

J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 3^e éd. Toronto, Butterworths, 1994. Pp. cxlvi, 692 [\$156.00]; F.K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993. Pp. xi, 265 [\$94.00].
Commenté par Ethel Groffier*

Droit international privé canadien et américain : Par les deux bouts de la lorgnette

Il était tentant, au lendemain de la réforme du droit international privé québécois, de comparer deux ouvrages importants et récents portant sur des droits qui nous sont proches. Cependant, lorsque la conception même des œuvres est totalement différente, la comparaison a ses limites.

Les professeurs Castel et Juenger ont en commun une érudition remarquable qui leur permet d'examiner l'état du droit dans leurs pays respectifs avec une clarté et une concision d'autant plus dignes d'admiration qu'il faut un art particulier pour résumer d'une façon exacte et synthétique les droits des divers États et provinces qui composent une fédération. Il faut savoir se placer à une certaine distance pour discerner les tendances communes sans négliger les différences importantes, bref, trouver le point de rencontre optimum entre la clarté et la vérité.

La simplicité de l'exposé est certainement une des qualités principales des deux ouvrages, réussite remarquable dans une discipline où les auteurs s'ingénient souvent — à l'exemple des linguistes et des philosophes — à forger leur propre vocabulaire et à essayer de l'imposer sans le moindre souci du langage du droit positif. La prolifération des «règles narcissiques», des «questions préjudicielles» (à distinguer de la question préalable), des «règles d'application auto-limitée», etc. tend à obscurcir une matière déjà naturellement confuse. Les deux auteurs montrent la même prudence à se garder de l'ésotérisme dans la langue comme dans l'exposé des théories. Le professeur Castel, en particulier, a doté son ouvrage d'un petit glossaire où il explique les indispensables expressions latines et les quelques termes de l'art jugés nécessaires à la compréhension de la matière¹.

* Professeur de droit à l'Université McGill.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1995

Mode de référence : (1995) 40 R.D. McGill 281

To be cited as : (1995) 40 McGill L.J. 281

¹ J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1994 au n° 12, pp. 16-19.

Ici s'arrêtent les similitudes évidentes. Bien que les auteurs se rencontrent sur certains points de substance que nous verrons plus tard, ils s'opposent par l'approche doctrinale, les solutions proposées et la structure des ouvrages. Celui de Jean-Gabriel Castel, la troisième édition d'un traité qui a vu le jour en 1975², est d'une facture très classique. Il est destiné aussi bien à l'enseignement qu'à la pratique et présente un tableau très complet de la matière qui correspond à l'objectif de l'auteur «to blend theoretical discussion with black letter law in order to indicate the rules that still need to be changed, improved or clarified»³. Si la nécessité de réforme est en effet signalée chaque fois que l'auteur l'estime opportun, l'approche pratique domine certainement. L'ouvrage est bâti de la même façon que la deuxième édition⁴ avec les ajouts imposés par l'évolution du droit, notamment dans les domaines des sûretés mobilières, des fiducies et de la responsabilité civile en matière de pollution. L'ouvrage contient également de brèves et utiles analyses des nouvelles conventions internationales.

Après une première partie, qui correspond à la «Partie générale» des traités civilistes, consacrée à la nature et à la portée du droit international privé, à l'historique, aux principaux facteurs de rattachement et à des sujets généraux comme la qualification, le renvoi, le conflit dans le temps et la preuve du droit étranger, une deuxième partie traite plus particulièrement de la compétence juridictionnelle des tribunaux ainsi que de la reconnaissance des jugements étrangers, sans oublier un chapitre fortement élargi portant sur l'arbitrage. La troisième partie traite des sujets particuliers : famille, biens, successions, fiducie, faillite, contrats, responsabilité civile, *etc.*

L'ouvrage de Friedrich K. Juenger est fondé sur un *Cours général* donné à l'Académie de droit international de La Haye en 1983⁵. Il est donc nécessairement plus bref et se limite paradoxalement au genre de «Partie générale» dont l'auteur critique vivement l'existence dans les traités civilistes, surtout parce qu'elle est consacrée à un certain nombre de techniques (renvoi, qualification, question préalable, *etc.*) qu'il accuse de ne pas être grand chose de plus que des «subterfuges». Il faut signaler un historique du droit international privé plus fouillé que dans la plupart des traités et abordé d'une façon qui le rend pertinent aux développements récents. Ainsi, l'auteur n'hésite

² J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, Toronto, Butterworths, 1975.

³ Castel, *supra* note 1 à la p. v.

⁴ J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1986. Nous en avons fait une recension dans cette revue (E. Groffier-Atala, *Compte rendu* (1987) 32 R.D. McGill 976).

⁵ F.K. Juenger, «General Course on Private International Law» (1985) 193 *Rec. des Cours* 119.

pas à rapprocher le pluralisme des méthodes prévalant à l'heure actuelle de l'éclectisme de Bartole⁶. Il décrit ensuite la méthode classique du conflit de lois, c'est-à-dire la méthode savignienne, en signalant la faiblesse de l'approche qui consiste à découvrir à tout prix un «siège» à toute relation juridique, que ce soit en désignant artificiellement l'endroit où un dommage a été causé ou en recourant à l'intention présumée des parties ou au lien le plus étroit avec une loi donnée lorsqu'un contrat est muet quant à la loi applicable. Selon les termes mêmes de l'auteur, on recourt dans ce cas à la «pseudo-psychologie» ou à la «pseudo-physique». Pour lui, il s'agit simplement de rationalisations dont le seul mérite est de laisser au juge suffisamment de flexibilité pour arriver à un résultat qui lui paraît équitable. Il saisit l'occasion pour régler leur compte à une série de questions, telles que la qualification, la question préalable, le renvoi et même l'ordre public, qu'il ravale, avec un humour dévastateur, au rang de passe-temps académiques. Il reprend à son compte le procès de la question préalable, cette «"rare flower cultivated ... primarily in Germany" blooms almost exclusively in academic greenhouses»⁷. La seule vertu de ces élucubrations est, à ses yeux, d'encourager l'imagination des juges afin de leur permettre de se livrer à une manipulation des règles, nécessaire à l'obtention du résultat désiré.

Par contraste, la «Partie générale» de l'ouvrage de J.-G. Castel est brève et prudente. Elle diffère de la deuxième édition par un paragraphe nouveau sur la «courtoisie internationale», faisant écho à la jurisprudence récente de la Cour suprême⁸, et par un développement plus long sur le principe de proximité tel qu'exposé par Paul Lagarde dans son cours à l'Académie de La Haye⁹. Il signale avec raison que, dans les provinces de *common law*, ce principe se manifeste surtout dans le conflit de juridictions sous la forme du *forum non conveniens*. Le principe de proximité, qui va dans le sens général de la philosophie de F.K. Juenger, provoque une vive méfiance chez le professeur Castel qui le trouve dangereux, à titre de règle de base, et propre à favoriser la subjectivité. Selon lui, il ne conduit ni à la certitude ni à la prévisibilité et

⁶ F.K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993 à la p. 15 [ci-après *Choice of Law*].

⁷ *Ibid.* à la p. 76, citant K.G. Siehr, «Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions» (1982) 30 Am. J. Comp. L. 37 à la p. 64.

⁸ Notamment dans les affaires *Morguard Investment Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, 76 D.L.R. (4^e) 256 [ci-après *Morguard*] et *Hunt c. Lac D'Amiante du Québec*, [1993] 4 R.C.S. 289, 109 D.L.R. (4^e) 16 [ci-après *Hunt*].

⁹ P. Lagarde, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain» (1986) 196 Rec. des Cours 13.

n'aboutit que rarement à une solution juste¹⁰.

Il faut noter que le principe de proximité est devenu une des règles de base de la réforme québécoise par le biais de la clause d'exception de l'article 3082 C.c.Q. Pour la première fois également, le droit international privé québécois accueille la doctrine du *forum non conveniens*¹¹ et celle du *forum conveniens*¹², méthodes menant évidemment à la flexibilité tant prônée par F.K. Juenger.

Après la démolition systématique de la méthode dite classique, Juenger passe à la description de ce qu'on a appelé la «révolution» américaine du droit international privé. Il brosse avec verve le tableau de l'évolution depuis le premier *Restatement* du très classique Beale¹³, jusqu'à la réaction actuelle contre les excès qui suivirent l'affaire *Babcock c. Jackson*¹⁴. Ce faisant, il résume les doctrines bien connues qui ont marqué cette évolution, notamment celles du centre de gravité, de l'analyse des intérêts gouvernementaux, des principes de préférence, *etc.* Son grand mérite est d'exposer les bouleversements des dernières décennies en contrastant les exposés doctrinaux avec les solutions jurisprudentielles. L'auteur insiste fortement sur ce que *font réellement* les juges plutôt que sur ce qu'ils disent et il se soucie de mettre en lumière les différences qui peuvent opposer des États importants, comme New York et la Californie, l'un à l'autre et aux autres États.

Son évaluation de l'évolution tant doctrinale que jurisprudentielle est pessimiste : la révolution du droit international privé a provoqué «[u]n precedented [...] chaos»¹⁵. En outre, elle a été limitée largement à la responsabilité civile. Il s'efforce néanmoins de tirer des conclusions positives en notant qu'au cours des trente-cinq dernières années, les tribunaux, comme d'ailleurs les législateurs, ont fortement favorisé les droits des victimes de préjudices. Ce faisant, ils ont réformé le droit local en écartant des droits étrangers qu'ils trouvaient de qualité inférieure et ont pu éviter de recourir à la comédie consistant à invoquer d'abord le droit étranger et ensuite à trouver des raisons pour ne pas l'appliquer¹⁶, technique bien connue de l'exception d'ordre public ou, plus rarement, de la fraude à la loi.

¹⁰ Castel, *supra* note 1 au n° 16, pp. 52-54.

¹¹ Art. 3135 C.c.Q.

¹² Art. 3136 C.c.Q.

¹³ J. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York, Baker, Voorhis, 1935.

¹⁴ 240 N.Y.S. (2^e) 743 (Ct. App. 1963).

¹⁵ *Choice of Law*, *supra* note 6 à la p. 146.

¹⁶ *Ibid.* aux pp. 147-48.

Si l'évolution s'est faite dans une grande confusion, le remède ne consiste pas dans le retour à la méthode classique, à l'ordre public, au renvoi ou à la qualification. À ce propos, la condamnation répétée de l'auteur de la qualification paraît curieuse. Cette démarche intellectuelle est en effet inévitable au raisonnement juridique en droit interne comme en droit international privé. Ce qu'il veut sans doute condamner est la manipulation de la qualification — *lege causae, lege fori* — subterfuge qui, d'après lui, a des relents de malhonnêteté intellectuelle.

Nous arrivons ici à la partie cruciale du livre de F.K. Juenger. Les méthodes classiques, «multilatéralistes» ou «unilatéralistes», et les théories nouvelles américaines lui paraissent mal adaptées à résoudre des affaires internationales même simples et *a fortiori* celles du genre de *Re "Agent Orange" Product Liability Litigation*¹⁷, dans laquelle plus d'un millier de demandeurs ont poursuivi dix-neuf défendeurs dans pratiquement tous les États des États-Unis pour le préjudice subi par les militaires et leurs familles à la suite de l'usage en Indochine d'un herbicide appelé «agent orange».

Il est bien vrai que les solutions du droit international privé sont imparfaites et méritent la critique. Cependant, après avoir démoli, il faut bâtir. L'auteur propose une approche téléologique. Il s'efforce de démontrer que le droit positif est favorable à une telle approche. Il voudrait faire admettre qu'il s'agit là de l'élément principal du droit international privé¹⁸.

Selon lui, une telle admission réorienterait le droit international privé en le libérant de la prison des méthodologies orthodoxes. En effet, le dogme «multilatéraliste» demande au juge soit d'appliquer le droit étranger sans égard aux conséquences, soit de le condamner pour la violation de l'ordre public local, alors que l'«unilatéralisme» ne laisse aucune place au droit étranger. Au lieu d'emprisonner les juges de cette façon, ce que l'auteur appelle «l'approche du droit substantif» leur donnerait une liberté créatrice. Il s'agirait d'élaborer des règles spéciales, destinées à résoudre les problèmes de droit international privé¹⁹. Une fois que les tribunaux auraient identifié ou créé de telles règles «a new *jus commune* composed of precepts whose merits have been judicially certified will evolve»²⁰. Il en naîtrait peu à peu un ensemble de droit uniforme, un «true private international law»²¹. Les tribunaux, en élaborant ainsi des

¹⁷ 580 F. Supp. 1242 (E.D. N.Y. 1984).

¹⁸ *Choice of Law*, *supra* note 6 à la p. 191.

¹⁹ *Ibid.* à la p. 192.

²⁰ *Ibid.* à la p. 193.

²¹ *Ibid.* à la p. 194.

règles destinées aux conflits interétatiques, agiraient comme des tribunaux internationaux ou centraux dans des systèmes fédéraux ou quasi fédéraux²².

L'auteur s'efforce ensuite de démontrer qu'une telle démarche n'est pas aussi difficile qu'elle en a l'air. Il donne en exemples certaines conventions telle que la *Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*²³ qui énumère un grand choix de facteurs de rattachement destinés à valider le testament. Il cite également certaines propositions de règle à rattachement alternatif dans le domaine de la responsabilité des fabricants²⁴.

La technique des facteurs de rattachement alternatifs est en effet utilisée de façon de plus en plus fréquente. La codification québécoise en témoigne. Il suffit de penser aux règles relatives à la forme du mariage²⁵, à la séparation de corps²⁶, à l'obligation alimentaire²⁷, à la forme des actes juridiques²⁸, pour n'en citer que quelques-unes. Une même tendance se retrouve dans la codification suisse et d'autres codifications modernes.

Les conventions internationales sont également de plus en plus nombreuses et de plus en plus flexibles, ce que l'auteur signale avec satisfaction. Le professeur Castel, qui a fait œuvre de pionnier dans la promotion des conventions internationales, consacre une bonne partie des additions à son ouvrage à de nouvelles conventions ou à des projets de convention, notamment dans le domaine de l'arbitrage, l'adoption, les successions, les fiducies, la vente et les lettres de change. Il est remarquable qu'au cours des huit années qui séparent la troisième édition de la seconde autant de domaines aussi importants aient fait l'objet de négociations ou d'accords internationaux.

En fait, dans les méthodes préconisées par F.K. Juenger, on s'étonne de ne pas voir la technique de l'évitement des conflits de lois, facteur de succès des conventions de plus en plus nombreuses qui s'attachent à résoudre les problèmes internationaux sur le plan pratique par le recours à des autorités centrales — c'est-à-dire des services gouvernementaux de divers États — coopérant entre elles. Ce phénomène, sur lequel le professeur Castel insiste

²² *Ibid.* aux pp. 194-95.

²³ Voir le texte du projet de convention dans (1960) 49 Rev. cri. dr. internat. privé 682.

²⁴ *Choice of Law*, *supra* note 6 à la p. 196.

²⁵ Art. 3088 C.c.Q.

²⁶ Art. 3090 C.c.Q.

²⁷ Art. 3094 C.c.Q.

²⁸ Art. 3009 C.c.Q.

avec raison²⁹, se manifeste dans le domaine des obligations alimentaires, de l'enlèvement des enfants et de l'adoption. *La Convention sur le testament international*³⁰ en est un autre exemple.

Le livre du professeur Juenger, si admirable soit-il d'érudition et d'esprit, laisse le lecteur perplexe. Il s'agit certes d'un plaidoyer pour la flexibilité et le pouvoir discrétionnaire du juge, pour l'approche téléologique. L'auteur semble dire à plusieurs reprises que le problème consiste surtout dans la résistance des universitaires qui provient de leur inconfort devant une telle évolution. Il rappelle la réflexion de Cavers selon laquelle demander au juge d'exprimer simplement une préférence entre deux règles pour des raisons de justice et de nécessité pratique reviendrait à abolir la discipline même³¹. Le droit international privé serait donc en danger de disparaître, ce qui rendrait inutiles les professeurs œuvrant dans cette discipline ! Ils manifestent donc une résistance devant des solutions de bon sens, résistance d'ailleurs tout à fait inutile, parce que, selon F.K. Juenger, ils pourraient coopérer à l'élaboration des fameuses règles matérielles destinées à résoudre les problèmes.

Il y a peut-être un peu de vrai dans cette attaque, mais l'auteur n'a pas réussi à nous convaincre qu'une flexibilité totale soit sans danger. Certes, les juges élaborent souvent des solutions pratiques avec sagesse et bon sens et notre Cour suprême en a fait la preuve dans des arrêts récents de droit international privé tels que les affaires *Morguard* et *Hunt*. En revanche, une solution maladroite comme celle qui a prévalu dans l'affaire *Beaudry*³², dans laquelle la loi québécoise sur la protection du consommateur a été imposée pour des raisons d'ordre public à des circonstances qui n'avaient rien à voir avec le Québec, fait penser que la création de règles par les juges n'est peut-être pas toujours la solution idéale. On a l'impression que le professeur Juenger élève au rang de solution une tendance vers la flexibilité, vers la recherche de la meilleure solution possible, inévitable dans le cadre même des méthodes «multilatéralistes» ou «unilatéralistes» qu'il voudrait voir disparaître. Le mérite de son livre n'est pas dans la solution qu'il préconise. Il constitue une excellente étude théorique du droit international privé américain, fondée sur une base historique solide avec une dimension comparatiste qui témoigne de l'érudition de l'auteur. Il est surtout écrit d'une façon qui fait de la lecture de ce livre un plaisir rare, mais l'approche téléologique, le «multistate justice», et les

²⁹ Castel, *supra* note 1 à la p. 663.

³⁰ Telle qu'incorporée dans la *Loi portant réforme du droit des successions de l'Ontario*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 42.

³¹ *Choice of Law*, *supra* note 6 à la p. 234.

³² *General Motors Acceptance Corp. of Canada c. Beaudry*, [1977] C.S. 1017.

solutions de droit substantif valent ce que valent les tribunaux. Élevées au rang de panacées, elles sont au niveau de l'internationalisme d'un François Laurent.

Le contraste entre les deux ouvrages est rafraîchissant. Après la lecture de F.K. Juenger, le conservatisme du professeur Castel est presque rassurant, et pourtant, ce contraste est aussi trompeur. Pour ne prendre qu'un exemple, le traitement du «forum shopping» voit J.-G. Castel beaucoup plus tolérant³³ que son collègue américain³⁴ qui aborde la pratique avec un ton de condamnation implicite. Les connaissances de procédure de J.-G. Castel, son bon sens pratique, la dimension comparatiste d'ailleurs bridée par le souci de concision, et le support scientifique impeccable font oublier aisément l'absence de théorie révolutionnaire. Il ne faut pas oublier non plus que l'internationalisme et le comparatisme étaient révolutionnaires au Canada au temps où le professeur Castel a commencé à écrire. Il n'a pas dévié d'une ligne extrêmement saine et, à un moment où praticiens et universitaires doivent subir une avalanche de réformes et de modifications constantes du droit qui ne fait que refléter l'accélération du changement dans nos sociétés, l'impression de grande solidité de son œuvre est bienvenue ; ce qui n'enlève rien au plaisir de lire F.K. Juenger même si, parfois, il enfonce des portes ouvertes.

³³ Castel, *supra* note 1 au n° 134, p. 227.

³⁴ *Choice of Law*, *supra* note 6 à la p. 161.