁵⁸ et on peut penser que les tribunaux québécois devront tôt ou tard se pencher sur cette question.

⁵⁴ *Supra* note 49 aux paras. 23, 34.

⁵⁵ *Ibid.* aux paras. 54 et suiv.

⁵⁶ Et non « extracontractuelle », pour les raisons indiquées ci-après.

⁵⁷ Règlement (C.E.) No 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la Loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

⁵⁸ Emanuelli, *supra* note 11, par. 567; Goldstein et Groffier, *supra* note 1, T.2 « Règles spécifiques », Montréal, Éd. Yvon Blais, 2003, p. 838; Serge Gaudet et Patrick Ferland, *Droit international privé*, Collection de droit 2008-09, Y. Blais, 2008 à la p. 267.

En outre, et surtout, la loi européenne, qui exclut expressément de son champ d'application certains cas de responsabilité « non contractuelle » qui sont intimement rattachés à d'autres institutions (droit de la famille, des sociétés) fait expressément ressortir le fait que la *lex loci delicti* n'a pas nécessairement vocation à régir toute forme de responsabilité « non contractuelle », et qu'elle ne viserait en fait que la seule responsabilité *délictuelle*. Par exemple, selon Rome II, la responsabilité des administrateurs est régie non pas par la *lex loci delicti*, mais plutôt par la loi qui crée leur poste, soit la loi applicable à la société qu'ils administrent. La loi européenne fait donc ressortir le fait que la *lex loci delicti* doit être limitée à la responsabilité délictuelle et qu'il ne faut pas penser que cette règle de conflit (à l'instar de l'art. 3126 C.c.Q.) s'applique à toute forme de responsabilité extracontractuelle, peu importe le contexte particulier dans lequel une telle responsabilité s'insère.

Cette précision est importante. En effet, en adoptant de façon générale la *summa divisio* « responsabilité contractuelle / extracontractuelle », le droit civil contemporain de la responsabilité occulte le fait que la responsabilité *délictuelle* (i.e. celle qui fait *naître* une relation débiteur-créancier) ne doit pas être confondue avec la responsabilité « non contractuelle » qui découle de l'inexécution d'une obligation préexistante « non contractuelle » (par exemple, une obligation légale). En effet, en ce dernier cas, comme en matière contractuelle, la relation débiteur-créancier (i.e. l'obligation) *préexiste* à la naissance de la responsabilité⁵⁹. Ainsi, le tuteur qui n'exécute pas les devoirs que la loi lui impose dans la gestion des biens de son pupille engage sa responsabilité « extracontractuelle » envers lui, mais il s'agit là d'une responsabilité légale et non pas *délictuelle*. Si, en droit interne, cette distinction n'a guère d'incidence, elle est importante en droit international privé puisque la règle de conflit applicable à la responsabilité délictuelle (la *lex loci delicti*) ne vise pas une telle hypothèse : la responsabilité du tuteur envers son pupille n'est pas régie par la *lex loci delicti* (ni le lieu de la faute, ni le lieu du préjudice n'ont ici d'importance), mais plutôt par la loi applicable à la tutelle, puisqu'une telle responsabilité légale *découle* de l'inexécution des obligations prévues par la loi qui s'applique à la tutelle⁶⁰.

⁵⁹ En d'autres termes, la responsabilité délictuelle est une source directe d'obligations qui est soumise à sa propre règle de conflit, alors que la responsabilité qui découle de l'inexécution d'une obligation préexistante (contractuelle ou légale) n'est qu'un des recours du créancier, une « responsabilité-sanction ». Il est logique, du point de vue du droit international privé, que cette « responsabilité-sanction » soit soumise à la loi qui est applicable à l'obligation d'origine puisqu'elle en est l'accessoire. C'est d'ailleurs ce qu'indique l'art. 3127 C.c.Q. quant à la responsabilité contractuelle, lequel, selon nous, applique au cas particulier du contrat un principe général visant à toute obligation préexistante, qu'elle soit ou non de nature contractuelle.

⁶⁰ Cf. Gaudet et Ferland, *supra* note 58 à la p. 268.

4. Conclusion

On peut conclure en disant que, bien que tout ne soit pas parfait, le droit international privé québécois se porte bien quinze ans après sa codification : cette dernière, notamment en matière de conflits de juridictions, a apporté une souplesse qui était nécessaire et que les tribunaux ont su appliquer de manière à ne pas indûment porter atteinte à la sécurité juridique. L'autonomie du Code et des parties, réitérées par la Cour suprême, favorisent elles aussi la sécurité des transactions internationales. On peut cependant regretter que la majorité de la Cour ait indiqué, dans *Dell Computer*, que le droit international privé québécois soit d'origine anglaise, ce qui non seulement est inexact, mais sape en partie la force des principes énoncés par elle dans l'arrêt *Spar Aerospace*.

En terminant, sur une note plus personnelle, nous nous permettons de formuler un souhait. Sauf erreur de notre part, aucune des facultés de droit du Québec ne rend présentement obligatoire le cours de droit international privé. Or, nous considérons qu'il s'agit d'une matière qui devrait nécessairement faire partie du bagage de tout bachelier en droit. D'ailleurs à l'Université de Sherbrooke au début des années '80, la matière était obligatoire. Ce n'était certes pas, en général, la matière préférée des étudiants car elle n'est pas nécessairement facile et peut se montrer aride et abstraite, ils est heureux qu'on nous ait obligés à l'étudier. Nous y avons appris, du professeur Jeffrey Talpis – que je salue ici les rouages d'une matière qui est des plus utiles à la pratique quotidienne de plusieurs. Nous sommes d'ailleurs convaincu que plusieurs de nos confrères et consœurs qui, ayant eu le choix, ont décidé de ne pas suivre le cours de droit international privé s'en mordent un peu les doigts aujourd'hui. Il serait, nous semble-t-il, souhaitable, en ces temps d'internationalisation et de mondialisation, de forcer un peu la main des étudiants d'aujourd'hui. À cet égard, les facultés de droit devraient penser à suivre la voie tracée par la section civile de la faculté de droit de l'université d'Ottawa qui vient récemment de rendre obligatoire le cours de droit international privé. Bien qu'on ait souvent de la difficulté à l'admettre au Québec, l'exemple vient parfois d'Ottawa!

ABSTRACT

An analysis of private international law jurisprudence in Quebec over the last fifteen years reveals the definite prevalence of cases involving conflict of jurisdictions.

Accordingly, it is not surprising that these are matters which have been entertained by the Supreme Court of Canada since the *Civil Code of Québec* came into force. For fifteen years now, the core of the work done by the courts, in particular the Supreme Court, has related to the interpretation or implementation of the new conflict of jurisdiction rules.

This will be the topic of the first part. The second part offers some brief thoughts on the issues that could make legal headlines in this area in the years ahead.