

LA LITISPENDANCE INTERNATIONALE ET LA RÉVOCATION DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS APRÈS L'ARRÊT *RS c PR*

Gerald Goldstein*

Dans l'arrêt commenté, la Cour suprême du Canada présente une interprétation des conditions de la litispendance internationale (art. 3137 CcQ). Elle accepte un léger fardeau de la preuve de la condition de susceptibilité de reconnaissance de la décision étrangère. L'auteur favorise plutôt la position dissidente plus exigeante. À juste titre, selon l'auteur, la Cour suprême écarte une conception restrictive du pouvoir discrétionnaire de ne pas accepter la litispendance. Incidemment, l'auteur propose une interprétation de la loi applicable à la révocation des donations entre époux et critique l'interprétation donnée dans cette affaire aux règles de compétence internationale indirecte en matière de divorce.

In the decision under comment, the Supreme Court of Canada provides an interpretation of the conditions for international lis pendens (art. 3137 CCQ). The Court accepts a light burden of proof for the condition of susceptibility of recognition of foreign judgment. The author instead favours the more restrictive dissenting position. The Supreme Court—rightly, according to the author—rejects a more restrictive conception of the discretionary authority not to accept lis pendens. Incidentally, the author proposes an interpretation of the legislation that applies to the revocation of gifts between spouses and criticizes the interpretation provided in this case of the rules governing indirect international jurisdiction in matters of divorce.

Table des matières

Introduction	450
Section 1. Le conflit de l'affaire <i>RS c PR</i>	453
Par. 1. Les faits et les prétentions	453
A. Les faits	453
B. Les prétentions des parties	454

* Professeur titulaire et directeur du programme de maîtrise en droit comparé, Faculté de droit, Université de Montréal; Licence, Maîtrise, D.E.S.S. (Université Paris I, Panthéon-Sorbonne), LL.M, D.CL. (Université McGill). L'auteur remercie les lecteurs de la première version de ce texte, particulièrement Me Xavier Van Overmeire (Dentons Canada) : leurs commentaires ont favorisé une rédaction plus précise et un style plus léger.

Par. 2. Les décisions contradictoires de la Cours supérieure et de la Cour d'appel	455
A. L'identité d'objet entre les procédures belges et québécoises	456
B. La susceptibilité de reconnaissance de la décision belge	457
C. L'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la litispendance	458
Section 2. Analyse critique de la décision de la Cour suprême dans l'affaire <i>RS c PR</i>	459
Par. 1. La litispendance internationale selon l'article 3137 CcQ	459
A. L'analyse de l'identité d'objet dans la perspective de la litispendance	459
B. La preuve requise relative à la condition de susceptibilité de reconnaissance	461
1. La charge de la preuve	461
2. Le degré de preuve exigé	462
C. L'exercice du pouvoir discrétionnaire donné par l'article 3137 CcQ ...	464
1. Rejet de la conception restrictive de la Cour d'appel	464
2. Des différences du pouvoir discrétionnaire entre la litispendance (art. 3137 CcQ) et le <i>forum non conveniens</i> (art. 3135 CcQ)	467
a. Absence de caractère exceptionnel de la litispendance	467
b. Il suffit de prouver le caractère approprié de la compétence étrangère	468
3. La norme d'intervention applicable à l'espèce	469
Par. 2. La loi applicable à la révocation des donations entre époux	470
Par. 3. L'interprétation des règles de compétence indirecte en matière de divorce	476
Conclusion	478
i —De la nature fuyante de l'objet d'un litige	478
ii —Un fardeau de preuve peu onéreux	478
iii —Du pouvoir discrétionnaire et du choix des mots du droit	479

Introduction

*Si l'argent ne fait pas le bonheur, il permet de souffrir confortablement*¹.

Les faits de l'affaire *RS c PR*² fournissent une illustration frappante des conflits de procédures et de lois applicables que les sentiments personnels peuvent parfois volontairement provoquer en situation internationale.

Ils reflètent aussi particulièrement bien l'importance cruciale donnée de nos jours au conflit international de juridictions, même en droit de

¹ Proverbe transmis à l'auteur par Anna Jakubowski (sa grand-mère).

la famille, alors que l'approche traditionnelle des pays de droit civil se concentre habituellement sur l'exposé savant et assez abstrait de la méthodologie de la résolution des conflits de lois. Dans cette affaire, en effet, trois cours, dont la Cour suprême, se sont penchées au Canada sur la seule question de la litispendance internationale—chacune aboutissant à un résultat opposé à la cour antérieure—avant même que le fond ne soit traité, et parallèlement les mêmes questions occupent les cours en Belgique.

Dans l'affaire *RS c PR*, l'essentiel des débats portait sur l'interprétation à donner à la litispendance internationale telle qu'elle se trouve codifiée à l'article 3137 CcQ³. Celui-ci énonce :

L'autorité québécoise, à la demande d'une partie, peut, quand une action est introduite devant elle, surseoir à statuer si une autre action entre les mêmes parties, fondée sur les mêmes faits et ayant le même objet, est déjà pendante devant une

² *RS c PR*, 2019 CSC 49 [RS c PR], inf 2017 QCCA 1470, [2017] AZ-51428714, [2017] JQ no 13361 (QL), 2017 CarswellQue 8510 (WL Can), inf 2016 QCCS 3357, [2016] AZ-51306801, [2016] JQ no 8472 (QL), 2016 CarswellQue 6631 (WL Can). Voir Elizabeth Raymer, « [SCC provides guidance on private international law in family law](#) », *Canadian Lawyer* (25 oct. 2019), en ligne : <www.canadianlawyermag.com/practice-areas/litigation/scc-provides-guidance-on-private-international-law-in-family-law-case/321268?utm_source=GA&utm_medium=20191028&utm_campaign=CLW-Newsletter&utm_content=A1AC31AD-4FA2-4F55-9E3C-9813F4957BB5&tu=A1AC31AD-4FA2-4F55-9E3C-9813F4957BB5>.

³ Sur ce sujet, voir : Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 au para 170 [Emanuelli (2011)]; Gerald Goldstein, *Droit international privé*, vol 2 « Compétence internationale des autorités québécoises et effet des décisions étrangères (art. 3134 à 3168 CcQ) », coll « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Yvon Blais, 2012, n° 3137 500 et s [Goldstein (2012)]; Gerald Goldstein et Ethel Groffier, *Droit international privé*, t I « Théorie générale », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 aux pp 321–28 aux para 136–37 [Goldstein et Groffier (1998)]; H Patrick Glenn, « Droit international privé » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code Civil*, t 3 « Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires », Sainte-Foy, Presse de l'Université Laval, 1993, 669 à la p 745 au para 75 [Glenn (1993)]; Jeffrey A Talpis et Jean-Gabriel Castel, « Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t 3 « Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires », Sainte-Foy, Presse de l'Université Laval, 1993, 801 à la p 903 aux para 427–32 [Talpis et Castel (1993)]; Frédérique Sabourin, « Fascicule 9 : Motifs permettant de ne pas exercer la compétence : forum non conveniens et litispendance internationale » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *JCQ Droit international privé*, LexisNexis, feuilles mobiles; Patrick Ferland et Guillaume Laganière, « Le droit international privé » dans École du Barreau du Québec, *Collection de droit 2019-2020*, vol 7 « Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé », Montréal, Yvon Blais, 2019, 271.

autorité étrangère, pourvu qu'elle puisse donner lieu à une décision pouvant être reconnue au Québec, ou si une telle décision a déjà été rendue par une autorité étrangère.

Plusieurs conditions cumulatives s'y trouvent et notamment les suivantes :

- 1°. Il faut prouver l'existence d'une **situation de litispendance** entre le tribunal québécois et un tribunal saisi à l'étranger, ce qui nécessite la preuve ...
 - i—de la **saisine en premier** par le tribunal étranger, ce qui implique la détermination de la date à prendre en considération pour cette saisine en application de notre conception de la saisine, telle qu'appliquée en l'espèce en tenant compte de la réalité du droit procédural étranger,
 - ii—de l'**identité** devant les deux cours des faits, de l'objet et des parties au litige.
- 2°. Il faut prouver que la décision étrangère est **susceptible de reconnaissance** devant le tribunal du Québec.
 - i—Quant au **contenu** des éléments à prouver, ceci implique l'analyse de l'application des conditions de l'article 3155 CcQ à la procédure en cours à l'étranger qui, en principe, n'a pas encore donné lieu à une décision. Ainsi, notamment, on doit évaluer la compétence internationale indirecte du tribunal et la conformité à l'ordre public procédural et quant au fond, de cette décision à venir.
 - ii—En conséquence, sur le plan du **standard de preuve**, il s'agit d'un pronostic, et non de prouver sans aucun doute que la décision à venir sera reconnue. La possibilité de reconnaissance suffit à ce stade.
- 3°. Même si ces deux conditions sont respectées, la cour doit exercer un **pouvoir discrétionnaire** puisque l'article précise que le juge *peut* et non doit accepter de surseoir à statuer. Ceci implique ...
 - i—une détermination des éléments susceptibles d'étayer une analyse des circonstances, qui devraient normalement être similaires à ceux utilisés dans le cadre de la théorie du *forum non conveniens*, autre pouvoir discrétionnaire.

- ii—une prise de position sur les **objectifs du sursis à statuer** dans le cadre de la litispendance (éviter un abus de procédure au Québec, dans un esprit d'équité procédurale entre les parties, et éviter les procédures parallèles, néfastes à une bonne administration de la justice).
- iii—une prise de position sur l'**orientation générale** de cette analyse : le sursis doit-il être favorisé ou faut-il utiliser ce pouvoir discrétionnaire de manière à concevoir la litispendance internationale comme une **exception**, analogue au caractère exceptionnel de la théorie du *forum non conveniens* ?

Une bonne partie de ces éléments d'analyse trouve une réponse dans l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire en cause que nous envisagerons d'un point de vue critique (section 2), après avoir précisé le conflit qui opposait les parties tel qu'il fut traité par la Cour supérieure et la Cour d'appel (section 1).

Section 1. Le conflit de l'affaire RS c PR

Nous examinerons brièvement les faits et les prétentions des parties (par. 1), puis les décisions rendues dans cette affaire par la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec (par. 2).

Par. 1. Les faits et les prétentions

A. Les faits

Une Marocaine et un Français vivent ensemble en France et y ont deux enfants. Ils se marient en Belgique en 2004 en passant un contrat de mariage adoptant le régime matrimonial belge de la séparation de biens. Ils obtiennent la nationalité belge en 2012. Ils s'établissent ensuite en permanence au Québec en 2013, s'y déclarent domiciliés et y acquièrent une résidence principale, en conservant une résidence secondaire en Belgique. En 2014, lors de vacances en Belgique, l'épouse annonce à son mari qu'elle ne veut plus vivre avec lui. Bouleversé par cette nouvelle, il décide de faire mettre les scellés sur la résidence belge. En conflit ouvert avec son épouse, il s'en méfie désormais et veut s'assurer qu'aucun des biens meubles se trouvant dans cette résidence n'en sera soustrait. Mais elle refuse d'en sortir. Elle y reste donc enfermée pendant trois jours. Pendant cette période, il intente un divorce en Belgique. Aussitôt sortie de la résidence belge, elle revient au Québec et y intente aussi un divorce, trois jours après la demande belge.

B. Les prétentions des parties

Devant les tribunaux belges, Monsieur demande le divorce, qui fut prononcé un peu plus tard, en plus de la liquidation de leur régime matrimonial de séparation. Ces deux points ne font pas directement l'objet d'un litige entre les parties.

Mais Monsieur veut aussi bénéficier en Belgique d'une règle belge lui permettant de révoquer sans motif les donations qu'il a faites à Madame, d'une valeur d'environ 33 millions de dollars.

Devant le tribunal belge, Madame conteste sa compétence internationale, invoque à titre subsidiaire le caractère inconstitutionnel de la règle belge sur la révocation des donations et réclame une prestation compensatoire.

Devant le tribunal québécois, invoquant une situation de litispendance internationale, l'époux demande que le tribunal accepte de surseoir à statuer en application de l'article 3137 CcQ afin que seuls les tribunaux belges continuent de statuer sur les prétentions respectives des parties.

Madame s'oppose au Québec à cette demande de litispendance et elle y demande le divorce et la garde des enfants. Ce dernier point ne fait pas l'objet de conflit entre les parties, car elles s'entendent pour que seul le tribunal québécois en soit saisi. Madame s'oppose à la révocation des donations en invoquant le droit québécois, nettement plus limitatif, qui interdirait cette révocation dans les circonstances. De plus, elle réclame l'application des règles sur le patrimoine familial, qui devraient notamment toucher la résidence familiale située au Québec, ainsi que l'attribution d'une pension alimentaire mensuelle, d'une somme globale et d'une prestation compensatoire.

À ce stade du litige, la seule question directement posée aux cours concernait la compétence juridictionnelle du tribunal québécois et, plus précisément, face à une situation de litispendance internationale, celle du sursis à statuer en application de l'article 3137 CcQ.

En réalité, le conflit juridictionnel est directement provoqué par la divergence des règles internes et des règles de conflit de lois du droit international privé belge et québécois.

Si la question de la révocation des donations entre époux est expressément régie par la règle de conflit belge relative aux effets du mariage, celle-ci devrait mener à la loi de la résidence habituelle des

époux lors des donations, qui désigne la loi interne belge, autorisant cette révocation, pour les donations faites pendant la période où la résidence était en Belgique, alors que celles faites ultérieurement au Québec devraient être régies par la loi interne québécoise, qui l'interdit. Devant le tribunal québécois, si la même question doit être qualifiée d'effet du mariage, en application de l'article 3089 CcQ⁴, on appliquera la loi du domicile commun des époux qui, selon notre opinion exposée en détail plus bas (Section 2, par. 2), devrait être celui au moment de la *révocation*, donc la loi québécoise.

En ce qui concerne le partage du patrimoine familial, la jurisprudence québécoise l'a qualifié d'institution tombant sous la qualification d'effet impératif du mariage⁵, régie comme la révocation des donations par la loi du domicile commun actuel, la loi québécoise, qui l'admet. Ceci devrait toucher la résidence québécoise d'une valeur approximative de 12 millions de dollars. Devant les tribunaux belges, il est possible que cette question de partage du patrimoine familial soit qualifiée de relative au régime matrimonial, qui serait alors gouverné par la loi belge, choisie par les parties, qui ne connaît aucun partage de patrimoine familial.

Le véritable enjeu—« l'éléphant [implicitement présent] dans la pièce », comme l'écrit la juge en Cour supérieure⁶—étant clairement déterminé, son traitement pratique dépendait de l'admission ou du refus de la litispendance par les tribunaux québécois.

Par. 2. Les décisions contradictoires de la Cours supérieure et de la Cour d'appel

En application du pouvoir discrétionnaire que lui donne l'article 3137 CcQ, la Cour supérieure refuse de surseoir à statuer. La Cour d'appel infirme cette décision et ordonne le sursis. La Cour suprême du Canada infirme à son tour la décision de la Cour d'appel et rétablit la décision de première instance, refusant le sursis.

En conséquence, les cours belges ayant elles-mêmes confirmé leur compétence et refusé de surseoir à statuer—puisqu'elles étaient saisies les premières—ou de se dessaisir du litige—puisque l'équivalent de la théorie du *forum non conveniens* n'existe pas en Belgique en principe—les

⁴ Sur ce sujet, voir : Emanuelli (2011), *supra* note 3; Harith Al-Dabbagh, « Fascicule 14 : Mariage et effets du mariage » dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Droit international privé*, LexisNexis [Al-Dabbagh].

⁵ *B(G) c C(C)*, [2001] RJQ 1435, REJB 2001-24303 (CA); *O(H) c B(C)*, [2001] RDF 692, JE 2001-2177, AJ-50104889, REJB 2001-27191 (CA).

⁶ *Droit de la famille—161738*, 2016 QCCS 3357 au para 61 [*Droit de la famille—161738* (CS)].

tribunaux belges et québécois vont continuer de procéder en parallèle, ce qui risque fort de déboucher sur des décisions contradictoires.

L'analyse des raisonnements des cours québécoises sur l'identité d'objet entre les procédures au Québec et en Belgique (A), sur la condition de susceptibilité de reconnaissance de la décision belge au Québec (B) et sur le pouvoir discrétionnaire donné au tribunal québécois (C) explique quels points la Cour suprême devait trancher et comment on en est arrivé à ce blocage.

A. L'identité d'objet entre les procédures belges et québécoises

Les parties s'étaient entendues devant la Cour supérieure pour considérer que l'on devait analyser *séparément* les divers objets de l'action (divorce, demande de liquidation du régime matrimonial, de partage du patrimoine familial, révocation des donations, etc.) afin d'en déduire notamment quelle cour, québécoise ou belge, était saisie en premier, ce qui constitue l'une des conditions de base pour considérer qu'il existe une situation de litispendance internationale.

La Cour supérieure avait donc décidé que si le tribunal belge était clairement saisi le premier du divorce et de la demande de liquidation du régime matrimonial, qui ne faisaient pas l'objet d'opposition entre les parties, au contraire, la cour québécoise avait été saisie en premier de la requête en partage du patrimoine familial et de celle relative à la révocation des donations. Il en découlait que l'article 3137 CcQ ne devait pas s'appliquer à ces questions, sous réserve éventuellement de décider de ne pas exercer la compétence québécoise en vertu de la théorie du *forum non conveniens* (question non réellement abordée en réalité)⁷. Ainsi, ces deux questions au centre du litige devaient être réglées directement par la cour québécoise en appliquant les règles de conflit du Québec, menant dans les deux cas à la compétence du droit québécois à la suite d'une qualification « d'effets impératifs du mariage » selon l'article 3089 CcQ.

En Cour d'appel, la position de Monsieur fut différente. Selon lui, il fallait se limiter à envisager l'objet de l'action principale pour déterminer l'antériorité de la saisie. En conséquence, seule l'action en divorce devait compter à titre d'action principale, toutes les autres devant être qualifiées d'actions accessoires. Il en découlait que, puisque l'action en divorce avait été présentée en Belgique 3 jours avant que l'épouse ne puisse le faire au Québec (en effet—selon sa propre volonté—elle était restée enfermée dans la maison en Belgique qui était sous scellés et ne pouvait pas en sortir pour

⁷ *Ibid* au para 103.

intenter alors l'action au Québec), toutes les demandes étaient sujettes à la litispendance devant le tribunal québécois.

La Cour d'appel admet ce raisonnement⁸ et se limite en conséquence en bonne partie à une analyse propre au divorce, à la condition de sa reconnaissance et notamment de celle de la compétence internationale du tribunal belge, sans tenir compte des règles spécifiques relatives au régime matrimonial (art. 3154 CcQ) et à celle en matière d'effets du mariage (art. 3145 CcQ).

B. La susceptibilité de reconnaissance de la décision belge

Pour considérer que la décision belge ne serait probablement pas susceptible d'être reconnue, condition additionnelle à la situation de litispendance et expressément énoncée dans l'article 3137 CcQ, la Cour supérieure a considéré qu'il existait une *forte probabilité* (« un grand risque ») que le résultat de la décision belge soit jugé contraire à l'ordre public du Québec⁹ en raison de la révocation sans motif des donations entre époux, qui devait résulter de la décision belge. Selon la juge, cette solution est à l'opposé de la conception québécoise¹⁰ :

Le C.c.Q. recherche l'équilibre entre les parties et la protection de l'époux vulnérable alors qu'en droit belge, l'on révoque toute donation par l'effet même du divorce ou sur demande en tout temps sans aucun souci pour les effets de ces révocations sur la situation économique de l'un ou l'autre des époux concernés.

Au contraire, la Cour d'appel remet en cause cette évaluation en tenant compte d'autres circonstances « plausibles et raisonnables »¹¹ et estime qu'il ne peut être « tenu pour avéré, à ce stade des procédures, que le tribunal québécois conclura que le résultat de la décision belge [...] sera manifestement incompatible avec l'ordre public international »¹². La Cour d'appel exige donc une preuve plus lourde, s'approchant de la *certitude* qu'il y aura refus de reconnaissance, pour refuser le sursis.

Selon la Cour d'appel, en cas de doute, comme en l'espèce, il faut alors exercer le pouvoir discrétionnaire donné par l'article 3137 CcQ, ce qui constitue le troisième point sur lequel les deux cours entrent en conflit.

⁸ *Droit de la famille—172244*, 2017 QCCA 1470 au para 66 et s, notamment aux para 77, 80, 88 [*Droit de la famille—172244* (CA)].

⁹ *Droit de la famille—161738* (CS), *supra* note 6 au para 124.

¹⁰ *Ibid* au para 116.

¹¹ *Droit de la famille—172244* (CA), *supra* note 8 au para 113.

¹² *Ibid* au para 114.

C. L'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la litispendance

La Cour d'appel a présenté une nouvelle conception du pouvoir discrétionnaire en distinguant trois hypothèses¹³. S'il est évident que la décision étrangère est susceptible d'être reconnue, le juge doit surseoir à statuer. Si, au contraire, il est évident que cette décision ne peut pas être reconnue, il doit refuser le sursis. Le pouvoir discrétionnaire n'apparaît que dans le troisième cas : s'il y a un doute sur la possibilité de reconnaissance, comme en l'espèce.

La Cour d'appel a admis, comme la Cour supérieure, que la liste non exhaustive des critères de ce pouvoir s'inspire de ceux utilisés dans le cadre de l'article 3135 CcQ¹⁴. Mais elle se concentre sur la loi applicable au fond, sur l'attitude des parties dans la perspective d'un forum shopping et sur la reconnaissance du jugement québécois en Belgique. Sans tirer de conséquence particulière du critère des lois applicables aux diverses questions litigieuses, elle affirme aussi que s'il y avait eu forum shopping en Belgique de la part de l'époux, ce qu'elle admet¹⁵, cela n'était pas abusif dans les circonstances, étant donné qu'il existait des liens réels avec la Belgique¹⁶.

En définitive, c'est le dernier élément qui, selon la Cour d'appel, devait orienter l'exercice du pouvoir discrétionnaire : il est clair qu'une décision québécoise n'aura aucune chance d'être reconnue en Belgique puisque les tribunaux belges, clairement compétents selon les règles du droit belge, ne vont pas se dessaisir, en raison du refus de la théorie du *forum non conveniens* en principe dans cet État. Donc, une décision belge contraire à celle du Québec ou encore le simple caractère pendant de la décision belge, alors que la Belgique est le tribunal premier saisi, viendra empêcher tout effet à une décision québécoise en Belgique du fait de l'autorité de chose jugée découlant de cette décision belge¹⁷. La Cour d'appel reproche alors à la Cour supérieure de ne pas avoir pris ce facteur en considération et estime qu'il s'agissait d'une erreur déterminante, ce qui matérialisait selon elle un exercice déraisonnable de son pouvoir discrétionnaire¹⁸.

¹³ *Ibid* au para 94.

¹⁴ *Ibid* aux para 124–25.

¹⁵ *Ibid* au para 144 : « [...] dans un contexte où tout pointe vers une volonté affirmée des parties de faire du Québec leur domicile, le choix de l'appelant de déposer sa demande de divorce en Belgique laisse sérieusement penser que l'avantage financier qu'il espère tirer de l'application de la loi belge au détriment de l'intimée n'est pas étranger à sa décision. »

¹⁶ *Ibid* au para 146.

¹⁷ On trouve la même règle en droit québécois dans l'article 3155(4) CcQ.

¹⁸ *Droit de la famille—172244 (CA)*, *supra* note 8 au para 154.

Elle accueille l'appel pour ce motif, motif essentiel sur lequel l'appel en Cour suprême portera et qui aboutira précisément à faire infirmer le jugement de cette Cour d'appel.

Section 2. Analyse critique de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *RS c PR*

Les questions posées à la Cour suprême portaient sur la litispendance internationale en vertu de l'article 3137 CcQ (par. 1). Plus précisément, elles concernaient le degré de preuve exigé pour respecter la condition de susceptibilité de reconnaissance de la décision étrangère et les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire donné au juge. Incidemment, la Cour suprême exprime son opinion sur la loi applicable à la révocation des donations entre époux (par. 2). On peut ajouter que, dans cette affaire, les cours inférieures donnent une importante interprétation nouvelle aux règles de compétence internationale indirecte en matière de divorce, question qui n'est pas abordée directement en Cour suprême (par. 3).

Par.1. La litispendance internationale selon l'article 3137 CcQ

En suivant l'ordre logique d'une analyse menée dans la perspective de la litispendance internationale, il est d'abord utile de revenir brièvement sur un point abordé dans les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, mais non sujet à des développements particuliers dans l'arrêt de la Cour suprême : la nature de l'identité d'objet exigée pour prouver l'existence d'une situation de litispendance (A).

Puis nous nous concentrerons sur les questions suivantes, directement traitées par la Cour suprême : le degré de preuve requis quant à la condition de susceptibilité de reconnaissance (B) et l'exercice du pouvoir discrétionnaire donné par l'article 3137 CcQ (C).

A. L'analyse de l'identité d'objet dans la perspective de la litispendance

Pour déterminer l'objet du litige—les prétentions, ce que demandent les parties au fond—et l'antériorité de la saisie dans la perspective de la litispendance, la Cour d'appel admet la position du mari et se limite à une analyse propre à la demande principale et à l'objet principal du litige qu'elle considère être le divorce. Les autres demandes, relatives à la révocation des donations, à la liquidation du régime matrimonial et au partage du patrimoine familial sont alors considérées comme n'être que de simples demandes ou des objets « accessoires » dont le régime, sur le plan de la litispendance, devait suivre celui de l'objet « principal ». Puisque le divorce

avait été présenté en Belgique trois jours avant que l'épouse ne puisse le faire au Québec, dans cette conception, toutes les demandes avaient été présentées en Belgique avant celles au Québec et elles pouvaient donc être sujettes à la litispendance devant le tribunal québécois.

La Cour suprême ne revoie pas cette question qui ne lui fut pas posée spécifiquement.

Néanmoins, cette analyse de la nature des demandes principale et accessoires peut paraître indûment formelle ou procédurale étant donné les circonstances. Il est bien clair que, concrètement, au fond, l'essentiel du *litige*—son objet—ne touchait pas le divorce, de nature extrapatrimoniaire, qu'aucun époux ne contestait, mais bien plutôt les questions patrimoniales, notamment la révocation des donations (d'une valeur totale d'environ 33 millions de dollars), le partage du patrimoine familial et l'octroi d'une prestation compensatoire. La Cour d'appel l'admet d'ailleurs au tout début de son analyse¹⁹.

On peut encore faire remarquer que la loi canadienne sur le divorce ne comprend expressément que l'obligation alimentaire et la garde d'enfant comme mesures accessoires. Affirmer que, selon nos conceptions relatives au fond du droit, la demande de partage du patrimoine familial est une demande *accessoire* au divorce, nous paraît discutable même si, du point de vue de la procédure, cette demande fut présentée en même temps.

En l'espèce, on a ignoré en conséquence les règles québécoises de compétence indirecte relatives aux effets du mariage (tirées de l'art. 3145 CcQ en vertu de l'art. 3164 CcQ) et même celles relatives au régime matrimonial (tirées de l'art. 3154 CcQ en vertu de l'art. 3164 CcQ), qui ne permettraient pas de reconnaître la décision belge.

On peut bien avancer que, techniquement, le divorce entraîne le partage du patrimoine familial, qui pourrait donc à la limite être qualifié de mesure accessoire. Mais il n'en est pas de même de la révocation des donations, notamment dans la conception du droit belge, celle qui était invoquée, qui n'exige aucun motif ni aucune situation de divorce pour y procéder quand le donateur en exprime la volonté.

En tout cas, il est important de retenir que la Cour d'appel a interprété très largement la notion de demande accessoire et d'objet du litige en situation internationale de divorce.

¹⁹ *Ibid* au para 50 : « À l'évidence, l'enjeu du choix du for tient, pour l'un comme pour l'autre, à la révocation des donations par l'appelant de l'ordre de 33 M\$ CAD [...] »

B. La preuve requise relative à la condition de susceptibilité de reconnaissance

La majorité de la Cour suprême balise sur deux points la question de la preuve nécessaire quant à la condition de susceptibilité de reconnaissance dans la perspective de la litispendance internationale : la charge de la preuve (1) et le degré de preuve exigé (2).

1. La charge de la preuve

Selon la Cour suprême, la charge de la preuve appartient à la partie qui veut bénéficier de la litispendance et laisser le tribunal étranger se prononcer²⁰. Cette proposition vient écarter la prétention de l'époux qui tentait de faire accepter l'idée d'une charge reposant sur la partie s'opposant à la litispendance, en se fondant sur l'article 3155 CcQ, la disposition de principe en matière de reconnaissance de décisions étrangères. Puisqu'elle crée une présomption de reconnaissance, sauf en cas de preuve de l'une des circonstances qui y sont énoncées (contrariété à l'ordre public, absence de compétence du tribunal étranger, etc.), il affirmait pouvoir aussi bénéficier de cette présomption dans le cadre de l'instance en litispendance, ce qui devait alors imposer la charge de prouver l'absence de reconnaissance à la partie s'opposant à la litispendance.

La Cour suprême écarte cette position, à juste titre, selon nous.

La question de savoir qui doit bénéficier de cette présomption vient récemment de faire l'objet d'un débat dans l'arrêt *Barer c Knight Brothers LLC*²¹, et la Cour suprême fut d'avis que le demandeur à la requête en reconnaissance devait apporter la preuve positive du respect des conditions de l'article 3155 CcQ.

Si cette affirmation nous paraît aller à l'encontre de la lettre et de l'esprit de l'article 3155 CcQ—pour la raison que cette disposition exige expressément au contraire la preuve *négative* de l'absence de respect des conditions qui y sont énoncées²²—le débat sur les conditions de

²⁰ Voir les propos de M. le juge Gascon dans *RS c PR*, *supra* note 2 au para 45, ainsi que ceux de Mme la juge Abella au para 108 et ceux de M. le juge Brown au para 144.

²¹ *Barer c Knights Brothers LLC*, 2019 CSC 13, [2019] 1 RCS 573. Voir Gerald Goldstein, « La compétence internationale indirecte et la soumission au tribunal étranger selon la Cour suprême du Canada après l'arrêt *Barer c Knight Brothers* » (2019) 97:3 RBC 448 [Goldstein (2019)]. Voir aussi Cristin Schmitz, « [SCC clarifies what submission to foreign courts' jurisdiction means under Civil Code of Quebec](#) », *The Lawyer's Daily* (26 février 2019), en ligne : <www.thelawyersdaily.ca/articles/10462/print?section=civillitigation>.

²² Goldstein (2019), *supra* note 21.

litispendance est différent, et la formulation de l'article 3137 CcQ est à l'opposé de celle de l'article 3155 CcQ, ce qui justifie une solution différente.

En effet, dans la situation de litispendance, le tribunal québécois est compétent en application des règles québécoises de compétence internationale. Il est logique que la partie qui veut éviter les conséquences normales de cette compétence—celle qui veut le sursis à statuer menant à l'absence d'une décision québécoise—prouve le respect des conditions de la litispendance. Si la décision étrangère n'était pas reconnue au Québec au stade ultérieur de la requête en reconnaissance, il pourrait se produire un déni de justice au Québec, ce qui serait contraire aux grands principes de la compétence internationale.

Au contraire, dans le cas d'une décision étrangère déjà rendue, ayant en principe une certaine effectivité à l'étranger, dont on demande d'étendre l'effet au Québec, le législateur a expressément affirmé dans l'article 3155 CcQ une politique *a priori* favorable à cette décision en exigeant la preuve d'une des exceptions à cette reconnaissance, alors qu'il n'existe aucune décision québécoise susceptible d'entrer en conflit avec cette décision étrangère. En raison de cette différence, cette politique favorable n'a pas été étendue par le législateur à l'article 3137 CcQ qui concerne une situation de véritable conflit de décisions potentielles, et non un risque de déni de justice.

Cette prise de position dans le cas de l'article 3137 CcQ, acceptée par la Cour suprême, défavorable à la partie qui demande le bénéfice de la litispendance, est cependant contrebalancée—et en partie justifiée—par la position que cette même Cour prend sur le degré de preuve exigé.

2. Le degré de preuve exigé

Sur le plan du standard ou du degré de preuve de la possibilité de reconnaissance de la décision étrangère exigé dans l'article 3137 CcQ, il s'agit d'un pronostic, comme la Cour suprême l'admet, et non de prouver sans aucun doute que la décision à venir sera reconnue. Ainsi, s'il est clair que la procédure étrangère n'a pas respecté nos principes fondamentaux, il ne sera pas possible de considérer que la décision qui en résultera sera susceptible de reconnaissance. Mais, en dehors de quelques situations limitées, la cour doit émettre un pronostic, et la probabilité de reconnaissance nécessite quelques éléments de raisonnement allant en ce sens.

Ainsi, une forte probabilité que la cour belge applique la loi belge, en vertu des règles de conflit belges connues par le tribunal québécois,

au régime matrimonial des époux—incluant le patrimoine familial du Québec—et à la révocation des donations entre eux, aboutissant à l’absence de partage de patrimoine—inexistant en droit belge—et l’admission de la révocation, semble mener à un résultat normalement contraire à l’ordre public québécois. En effet, on priverait alors de toute ressource financière une épouse domiciliée au Québec. La Cour supérieure avait tenu ce raisonnement.

En Cour d’appel, les juges considèrent qu’il y avait risque, mais non pas certitude, de refus de reconnaissance pour violation de l’ordre public. De même, en Cour suprême, la majorité des juges considère qu’il existait un ensemble de circonstances qui pouvaient mener à atténuer la sévérité du résultat, notamment le fait que la constitutionnalité de la règle était actuellement contestée en Belgique et que l’épouse pourrait probablement obtenir une prestation compensatoire ou un dédommagement fondé sur l’enrichissement sans cause.

De manière plus radicale, la majorité de la Cour suprême s’attaque directement au problème du degré de preuve requis et considère que celui-ci est somme toute assez léger : une simple possibilité de reconnaissance suffit à ce stade²³. Étant donné qu’il s’agit d’un fardeau facile à satisfaire, la majorité considère que la partie invoquant la litispendance s’en était déchargée²⁴. La position de la Cour suprême est donc en retrait par rapport à celle de la Cour d’appel, qui semblait favoriser l’exigence d’une preuve quasi certaine de l’absence de reconnaissance, ce qui allait évidemment trop loin, mais elle est aussi bien en deçà de celle de la Cour supérieure.

Mme la Juge Abella présente une opinion fortement dissidente sur ce point. Elle affirme que, s’il suffit d’invoquer la simple possibilité que certaines autres règles s’appliquent théoriquement pour respecter cette condition, face à une preuve plus convaincante, selon elle, de l’état du droit positif belge à l’effet contraire, sur lequel il fallait se fonder plutôt que sur des conjectures, et de l’intention limpide de l’époux de tout révoquer, alors le fardeau de la preuve disparaît complètement, ce qui équivaut à supprimer pratiquement la condition de susceptibilité de reconnaissance²⁵. Selon elle, la pensée d’une épouse jetée à la rue sans moyen financier paraît assez réaliste étant donné les circonstances, bien plus que celle d’hypothétiques interventions d’autres règles protectrices ou d’une déclaration d’inconstitutionnalité. Elle ajoute de manière convaincante que, même dans une perspective où il s’agit d’établir un

²³ *RS c PR*, *supra* note 2 au para 48 (j Gascon), citant Goldstein (2012), *supra* note 3, n° 3137 575 ; Goldstein et Groffier (1998), *supra* note 3 au para 137.

²⁴ *Ibid* au para 49.

²⁵ *Ibid* aux para 117, 123–124 (j Abella).

pronostic, la cour de reconnaissance doit traiter le droit étranger selon le droit positif en vigueur et non selon ce qu'il pourrait devenir²⁶.

On peut penser que la légèreté de ce fardeau de preuve, décidée librement par la Cour suprême en l'absence de directive législative, représente une compensation au fait que la charge de cette preuve repose sur la partie qui invoque la litispendance. Nous croyons toutefois que la position de Mme la juge Abella correspond mieux à la nature d'une véritable exigence dans l'article 3137 CcQ.

En tout cas, la position sur ce sujet de la Cour d'appel, allant jusqu'à demander une certitude de refus, position rejetée par la Cour suprême, est directement liée à la conception divergente qu'elles ont du pouvoir discrétionnaire donné par l'article 3137 CcQ.

C. L'exercice du pouvoir discrétionnaire donné par l'article 3137 CcQ

Sur ce point, central dans l'argumentation de l'épouse et dans le raisonnement de la Cour suprême puisqu'il mène directement et exclusivement au rejet de la décision de la Cour d'appel, nous approuvons sans réserve l'opinion de M. le juge Gascon, rendue au nom de la majorité de la Cour.

1. Rejet de la conception restrictive de la Cour d'appel

La Cour d'appel a créé de toutes pièces un système limitant fortement le pouvoir discrétionnaire donné par l'article 3137 CcQ. Selon elle, ce pouvoir n'existait pas s'il était évident que l'action à l'étranger allait donner lieu à une décision susceptible de reconnaissance ou s'il était clair, au contraire, que l'on ne pouvait la reconnaître²⁷. Il ne subsistait donc que s'il y avait un doute sur cette question. La cour d'appel y voyait en définitive un pouvoir relativement limité par les faits de l'espèce.

L'hypothèse d'un refus certain de reconnaissance ne pose évidemment pas de problème puisque l'une des conditions exigées par l'article 3137 CcQ ne serait pas remplie. Il devient inutile de surseoir à statuer si la décision étrangère ne saurait obtenir autorité de chose jugée au Québec

C'est l'autre hypothèse, celle où il est clair que la décision étrangère peut être reconnue au Québec, qui posait directement la question du pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas accepter la litispendance.

²⁶ *Ibid* au para 118.

²⁷ *Droit de la famille—172244 (CA)*, *supra* note 8 au para 94.

Selon la conception de la Cour d'appel, même si la saisine en premier du tribunal étranger résultait d'une course au tribunal en profitant d'une large compétence étrangère—non sujette à la théorie du *forum non conveniens* comme c'est le cas du droit belge—alors que le tribunal du Québec était le *for* naturel, celui-ci devrait surseoir à statuer dès lors que l'on parvient à prouver la possibilité de reconnaître la décision²⁸.

C'était précisément la situation dans l'affaire *RS c PR*. D'abord, le contenu particularisé de l'ordre public reste souvent incertain, de toute manière. Ceci rend parfois difficile la preuve de la contrariété à cette notion. Ensuite, la Cour d'appel a interprété audacieusement la condition de compétence indirecte en adoptant une interprétation littérale des règles en matière de divorce²⁹. De plus, elle a fermé les yeux sur un *forum shopping* évident et elle a fait glisser sous le tapis les « mesures accessoires » comme le partage du patrimoine familial et la révocation des donations—questions pourtant centrales dans cette affaire. Il devenait donc difficile, dans la conception restrictive de la Cour d'appel, de permettre l'exercice par la Cour supérieure d'un libre pouvoir discrétionnaire puisqu'une possibilité de reconnaissance se profilait à la suite de ces interprétations cumulatives discutables.

La Cour suprême a justement balayé cet échafaudage sans fondement solide en droit québécois et a rétabli une plus grande liberté sur ce sujet.

Il lui a suffi de rappeler que l'article 3137 CcQ donne expressément ce pouvoir discrétionnaire en utilisant le mot « peut » et non « doit », que l'interprétation restrictive de la Cour d'appel écartait tout simplement dans une bonne partie des cas.

Pour mieux justifier ce rejet, la Cour suprême rappelle aussi le motif essentiel de ce pouvoir discrétionnaire (que même les pays civilistes européens montrant auparavant une conception restrictive ont commencé à accepter) : l'antériorité de la saisine ne garantit pas que le *for* étranger présente des liens étroits avec le litige, ce qui nécessite de ne pas accepter automatiquement la litispendance par le *for* saisi en second³⁰.

²⁸ C'est la situation en droit français où l'on considère qu'une mesure de discrétion vient de l'évaluation de la compétence indirecte, fondée sur un « lien caractérisé », ce qui laisse la place à une certaine souplesse dans l'évaluation. Mais une fois le lien caractérisé prouvé, la litispendance doit être acceptée (si les autres conditions de reconnaissance ne semblent pas poser de problème).

²⁹ Nous en discuterons plus bas (au par. 3).

³⁰ *RS c PR*, *supra* note 2 au para 69 (j Gascon), citant Goldstein et Groffier (1998), *supra* note 3 au para 126.

Quant aux critères permettant d'en décider, la Cour suprême admet sans problème qu'en raison de la similarité de nature entre les deux doctrines, ils « s'inspirent fortement » de ceux utilisés dans le cadre du pouvoir discrétionnaire donné par la théorie du *forum non conveniens*³¹ et qu'ils doivent être envisagés dans une perspective essentiellement procédurale³². Ceci est bien évident dans les juridictions de *common law* où la litispendance n'est qu'un cas particulier de situations se prêtant à la théorie du *forum non conveniens*.

La Cour suprême écarte ainsi la position du professeur Talpis³³, qui estimait qu'il fallait limiter la discrétion du tribunal dans le cadre de la litispendance internationale, afin de tenir compte des particularités de cette situation par rapport à celle où la doctrine du *forum non conveniens* est utilisée, en invoquant l'argument qu'il aurait été inutile autrement de prévoir deux dispositions différentes (art. 3137 et 3135 CcQ).

En effet, l'existence de ces deux articles distincts s'explique par d'autres motifs. En premier lieu, elle se justifie parce que ces règles sont complémentaires. Elles traitent de contextes proches mais différents. Leurs objectifs sont aussi différents. Le pouvoir discrétionnaire de l'article 3135 vise à éviter de consacrer un forum shopping au Québec, alors que le pouvoir discrétionnaire de l'article 3137 vise à éviter de consacrer un forum shopping devant le tribunal étranger premier saisi. Donc, l'article 3135 mène à ne pas faire exercer sa compétence par le tribunal québécois. *Au contraire*, le pouvoir discrétionnaire donné par l'article 3137 aboutit à ne pas surseoir à statuer et à garder la compétence au Québec.

En second lieu, un autre motif, plus technique, explique l'existence de ces deux articles. Il faut rappeler que lors de leur rédaction, les seules dispositions qui existaient dans les textes civilistes (droit suisse, etc.) concernaient uniquement la litispendance internationale, qui s'est retrouvée dans l'article 3137 CcQ. Or, à l'époque, vers 1991, la proximité théorique entre cette notion et la théorie du *forum non conveniens* n'était pas claire dans l'esprit de la doctrine civiliste. D'autant moins que la litispendance n'y était pas consacrée comme un pouvoir discrétionnaire : elle était automatique (comme en droit suisse). Les auteurs québécois, favorables à la codification de la théorie du *forum non conveniens* conçue comme un pouvoir discrétionnaire, sentirent donc la nécessité de rédiger eux-mêmes la proposition de ce qui devint l'article 3135 CcQ. D'abord, il

³¹ *Ibid* aux para 74, 78.

³² *Ibid* au para 75.

³³ Jeffrey A Talpis avec la collaboration de Shelley L Kath, "If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*, Montréal, Thémis, 2001 aux pp 57-58.

n'existait aucun texte étranger dont il aurait été possible de s'inspirer. De plus, les règles civilistes sur la litispendance automatique ne semblaient pas applicables à cette situation différente et elles ne correspondaient pas à la nature discrétionnaire du pouvoir qu'on voulait donner aux juges au Québec en adoptant la théorie du *forum non conveniens*.

Voilà qui explique l'adoption de deux articles distincts. Néanmoins, étant donné leur fonction parallèle, les critères du pouvoir discrétionnaire utilisés dans ces articles sont logiquement semblables.

Cette proximité donne l'occasion à la Cour suprême de préciser tout de même quelques différences entre eux en droit québécois, résultant de la rédaction des articles 3135 et 3137 CcQ.

2. Des différences du pouvoir discrétionnaire entre la litispendance (art. 3137 CcQ) et le *forum non conveniens* (art. 3135 CcQ)

La Cour suprême rappelle d'abord brièvement une orientation particulière à la litispendance en droit québécois. À la différence de la théorie du *forum non conveniens*, codifiée dans l'article 3135 CcQ, l'article 3137 CcQ ne conçoit pas la litispendance internationale comme une situation exceptionnelle³⁴. La formulation des deux dispositions est bien claire sur ce point et ne nécessite pas une longue discussion.

a. Absence de caractère exceptionnel de la litispendance

Un motif sous-jacent à l'absence de caractère exceptionnel de la litispendance invoqué en Cour suprême consiste à comparer les effets des deux doctrines selon le droit québécois. La théorie du *forum non conveniens* se prêterait à un déclinatoire *définitif* de compétence, susceptible d'entraîner un déni de justice si le tribunal étranger pressenti ne se déclare pas compétent. À l'opposé, la litispendance n'entraîne qu'un sursis susceptible de mener à une reprise d'instance au Québec au cas où la décision étrangère, jugée susceptible de reconnaissance, n'y est en définitive pas reconnue et ne peut donc y obtenir l'autorité de chose jugée³⁵.

Avec égards pour l'opinion contraire, ce motif ne tient pas compte d'une pratique, connue en *common law* et déjà utilisée au Québec, selon laquelle la théorie du *forum non conveniens* peut très bien ne mener qu'à un sursis *conditionnel* à la preuve de l'acceptation par le tribunal pressenti de

³⁴ *RS c PR*, *supra* note 2 aux para 72 (j Gascon), 179 (j Brown).

³⁵ *Ibid* au para 73 (j Gascon).

sa compétence³⁶. Il est vrai que l'article 3138 CcQ, permettant au tribunal québécois d'émettre des mesures provisoires et conservatoires, fut appelé en renfort pour parvenir à ce résultat. Mais au bout du compte, on dispose au Québec, comme dans les pays de *common law*, de tous les moyens pour éviter le déni de justice, aussi bien dans le cadre de l'article 3135 CcQ que dans celui de l'article 3137 CcQ. Ce motif n'est donc pas déterminant.

On peut avancer que la litispendance est plus facile à accepter en théorie que le *forum non conveniens* puisqu'il s'agit pratiquement, dans les « bons » cas, d'assurer une sorte de coopération internationale, dans une situation où un tribunal étranger est déjà saisi, dans le but d'éviter une contrariété de décisions et de réaliser une économie de moyens correspondant à une bonne administration de la justice. Dans le cas du *forum non conveniens*, tel que le droit québécois l'envisage, de manière un peu plus particularisée que dans les pays de *common law* (puisque leur théorie couvre plus largement les cas de litispendance), en principe aucun autre tribunal n'est encore saisi du même litige. Il s'agit alors d'éviter de rendre une décision qui n'a pas de lien étroit avec le Québec, malgré la règle normale de compétence directe qui s'avère en l'espèce trop large, et qui pourrait y manquer d'efficacité. Ce but essentiel à atteindre, une fois prouvé que le tribunal québécois manque de lien étroit avec le litige, nécessite toutefois en plus la preuve—au minimum, en plus de la possibilité d'accorder un sursis conditionnel—qu'un tribunal étranger serait mieux placé, pour éviter un déni de justice³⁷.

À ce propos, une autre différence relevée par la Cour suprême consiste précisément à affirmer qu'à l'opposé de l'article 3135 CcQ, l'article 3137 CcQ, et donc la litispendance, ne *nécessite pas* de prouver que le tribunal étranger serait mieux à même de trancher le litige ou serait « manifestement plus approprié »³⁸.

b. Il suffit de prouver le caractère approprié de la compétence étrangère

Cette différence vient directement du texte des deux articles et ne paraît pas contestable. Mais dans quelle mesure en pratique cette différence existe-t-elle vraiment ? Comme le fait remarquer M. le juge Brown³⁹, s'il est prouvé que le tribunal étranger serait inapproprié, c'est-à-dire qu'il

³⁶ *Czajka c Life Investors Insurance Co of America*, JE 95-765, EYB 1995-28785 (CS) à la p 16 (pdf); Goldstein (2012), *supra* note 3, n° 3135 565.

³⁷ Voir sur cette double condition Gerald Goldstein, « *Le Forum non conveniens* en droit civil. Analyse comparative à la lueur du droit international privé du Québec et du Japon » (2016) 105:1 RCDIP 51 [Goldstein (2016)].

³⁸ *RS c PR*, *supra* note 2 aux para 73 (j Gascon), 180 (j Brown).

³⁹ *Ibid* au para 180.

serait lui-même un « *forum non conveniens* », et qu'il n'a pas lui-même utilisé cette exception—par exemple, parce qu'elle n'existe pas dans son droit—on peut alors refuser la litispendance en se fondant sur le pouvoir discrétionnaire de l'article 3137 CcQ⁴⁰.

Mais comment, dès lors, démontrer qu'il serait « *forum non conveniens* » ? Il suffit de prouver que ce tribunal étranger n'a pas de lien étroit avec le litige, malgré sa propre règle de compétence directe, selon les circonstances. Or, étant donné qu'il est effectivement saisi en premier et qu'il n'envisage pas en principe à ce stade de décliner compétence⁴¹, il n'existe pas de risque de déni de justice, déni qui est en fait la justification à la condition de preuve d'existence d'un autre tribunal mieux placé, dans le cadre de l'article 3135 CcQ⁴².

Par conséquent, en raison de cette absence de risque de déni de justice en cas de litispendance, on comprend pourquoi il n'est pas nécessaire de prouver que le tribunal étranger est *mieux placé* que celui du Québec dans le cadre de l'article 3137 CcQ⁴³. Il suffit de prouver qu'il est « approprié », c'est-à-dire qu'il existe un lien réel et substantiel entre lui et le litige. En cas de preuve contraire, c'est-à-dire en cas de preuve qu'il serait un *forum non conveniens*, alors on refusera la litispendance au Québec.

3. La norme d'intervention applicable à l'espèce

La Cour suprême constate qu'en définitive, le seul reproche porté par la Cour d'appel à l'exercice du pouvoir discrétionnaire par la Cour supérieure consiste à n'avoir pas donné suffisamment de poids à la possibilité de reconnaissance de la décision québécoise⁴⁴, qui aurait dû emporter, selon la Cour d'appel, la décision en faveur de la litispendance.

La Cour suprême affirme au contraire que cette considération a été prise en compte par la Cour supérieure dans l'évaluation des différents critères puisqu'il se retrouve dans l'analyse du critère de la nécessité d'une procédure en reconnaissance de la décision québécoise à l'étranger, critère qui avait été envisagé par la Cour supérieure⁴⁵.

⁴⁰ On ne peut pas invoquer l'article 3135 CcQ pour lui « retirer » compétence indirecte (et considérer que sa décision ne serait pas susceptible de reconnaissance), puisque la Cour suprême l'a interdit dans l'affaire *Lépine*, voir : *Société canadienne des postes c Lépine*, 2009 CSC 16, [2009] 1 RCS 549, JE 2009-620, AZ-50547721.

⁴¹ Sinon la condition de susceptibilité de reconnaissance ne serait pas respectée.

⁴² Voir Goldstein (2016), *supra* note 37.

⁴³ *RS c PR*, *supra* note 2 au para 73.

⁴⁴ *Ibid* au para 80 et s.

⁴⁵ *Ibid* au para 91.

Elle estime aussi qu'il n'y avait pas d'erreur déterminante dans l'analyse de la Cour supérieure sur ce point puisque ce critère n'était pas suffisant pour emporter la décision. En effet, malgré l'absence de reconnaissance de la décision québécoise et son absence d'effet en Belgique, il restait utile de rendre une décision québécoise qui allait être revêtue d'une certaine efficacité étant donné la situation de biens de valeur au Québec, notamment la résidence familiale évaluée à plusieurs millions de dollars⁴⁶. En reprenant l'argument, la Cour suprême reproche ainsi à son tour à la Cour d'appel de ne pas avoir tenu compte de l'utilité du jugement québécois au Québec⁴⁷ !

En l'absence d'erreur déterminante, la condition d'intervention de la Cour d'appel n'était pas respectée et elle ne pouvait pas substituer sa propre évaluation à celle de la Cour supérieure⁴⁸. En conséquence, la Cour suprême infirme la décision d'appel⁴⁹.

En plus de donner lieu à ces éclaircissements utiles sur l'exercice de la litispendance internationale, l'arrêt *RS c PR* permet de faire le point sur deux autres questions, notamment celle de la loi applicable à la révocation des donations entre époux.

Par. 2. La loi applicable à la révocation des donations entre époux

Deux positions semblent se dégager sur ce point, celle de la Cour supérieure et celle de la Cour d'appel.

Personne ne remet en cause la qualification de la révocation des donations entre époux comme un « effet du mariage qui s'impos[e] [aux] époux quel que soit leur régime matrimonial »⁵⁰, ce qui déclencherait l'application de la loi du domicile commun des époux en vertu de l'article 3089 CcQ. Cette qualification qui n'avait pas encore été adoptée clairement auparavant dans la jurisprudence québécoise se justifie dans la mesure où il s'agit des règles spécifiques qui s'appliquent à la révocation des donations

⁴⁶ *Ibid* au para 91.

⁴⁷ *Ibid* au para 92.

⁴⁸ *Ibid* au para 93.

⁴⁹ *Ibid* au para 99.

⁵⁰ Art 3089 CcQ. Sur les effets du mariage soumis à l'article 3089 CcQ, voir entre autres: Gerald Goldstein et Ethel Groffier, *Droit international privé*, t II « Règles spécifiques », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003 à la p 97 et s au para 253 et s [Goldstein et Groffier (2003)]; Frédérique Sabourin, *Les effets patrimoniaux du mariage en droit international privé québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997; Talpis et Castel (1993), *supra* note 3 aux para 166–70; Al-Dabbagh, *supra* note 4.

entre époux, et non de règles concernant des parties contractuelles sans lien matrimonial⁵¹.

Si ces règles s'appliquaient sans cette distinction, il s'ensuivrait logiquement une qualification contractuelle ou encore une qualification de régime matrimonial. Ces deux qualifications signifieraient le respect de la volonté des parties et notamment de celle qui est à l'origine de la donation, le donateur. On concevrait bien, dans cette perspective, de donner le choix de la loi compétente au donateur, puisque l'article 3111 CcQ, applicable aux contrats en général et aux contrats de mariage en particulier (art. 3122 CcQ), le permet.

Mais ce n'est pas cette optique qui a été choisie en droit québécois en adoptant des règles spécifiques pour les donations entre époux.

D'ailleurs, le droit belge est au même effet, puisque l'article 48 du Code belge de 2004 classe expressément cette question dans les effets du mariage⁵². La qualification de la question des donations entre époux, et de celle de leur révocation, ne fait donc pas l'objet de conflit en l'espèce.

Toutefois, les facteurs de rattachement sont différents : le droit belge adopte la résidence habituelle commune alors que le droit québécois utilise comme premier facteur celui du domicile commun. Mais la situation des époux ne présentait pas de divergence sur ce point, car il était admis que leur domicile et leur résidence habituelle avaient évolué parallèlement au cours du temps pour se concrétiser d'abord en France, puis en Belgique, pour finir au Québec.

Néanmoins, ce changement de domicile commun (et de résidence habituelle commune) au cours du temps soulevait la question connue en

⁵¹ Voir en ce sens la décision de Mme la juge Carole Hallée rendue dans cette affaire, *Droit de la famille—161738 (CS)*, *supra* note 6 aux para 196–99.

⁵² Celui-ci énonce:

Droit applicable aux effets du mariage.

Art. 48. § 1er.[...] les effets du mariage sont régis :

1° par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle au moment où ces effets sont invoqués ou, lorsque l'effet invoqué affecte un acte juridique, au moment où celui-ci a été passé;

[...].

§ 2. Le droit désigné au § 1er détermine, notamment :

[...];

4° l'admissibilité des contrats et libéralités entre époux, et *la révocation de celles-ci* [...]

(nous surlignons)

droit international privé sous le nom de conflit mobile⁵³. Lorsque le facteur de rattachement de la règle de conflit est susceptible de modification dans le temps, ce changement peut entraîner la désignation successive de plusieurs systèmes juridiques différents comprenant des dispositions matérielles impossibles à concilier. Il est alors nécessaire de trancher ce conflit dit « spatio-temporel » ou mobile.

La solution classique consiste à concrétiser le facteur de rattachement de la règle de conflit au moment le plus opportun pour respecter l'objectif de la règle de conflit⁵⁴. S'il s'agit simplement de déterminer le centre de gravité objectif d'un type de situation, on envisage une concrétisation au moment le plus évident : par exemple, la règle de conflit relative au régime matrimonial légal entre époux est formulée en appliquant la loi du domicile commun des époux au moment du mariage (art. 3123 CcQ).

Toutefois, s'il s'agit de favoriser un résultat concret, on peut admettre de concrétiser le facteur de rattachement au moment qui désigne un système juridique dont la règle favorise le mieux le résultat recherché (protection de la partie faible ou de la victime, etc.).

Ces solutions sont soit directement codifiées, soit laissées à l'appréciation des juges. Ainsi, le droit belge prévoit expressément dans l'article 48 du Code belge de droit international privé une règle qui, appliquée aux donations, peut donner compétence à la loi de la résidence habituelle des époux lors de la donation. En effet, la politique suivie en Belgique est très énergiquement favorable au donateur puisqu'en droit interne, celui-ci peut révoquer sans aucun motif sa donation. La projection logique de cette politique sur le plan du droit international privé consiste à appliquer la loi de la résidence habituelle lors de la donation. Ainsi, la prévisibilité du donateur sera préservée.

Il peut sembler *a priori* que la Cour d'appel du Québec envisage cette solution au conflit mobile⁵⁵. Mais son opinion sur ce point n'est en réalité qu'une reprise du droit belge, puisqu'elle fait référence au critère belge de rattachement—la résidence et non le domicile selon le droit québécois de l'article 3089 CcQ—et aux « experts », qui ne peuvent être que ceux du droit étranger belge puisqu'on n'utilise pas d'expert en droit international privé

⁵³ Sur le conflit mobile, voir entre autres Goldstein et Groffier (1998), *supra* note 3 aux pp 215–22, spécialement au para 92.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Droit de la famille—172244 (CA)*, *supra* note 8 au para 135 : « Quant au caractère révocable des donations [...] la loi belge s'applique, du moins, comme l'indique la preuve d'experts, aux donations consenties alors que les parties résidaient en Belgique [...] Cependant, les donations faites depuis que les parties résident au Québec sont assujetties au droit québécois. »

québécois devant une cour du Québec. La cour semble donc envisager la conception belge de la concrétisation du facteur de rattachement, c'est-à-dire lors de chaque donation.

Or, on ne voit pas pourquoi cette solution belge devrait s'appliquer en droit québécois, sans aucune discussion, d'autant moins que notre objectif de résolution du conflit nous paraît être à l'opposé de celui du droit belge, comme nous allons l'exposer plus bas.

À la Cour suprême du Canada, M. le juge Brown, dissident, va jusqu'à reprocher à la Cour supérieure une « erreur » d'avoir considéré que la loi québécoise s'appliquait à toutes les donations entre les époux⁵⁶. Selon lui, il faudrait appliquer la loi belge pour les donations faites pendant le moment où le couple était habituellement résidant en Belgique et la loi québécoise uniquement aux donations faites alors qu'ils résidaient habituellement au Québec.

Il ne précise pas sa pensée sur le sujet. Mais il cite les articles 3111 à 3113 CcQ. Il paraît donc envisager une qualification purement contractuelle de la révocation des donations entre époux—hypothèse que nous avons signalée et écartée plus haut—sans d'ailleurs expliquer comment ces dispositions pourraient mener à cette solution.

En l'absence de choix de la loi, on peut supposer qu'il appliquerait la loi de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique de la donation (art. 3113 CcQ)⁵⁷, celle du donateur, lors de chaque donation. Ceci pourrait expliquer sa solution, partant d'une qualification contraire sur ce point aux droits belge et français, qui qualifient la révocation des donations entre époux d'effets du mariage.

Comme l'expliquait très clairement la Cour supérieure, cette qualification d'effet du mariage se justifie puisqu'il s'agit de révocation entre époux, et de mesures protectrices, et non d'une révocation entre deux parties contractuelles étrangères l'une à l'autre⁵⁸ :

⁵⁶ *RS c PR*, *supra* note 2 au para 182.

⁵⁷ Sur l'application des règles de conflit contractuelles et de l'article 3113 CcQ, voir entre autres : Goldstein et Groffier (2003), *supra* note 50 à la p 493 et s; Gerald Goldstein, *Droit international privé*, vol 1 « Conflits de lois : dispositions générales et spécifiques (Art. 3076 à 3133 C.c.Q.) », coll « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, n° 3113 500 et s; Gerald Goldstein, « Fascicule 26 : Règle générales contractuelles de conflit de lois » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *JCQ Droit international privé*, LexisNexis, n° 46 et s; Emanuelli (2011), *supra* note 3; Glenn (1993), *supra* note 3 au para 46; Talpis et Castel (1993), *supra* note 3 au para 284 et s.

⁵⁸ *Droit de la famille—161738 (CS)*, *supra* note 6 aux para 196–200.

[196] [...] la question concerne la révocation de donations entre époux. Il s'agit, non pas du régime général des donations, mais de règles spécifiques que l'on trouve dans les deux droits en conflit qui créent des limites spéciales à cette révocation parce qu'il s'agit d'époux. Aussi, la qualification qui s'impose de la question litigieuse mettant en cause ces règles spécifiques ne peut ignorer ce contexte spécifique et doit envisager un rattachement ancré dans le statut personnel des époux.

[197] C'est parce qu'ils sont époux que ces règles spécifiques sur la révocation des donations entre époux jouent et font partie de l'ensemble des mesures protectrices (ou non) du statut d'époux.

[198] Elles appartiennent à un ensemble cohérent qui comprend aussi la prestation compensatoire et le partage du patrimoine familial et ces diverses règles forment un bloc cohérent qu'il ne sied pas de dissocier entre diverses lois si l'on veut atteindre l'objectif qu'elles visent ensemble.

[199] C'est en ce sens que la Cour de cassation française a tranché, en écartant la qualification du régime matrimonial qui avait été autrefois proposée : « Dans la mesure où la réglementation des contrats entre époux contribue à l'organisation des rapports de famille, la compétence de la loi des effets du mariage trouve une justification naturelle. Le problème a été [...] discuté à propos des donations entre époux [...] »

[200] Le tribunal estime que la révocation des donations entre époux est un effet du mariage au sens de l'article 3089 C.c.Q. et qu'ainsi, le droit québécois est applicable.

Dans tous les cas, il s'agit jusqu'à présent d'expression d'opinions données dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la litispendance, sans directement régler la question au fond qui sera posée à la cour de renvoi.

Il est donc important de poser directement la question de la détermination de la loi appropriée à la révocation des donations entre époux dans le contexte du droit international privé québécois.

Nous croyons que l'interprétation donnée par la Cour supérieure correspond parfaitement à l'esprit du droit québécois. En tout cas, elle n'a fait aucune « erreur » puisque, lors de cette décision, il n'existait aucune règle en droit positif qui imposait manifestement une interprétation opposée.

La révocation des donations entre époux n'est autorisée en droit interne québécois que dans des cas exceptionnels, notamment parce que cette solution heurte le principe fondamental en droit civil de l'absence de limite temporelle au droit de propriété.

En tenant compte de ce caractère exceptionnel et du résultat que la révocation entraîne, les cours québécoises sont d'avis que cette question doit être qualifiée en droit international privé d'effet impératif du mariage, au sens de l'article 3089 CcQ.

Cette disposition ne permet aucun choix de la loi par les parties pour la bonne raison que la loi veut imposer des mesures aux époux afin de respecter une politique de protection de celui qui pourrait se retrouver dépourvu lors de la dissolution de l'union. Sinon, toute la société elle-même devra prendre en charge cette personne. Il n'est pas question de permettre à l'un des époux d'échapper à ces obligations par un choix d'une loi étrangère dans la mesure où le couple est actuellement intégré dans la société québécoise. La règle de conflit et la qualification du régime matrimonial, qui permettraient au contraire un tel choix, ont été clairement écartées en droit québécois.

Il en découle que l'objectif de la règle de conflit de l'article 3089 CcQ, qui couvre la question de la révocation des donations entre époux, est de protéger l'époux en situation défavorable et *non de favoriser la prévisibilité du donateur*, à l'opposé du droit belge.

En conséquence, en cas de conflit mobile, la seule interprétation qui respecte cet objectif est d'appliquer la loi du domicile commun des parties *lors de la révocation*, car c'est de cet événement que découle le besoin éventuel de protection, et non lors de la donation. Or, les époux étaient alors domiciliés au Québec. En conséquence, comme l'affirme la Cour supérieure, seule la loi québécoise doit régir cette révocation, quel que soit le moment où la donation a été faite.

Il est exact que cette solution ne protège pas la prévisibilité du donateur comme peut le faire la règle belge. Mais la perspective québécoise est à l'opposé de celle de ce droit. L'application de la loi québécoise est celle qui protège l'époux au moment opportun dans une optique protectrice. La Cour supérieure avait parfaitement compris cette logique qui devrait être respectée par la cour appelée à se prononcer sur le fond du litige.

Par. 3. L'interprétation des règles de compétence indirecte en matière de divorce

En première instance, la question de la compétence du tribunal belge en matière de divorce se pose dans la perspective de la condition de la possible reconnaissance de la décision étrangère future.

En vertu de l'article 22 de la *Loi sur le divorce*, il est nécessaire que le tribunal étranger soit celui de la résidence habituelle de l'un des époux pendant l'année précédant l'instance. Or, en l'espèce, les époux avaient clairement indiqué que leur résidence habituelle était au Québec depuis plusieurs années. Ainsi, le tribunal belge ne pouvait être considéré compétent selon cet article 22.

Mais l'époux invoquait l'article 3167 CcQ qui prévoit comme rattachement la nationalité commune des parties. Elles étaient belges et cela permettait de reconnaître compétence au tribunal belge, sous réserve de la question de la constitutionnalité de cet article 3167 CcQ, question ayant déjà été soulevée antérieurement sans que la Cour d'appel ne se prononce⁵⁹.

Le Procureur général du Québec, mis en cause, a présenté une argumentation fondée sur l'analyse de la doctrine, selon laquelle le contenu de la règle québécoise ne contrevenait pas à l'interprétation qui avait été faite par la jurisprudence canadienne du droit sur le divorce⁶⁰, admettant notamment une compétence étrangère fondée sur un lien réel et substantiel, matérialisé en l'espèce par la nationalité commune belge des parties. La Cour d'appel avait admis cette démonstration, qui réglait définitivement la question constitutionnelle.

Toutefois, elle admettait parallèlement un autre raisonnement fondé sur une interprétation restrictive du domaine de l'article 22 et des règles de compétence indirecte découlant de la *Loi sur le divorce*. Selon ce

⁵⁹ *Droit de la famille—2054*, JE 98-1237 (CA). Sur ce débat, voir entre autres : Glenn (1993), *supra* note 3 aux pp 774–75; Talpis et Castel (1993), *supra* note 3 à la p 917; Goldstein (2012), *supra* note 3, n° 3167 500 et s; Gerald Goldstein, « Fascicule 11: Compétence internationale indirecte du tribunal étranger » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *JCQ Droit international privé*, LexisNexis aux pp 11/14–11/15; Goldstein et Groffier (2003), *supra* note 50 aux pp 138–39 ; Emanuelli (2011), *supra* note 3 au para 287; Sonia Heyeur, « Fascicule 18 : Divorce, séparation de corps, et obligations alimentaires » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *JCQ Droit international privé*, LexisNexis aux pp 18/11–18/12.

⁶⁰ Voir ainsi : *Bevington v Hewitson* (1974), 47 DLR (3^e) 510 (Ont H Ct); *Holub v Holub* (1977), 26 RFL 263, (1977) 71 DLR (3^e) 698 (Man CA); *Edward v Edward* (1987), 39 DLR (4^e) 654 (Sask CA). Sur ce sujet, voir entre autres : Glenn (1993), *supra* note 3 aux pp 774–75; Goldstein et Groffier (2003), *supra* note 50 aux pp 136–39 au para 268.

raisonnement, la lettre de la loi sur le divorce énonce qu'elle s'applique dans le cas d'un divorce prononcé ... conformément à la loi d'un pays étranger ou d'une de ses subdivisions, par un tribunal ou une autre autorité compétente ...

Selon l'interprétation surprenante de la Cour d'appel, il en découlait que les règles canadiennes restrictives ne devaient pas s'appliquer en l'espèce puisque le tribunal belge avait admis que *le divorce devait être prononcé en application du droit canadien*⁶¹. Puisqu'il ne s'agissait pas d'un divorce prononcé conformément à une loi étrangère, on pouvait donc appliquer l'article 3167 CcQ qui avait le « champ libre ».

À notre avis, l'interprétation qui aurait dû prévaloir était celle selon laquelle les règles canadiennes de compétence indirecte s'appliquent dès qu'il s'agit d'un divorce *prononcé à l'étranger*, c'est-à-dire *conformément à une loi étrangère de procédure*, peu importe quelle loi—étrangère ou canadienne—régit quant au fond ce divorce. En effet, les tribunaux étrangers peuvent appliquer une loi étrangère en matière de divorce (à la différence des tribunaux canadiens, toujours soumis à une règle de *common law* reflétant une vision territorialiste moyenâgeuse dépassée, confondant les compétences juridictionnelle et législative).

En d'autres termes, on peut penser que si l'article 22 fait référence à un divorce *prononcé conformément à une loi étrangère*, c'est parce que l'auteur de cette loi ne faisait aucune différence entre les compétences juridictionnelle et législative qui les liaient puisqu'il en est ainsi en droit canadien. Par projection sur le plan international de la conception canadienne, il allait de soi que le tribunal étranger compétent allait exclusivement appliquer sa propre loi, comme le fait le tribunal canadien. Ainsi, la référence au prononcé d'un divorce selon une loi étrangère signifiait en fait et simplement un divorce prononcé à l'étranger—par opposition à un divorce prononcé au Canada—par un tribunal ayant compétence juridictionnelle selon une loi procédurale étrangère, et non un divorce prononcé à l'étranger (par exemple en Belgique) en vertu d'une autre loi—comme la loi canadienne—que celle du tribunal étranger (belge) saisi.

Cette (nouvelle ?) interprétation littérale restrictive nous paraît sujette à critique. Positivement, on peut croire qu'elle tendrait à faciliter la reconnaissance des divorces rendus à l'étranger, comme en l'espèce, dans la mesure où les règles canadiennes fédérales ne s'appliquent pas, en laissant le champ libre à des règles libérales comme celle de l'article 3167 CcQ.

⁶¹ *Droit de la famille—172244 (CA)*, *supra* note 8 aux para 105–106.

Toutefois, la jurisprudence canadienne a admis d'autres chefs de compétence que ceux de l'article 22, notamment l'existence d'un lien réel et substantiel, qui sont largement aussi libéraux, sinon plus, que ceux de l'article 3167 CcQ. Ainsi, cette interprétation restrictive n'aboutit en pratique qu'à créer une nouvelle lacune du droit fédéral, situation à laquelle, malheureusement, la *Loi sur le divorce* nous a habitués en droit international privé, puisqu'il n'y existe aucune règle de conflit de lois, et que ses règles de compétence juridictionnelles restent parcellaires et ambiguës. Cette lacune implique probablement de devoir résoudre de futurs conflits de compétences fédérale et provinciale, notamment si des règles provinciales adoptées pour remplir cette lacune la débordaient du point de vue de leur domaine d'application. On peut encore envisager qu'aucune règle claire de compétence provinciale n'existe, ailleurs qu'au Québec, en matière de divorce étranger, ce qui matérialiserait une vraie lacune en droit canadien.

Conclusion

De cette affaire, on peut retenir les points suivants qui apportent certaines interprétations des conditions de la litispendance internationale selon l'article 3137 CcQ :

i—De la nature fuyante de l'objet d'un litige

En ce qui concerne *l'objet du litige*, la Cour d'appel a interprété très largement la notion d'action accessoire en situation internationale de divorce, en y incluant les questions relatives à la liquidation du régime matrimonial, au partage du patrimoine familial et à la révocation des donations entre époux. Cette analyse non remise en cause par la Cour suprême nous paraît tout de même très formelle et, à notre avis, ne correspond pas à la réalité de l'objet déterminant du litige suffisant pour monter jusqu'à la Cour suprême du Canada, qui était la révocation des donations, objet d'une valeur de 33 millions de dollars.

ii—Un fardeau de preuve peu onéreux

En ce qui concerne la *preuve de la possibilité que la décision étrangère soit reconnue*, la Cour suprême déclare qu'il s'agit d'un fardeau « peu onéreux » consistant à prouver qu'il existe une simple possibilité de reconnaissance, en tenant compte, sur le plan de la contrariété à l'ordre public, de divers éléments, y compris de conjectures relatives au résultat possible d'une action particulièrement difficile à gagner touchant la constitutionnalité d'une règle à l'étranger, plutôt que de l'état du droit positif. Sur ce point,

il nous semble que l'opinion de Mme la juge Abella était préférable parce que plus réaliste.

iii—Du pouvoir discrétionnaire et du choix des mots du droit

Sur la question du *pouvoir discrétionnaire* donné par l'article 3137 CcQ, on constate d'abord à quel point les cours sont sérieuses dans leur vérification de l'utilisation réelle de ce pouvoir donné par un seul mot (« peut ») qui ne doit pas rester lettre morte.

Mais d'importantes divergences de conception sont apparues sur ce sujet entre les cours. La Cour suprême écarte à bon droit à notre avis la position trop restrictive de la Cour d'appel. Elle redonne une grande liberté au juge du fait—c'est le motif déterminant l'annulation de l'arrêt d'appel—en mettant bien l'accent sur le motif de ce pouvoir. Il s'agit de contrer le forum shopping « inapproprié » à l'étranger, résultant d'une compétence étrangère admise en principe, suscitant une possibilité de reconnaissance, mais qui serait pourtant jugée contraire à une bonne administration de la justice ou à l'équité procédurale selon les circonstances. Sans aller jusqu'à l'arbitraire, il est donc important de conserver un véritable pouvoir discrétionnaire fondé sur l'analyse de ces circonstances.

On peut croire qu'ainsi, la Cour suprême a voulu compenser la légèreté du fardeau de preuve de la possibilité de reconnaissance de la décision étrangère en donnant au juge du fond une assise plus large et plus solide à son pouvoir d'appréciation, lui permettant de bien contrôler l'admission de la litispendance.