

CASE COMMENT

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

L'exercice de la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux au Québec : une crise des valeurs ? Commentaire sur Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.

Louise Lussier*

En 2002, en rendant sa décision dans l'affaire *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, la Cour suprême du Canada ratait une occasion d'arrimer les règles de droit international privé canadiennes et québécoises. Pour l'auteure, la décision crée une asymétrie sur trois plans : d'abord, la Cour relègue les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité au rang de guides d'interprétation ; ensuite, elle refuse de tenir compte du test du lien réel et substantiel comme critère additionnel aux critères spécifiquement codifiés au *Code civil du Québec* ; enfin, elle ne se penche pas assez longuement sur le test du *forum non conveniens* et insiste trop sur son caractère exceptionnel. Par un examen de la jurisprudence canadienne et des dispositions du Livre dixième du Code civil, l'auteure avance qu'il n'existe que peu de raisons justifiant le maintien d'un droit international privé québécois isolé du droit canadien et de son évolution récente.

In 2002, in rendering its judgement in the case of *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, the Supreme Court of Canada missed an opportunity to bring together Canada and Quebec's private international law rules. According to the author, the decision creates a triple asymmetry: first, the Court relegates the principles of courtesy, order, and equity to the rank of interpretative guidelines; second, it refuses to recognize the real and substantial connection test as an additional criterion to those specifically codified in the *Civil Code of Quebec*; third, it fails to sufficiently consider the *forum non conveniens* test and excessively stresses its exceptional character. Through an examination of Canadian jurisprudence and the provisions of Book Ten of the Civil Code, the author argues that few reasons justify maintaining Quebec international private law rules isolated from Canadian law and its recent developments.

* Conseillère juridique, Ministère de la Justice du Canada. L'auteure présente ici ses opinions personnelles qui n'engagent qu'elle-même. Ce commentaire a été rédigé en mai 2003 et mis à jour pour les fins de sa publication. Une version anglaise est disponible sur demande auprès de l'auteure. (An English translation is available upon request to the author.)

© Louise Lussier 2005

Mode de référence : (2005) 50 R.D. McGill 417

To be cited as: (2005) 50 McGill L.J. 417

Introduction	419
I. Historique	420
II. La courtoisie internationale, l'ordre et l'équité en droit québécois	422
<i>A. L'absence de référence dans les Codes</i>	423
<i>B. La difficulté de définir ces principes</i>	425
<i>C. Le caractère non contraignant des principes</i>	427
1. Leur valeur normative supérieure	427
2. Leur reconnaissance en droit constitutionnel canadien	428
<i>a. Validité constitutionnelle</i>	429
<i>b. L'exercice approprié de la compétence</i>	432
<i>c. Le respect des droits constitutionnels des parties</i>	433
III. L'opportunité du critère du lien réel et substantiel en droit québécois	434
<i>A. La question du critère additionnel</i>	435
<i>B. Dans son rapport avec le forum non conveniens</i>	437
IV. L'application de la doctrine du <i>forum non conveniens</i> au Québec	439
<i>A. Les critères du forum non conveniens</i>	440
<i>B. Le caractère exceptionnel</i>	442
Conclusion	445
Annexe	450

Introduction

Le 11 juin 2002, dans l'affaire *Spar Aerospace ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, la Cour suprême du Canada rejetait sur le banc, avec motifs à suivre, l'appel de quatre compagnies américaines poursuivies par Spar au Québec dans une action en dommages (extra-contractuels et contractuels) et qui contestaient la compétence des tribunaux québécois d'entendre le litige, lui préférant celle de tribunaux situés aux États-Unis¹. Notons que les défenderesses s'étaient vues refuser la formulation d'une question constitutionnelle². C'est le 6 décembre 2002 que le juge Louis LeBel, au nom des sept juges composant le banc, faisait part des motifs de ce rejet dans une décision fort captivante³, particulièrement pour ceux et celles qui s'intéressent au droit international privé canadien et québécois.

À notre avis, la décision dans *Spar* a représenté pour la Cour suprême une occasion ratée d'arrimer les règles du droit international privé québécois à l'évolution récente du droit international privé canadien. Pour la Cour, la justification s'impose d'elle-même en raison de l'identité distincte du droit québécois. En effet, c'est «en raison de la codification des règles du international privé»⁴ que le juge LeBel, au nom de la Cour, préconise une démarche différente au Québec de celle adoptée ailleurs au Canada, dès lors que les règles du *Code civil du Québec* entrent en jeu.

Nous tenterons de démontrer que l'emphase sur le caractère identitaire du droit québécois n'est pas sans faille ni péril. En agissant ainsi, la Cour a limité la portée en droit québécois de certains principes constituant les fondements du droit international privé moderne canadien, à savoir la courtoisie, l'ordre et l'équité, et ce en dépit des attributs d'impératifs constitutionnels qu'elle leur avait reconnus dans ses décisions antérieures. De plus, elle a mis en veilleuse en droit québécois le test autonome de la validation de la compétence juridictionnelle sur la base du critère du lien réel et substantiel, ce qui contraste avec l'examen des règles de compétence auquel elle procède dans les autres provinces. Enfin, elle a formulé une interprétation distincte de la doctrine du *forum non conveniens* de celle retenue par la common law canadienne.

Si certains étaient tentés de croire que sur le plan des résultats rien n'est vraiment différent, ils pourraient néanmoins déchanter. Les conséquences d'une telle décision vont à l'encontre de l'émergence d'un droit international privé canadien moderne, avec la Cour suprême du Canada pour arbitre final et agent unificateur, puisqu'elle crée une asymétrie entre le Québec et les provinces de common law. Vue à travers le regard des justiciables étrangers et de leurs procureurs, elle pourrait exacerber les

¹ Voir Cour suprême du Canada, Communiqué, «Appels entendus» (11 juin 2002), en ligne : LexUM <<http://www.lexum.umontreal.ca/csc-cc/fr/com/2002/html/02-06-11.4.html>>.

² Voir *Hughes Communications inc. c. Spar Aerospace ltée* (9 octobre 2001), 28070 (C.S.C.), juge en chef McLachlin. La juge en chef n'a toutefois pas fait partie du banc lors de l'audition et du jugement au fond.

³ [2002] 4 R.C.S. 205, 220 D.L.R. (4^e) 54, 2002 CSC 78 [*Spar* avec renvois au R.C.S.].

⁴ *Spar*, *ibid.* au para. 23.

réticences de certains États à reconnaître un statut spécial aux pays qui, comme le Canada, possèdent une structure fédérale. Dans le cadre de traités, dont ceux visant entre autres la reconnaissance et l'exécution de jugements en matière civile et commerciale, ces États pourraient s'objecter à l'insertion de clauses susceptibles de neutraliser l'application des dispositions du traité entre les provinces et territoires du Canada en les soumettant plutôt aux différentes règles locales, puisque ceci irait à l'encontre de l'objectif du traité. Sur le plan interne, on peut également se demander si une telle position est nécessaire pour respecter la spécificité du droit international privé québécois, notamment en raison de la codification de certaines règles au Livre X du Code civil. Cet espace juridique peut être considéré comme un droit hybride, aux confluent d'influences diverses provenant tant des systèmes de droit civil et de common law que du droit international privé conventionnel ou comparé. Ces influences ne sont pas négligeables non plus dans l'évolution du droit international privé canadien. Dans quelle mesure, dès lors, la spécificité québécoise doit-elle s'inscrire en marge du courant vers une plus grande harmonisation du droit international privé canadien et mondial ?

Ces questions méritent certes d'être débattues plus largement que dans le cadre de ce commentaire, mais il nous a semblé utile de les identifier comme trame de fond de la présente analyse critique de la décision *Spar*. En toute déférence, nous sommes d'avis que le raisonnement de la Cour, pris dans son ensemble, paraît parfois manquer de cohérence, non seulement par rapport à ses décisions antérieures, mais également dans sa logique intrinsèque. Après un bref rappel des faits (partie I), nous analyserons la décision selon l'ordonnement de sa construction, à savoir, tour à tour, l'application en droit québécois des principes de courtoisie internationale, d'ordre et d'équité (partie II), le rôle en droit québécois du lien réel et substantiel et son utilisation en tant qu'élément de contrôle d'une compétence inappropriée dans son rapport avec le *forum non conveniens* (partie III) et enfin, l'application proprement dite de la doctrine du *forum non conveniens* au Québec (partie IV).

I. Historique

L'affaire commence lorsque, au début des années 1990, American Mobile Satellite («AMS», devenue depuis Motient), une compagnie exploitant des satellites, passe une commande auprès de Hughes Aircraft pour la construction d'un satellite. Hughes se tourne alors vers Spar Aerospace («Spar») pour la fabrication, en sous-traitance, du matériel de communication formant la charge utile du satellite. Après le lancement réussi du satellite et sa mise sur orbite au début de 1995, AMS décide de procéder à des tests de communication et en confie la réalisation à deux autres compagnies, Westinghouse Electric (devenue Viacom) et Satellite Transmission Systems, le tout sous la supervision de Hughes Communications. Toutefois, des problèmes surviennent lors des tests, endommageant gravement le satellite. Le blâme est jeté sur Spar, qui se voit refuser par Hughes Aircraft le paiement de primes de rendement découlant du contrat de sous-traitance.

En 1998, des poursuites en dommages sont alors entreprises de part et d'autre, tant en Californie, établissement principal de Hughes Aircraft et Hughes Communications, qu'au Québec, place d'affaires de Spar et lieu de fabrication du matériel. Après avoir réussi à obtenir un règlement hors cour suite à une série de poursuites intentées contre elle en Californie, Spar doit résister aux tentatives des compagnies impliquées (sauf, fait intéressant, son co-contractant direct, Hughes Aircraft) de faire échouer son action au Québec, et ce jusqu'à la Cour suprême. L'affaire ne sera jamais entendue quant au fond, puisque les parties arrivent à un règlement hors cour à la fin de 2004.

D'une part, les défenderesses présentent d'abord une requête en vue d'exiger une caution pour la sûreté des frais alléguant que Spar, ayant son siège social en Ontario, est assujettie à l'exigence formulée par l'article 65 du *Code de procédure civile*. Elles sont toutefois déboutées⁵ : Spar, en effet, possède un bureau d'affaires au Québec et peut donc être considérée résidente.

D'autre part, aucune des compagnies défenderesses n'ayant de lien avec le Québec, elles essaient alors, par voie de requête en exception déclinatoire, d'attaquer la compétence des tribunaux du Québec au motif de l'absence de compétence matérielle et, subsidiairement pour certaines, sur la base du *forum non conveniens* en vue de faire rejeter l'action de Spar. Elles n'ont pas le succès escompté, ni en Cour supérieure, ni en Cour d'appel du Québec, qui les déboutent dans des jugements lapidaires.

Le 4 octobre 1999, la juge Duval Hesler de la Cour supérieure, après un bref exposé des principes juridiques applicables à partir des règles du Code civil et de décisions antérieures de la Cour suprême, décide que la compétence des tribunaux du Québec peut être fondée sur l'article 3148 du Code civil, puisque c'est au Québec que Spar a subi des dommages⁶. Elle statue de plus qu'en l'espèce, puisqu'aucun autre tribunal ne paraît compétent, la requête en vue du rejet de l'action en application de la doctrine du *forum non conveniens* énoncée à l'article 3135 ne peut pas être accueillie.

Dans sa décision du 24 mai 2000, la Cour d'appel se limite à mentionner de manière succincte les diverses bases de compétence énumérées à l'article 3148, avant de conclure à la compétence des tribunaux du Québec conformément au troisième alinéa — c'est-à-dire au motif que le fait dommageable, l'atteinte à la réputation de Spar, tel qu'allégué, s'est produit au Québec⁷. La cour ajoute toutefois au texte de cette disposition une condition, celle d'une réclamation notable, et non pour des dommages négligeables, au regard de l'article 3164, qui impose l'exigence d'un rattachement «important» entre le litige et un tribunal étranger. La cour estime que

⁵ *Spar Aerospace Ltd. c. American Mobile Satellite Corp.*, [1998] R.J.Q. 2802 (C.S.).

⁶ *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, REJB 1999-14700 (C.S.).

⁷ Même si quatre appels distincts avaient été déposés, la cour en a disposé comme s'il n'y avait eu qu'un seul appel dans l'arrêt *American Mobile Satellite Corp. c. Spar Aerospace Ltd.*, [2000] R.J.Q. 1405 (C.A.) [*Spar* (C.A.)].

cette exigence doit également se lire dans l'article 3148(3) et qu'en l'espèce elle est comblée, puisque la réclamation de Spar porte sur des dommages «substantiels»⁸.

Ayant eu l'autorisation de porter cette décision en appel⁹, les défenderesses n'ont pas non plus gain de cause devant la Cour suprême qui, le 11 juin 2002, rejete les appels avec motifs à suivre¹⁰. Cette fois, dans une décision longuement motivée en date du 6 décembre 2002, la Cour, sous la plume du juge LeBel, clarifie le fondement de la compétence des tribunaux québécois en l'espèce¹¹. Elle estime notamment, à l'inverse de la juge des requêtes en Cour supérieure qui a correctement conclu que les tribunaux du Québec pouvaient se déclarer compétents sur la base de l'existence d'un *préjudice* subi au Québec, que la Cour d'appel a commis une erreur dans son interprétation de la base de compétence fondée sur un *fait dommageable* tel que prévu au par. 3148(3)¹². Au passage, la Cour suprême établit des balises en ce qui concerne l'application au Québec des principes de droit international privé reconnus dans ses arrêts antérieurs que sont la courtoisie, l'ordre et l'équité. La Cour en profite pour expliciter davantage la dynamique entre les bases de compétence directe prévues dans le Code et l'existence d'un «lien réel et substantiel», d'une part, et la doctrine du *forum non conveniens*, d'autre part, ainsi que pour examiner le recours à cette dernière.

II. La courtoisie internationale, l'ordre et l'équité en droit québécois

Au début des années 1990, la Cour suprême eut deux occasions d'accélérer, à la suite d'une lente gestation, l'évolution du droit international privé canadien. Le premier arrêt, *Morguard*, portait sur la reconnaissance de jugements entre des provinces de common law, l'Alberta et la Colombie-Britannique¹³; le second, *Hunt*, traitait de la validité d'une loi québécoise interdisant la production de documents dans une instance à l'extérieur de la province, en l'occurrence la Colombie-Britannique¹⁴. C'est le juge La Forest qui a exposé les axiomes de cette «révolution tranquille», en commençant par «dépoussiérer» les principes de courtoisie internationale, d'ordre et d'équité.

En 2002, dans l'affaire *Spar*, le juge LeBel a estimé toutefois que ces trois principes devaient servir de «guide à l'interprétation» des règles contenues au nouveau Code civil :

⁸ *Spar* (C.A.), *ibid.* au para. 22.

⁹ Voir *Spar* (C.A.), *supra* note 7, autorisation de pouvoir à la C.S.C. autorisée, [2001] 1 R.C.S. xii.

¹⁰ Voir *supra* note 1.

¹¹ *Spar*, *supra* note 3.

¹² *Ibid.* au para. 43.

¹³ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, 76 D.L.R. (4^e) 256 [*Morguard* avec renvois au R.C.S.].

¹⁴ *Hunt c. T&N*, [1993] 4 R.C.S. 289, 109 D.L.R. (4^e) 16 [*Hunt* avec renvois au R.C.S.].

Comme les dispositions du C.c.Q. et du C.p.c. ne renvoient pas directement aux principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, et qu'au mieux ces principes y sont vaguement définis, il est important de souligner que ces derniers ne constituent pas des règles contraignantes en soi. Elles servent plutôt de *guide à l'interprétation* des différentes règles de droit international privé et renforcent le lien étroit entre les questions en litige [nos italiques]¹⁵.

Il ajoute plus loin que «[I]es dispositions [du Livre dixième du Code civil] doivent s'interpréter comme un tout cohérent et *en fonction* des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité» [nos italiques]¹⁶.

En comparant ces deux passages, on peut penser que la qualification de «guide à l'interprétation» indique davantage qu'un simple incitatif, mais bien une ligne directrice pour les tribunaux, au-delà du droit positif. Ceci semblerait particulièrement bienvenu dans un contexte international, même si la Cour ne s'est pas attardée sur cette dimension. Mais les raisons retenues par le juge LeBel — à savoir que : (1) les Codes ne contiennent pas de renvoi direct à ces principes ; (2) que ces principes sont vaguement définis ; et (3) qu'ils ne sont pas des règles contraignantes — pourraient néanmoins limiter indûment leur application au Québec. Nous croyons opportun d'apporter des arguments à l'encontre de cette interprétation étroite.

A. L'absence de référence dans les Codes

Dans les décisions antérieures à *Spar*, il est clair pour la Cour suprême que les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité sont le reflet d'un ordre juridique international privé qui a évolué avec l'ouverture des mentalités et la modernité des valeurs. C'est dans l'affaire *Morguard* que le juge La Forest s'y est référé pour la première fois, en ces termes : «En un mot, les règles du droit international privé sont fondées sur la nécessité qu'impose l'époque moderne de faciliter la circulation ordonnée et équitable des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre»¹⁷. Dans *Spar*, le juge LeBel concède d'ailleurs que «ces trois principes se situent au cœur de l'ordre juridique international privé»¹⁸.

Il serait étonnant que le législateur québécois, en entreprenant de codifier une partie des règles de droit international privé, ait ignoré cette réalité. Les dispositions du Livre X sur le droit international privé ont été précisément élaborées pour créer un ordre juridique moderne et ouvert aux échanges et aux mouvements de personnes et de biens, de manière ordonnée et non chaotique. Il nous semble indiscutable que la réforme du droit international privé québécois, en clarifiant certaines règles ou en y

¹⁵ *Spar*, *supra* note 3 au para. 23.

¹⁶ *Ibid.* au para. 55.

¹⁷ *Morguard*, *supra* note 13 aux pp. 1096-97.

¹⁸ *Spar*, *supra* note 3 au para. 21.

ajoutant de nouvelles, se soit imprégnée des principes tels qu'ils ont eux-mêmes évolué¹⁹.

L'influence des principes de la courtoisie internationale, de l'ordre et de l'équité se manifeste dans diverses dispositions du Code civil qui admettent dans certaines circonstances la déférence à la compétence et la saisine de l'autorité juridictionnelle étrangère : on la retrouve notamment aux articles 3135 (*forum non conveniens*) et 3137 (litispendance), ou encore 3164 (conditions rattachées à la reconnaissance de la compétence étrangère). Jusqu'à la décision dans *Spar*, les tribunaux du Québec l'avaient largement confirmé en s'inspirant notamment de la courtoisie internationale²⁰ et en citant la jurisprudence de la Cour suprême «pré-*Spar*» relative aux fondements de la compétence juridictionnelle²¹.

Dans *Spar*, la Cour a indiqué que les tribunaux doivent d'abord examiner le libellé particulier des dispositions du Code avant de «[chercher] à savoir si leur interprétation est compatible avec les principes qui sous-tendent les règles [de droit international privé]»²². Qu'il faille accorder préséance aux règles du Code civil s'impose ; toutefois, la Cour n'a pas exposé *de quelle manière* leur interprétation doit se faire conformément aux principes de courtoisie, d'ordre et d'équité. On aurait pu souhaiter que la Cour énonce des balises pour illustrer la rigueur avec laquelle cet

¹⁹ Là-dessus, la doctrine québécoise souligne l'élan apporté par le nouveau Code civil, à des degrés divers certes, mais néanmoins avec une certaine unanimité : voir Ethel Groffier, *La réforme du droit international privé québécois : Supplément au Précis de droit international privé québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993 aux n^{os} 1-4 [Groffier, *Supplément*] ; H. Patrick Glenn, «Droit international privé» dans *La réforme du Code civil*, vol. 3, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1993, 669 à la p. 743 ; Gérald Goldstein et Ethel Groffier, *Droit international privé : Théorie générale*, t. 1, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, au n^o 20 [Goldstein et Groffier, *Droit international privé*] ; Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, aux n^{os} 83-96.

²⁰ Les décisions suivantes font expressément mention de la courtoisie internationale : en matière de reconnaissance et d'exécution d'une décision américaine, *DirectTV inc. c. Reginald Scullion*, [2002] R.J.Q. 2086 à la p. 2088 (C.S.) et *Cortas Canning and Refrigerating Co. c. Suidan Bros. inc.*, [1999] R.J.Q. 1227 à la p. 1236 (C.S.) ; concernant l'application d'une loi étrangère, *Banque Paribas (Suisse) S.A. c. Wightman*, REJB 1997-00037 aux paras. 15, 20-23 (C.A.) ; au regard d'une demande d'injonction contre une poursuite entreprise aux États-Unis, *Opron inc. c. Aero System Engineering inc.*, [1999] R.J.Q. 757 à la p. 778 (C.S.) ; en matière d'assistance à un tribunal étranger dans une procédure de faillite, *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Faillite de)*, REJB 2000-16893 aux paras. 27-29 (C.A.) et *Re Matol Botanical International Ltd.*, [2001] R.J.Q. 2333 aux paras. 14-15 (C.S.) ; ou encore, dans le cas de procédures spéciales, *Abenheim c. American Home Products Corporation*, REJB 2000-19980 au para. 38 (C.A.). Le principe de la courtoisie a même été plaidé devant la Cour d'appel dans une affaire découlant de la contestation de la constitutionnalité de règles budgétaires concernant les frais de scolarité pour étudiants non-résidents : *Ruel c. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590 au para. 131.

²¹ Voir par ex. *Fellen c. Barnett Bank*, [1994] R.J.Q. 932 (C.A.) ; *Oppenheim Forfait GmbH c. Lexus Maritime inc.*, REJB 1998-07102 au para. 40 (C.A.) [*Lexus Maritime*].

²² *Spar*, *supra* note 3 au para. 23.

exercice doit se réaliser. À notre avis, l'absence de référence expresse ou de renvoi direct ne saurait réduire la portée des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité.

B. La difficulté de définir ces principes

Il est assez fréquent en droit d'utiliser des concepts possédant un caractère vague, ambigu ou imprécis : mais le simple fait que la courtoisie internationale, l'ordre et l'équité soient des principes quelque peu abstraits en fait-il à ce point des sources de confusion ?

La courtoisie internationale (en anglais «comity», provenant du latin «comitas gentium»)²³, est une expression largement acceptée et reconnue en droit international privé, surtout dans les juridictions de droit anglo-saxon, dont le Canada et, par l'effet de la coexistence, le Québec²⁴. Elle ne s'entend ni du droit commun des gens ou «jus gentium», ni ne correspond à l'idée d'une simple politesse. Comme l'a explicité la Cour suprême des États-Unis en 1895 dans *Hilton v. Guyot*, la notion de courtoisie internationale correspond à la reconnaissance accordée par un État aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'un autre État afin de leur donner effet²⁵. Elle permet ainsi de considérer en droit interne des intérêts divers — parfois opposés, parfois concurrents — et découlant de l'application de lois ou de compétences étrangères dans des situations comportant un élément d'extranéité. Cette approche a été bien reçue au Canada comme ailleurs et a été reprise dans *Spar*, comme dans d'autres décisions avant celle-ci²⁶.

Dans tout litige interprovincial canadien, on peut d'ailleurs concevoir que la courtoisie internationale doive s'adapter à la nature fédérale de l'État, comme l'a exprimé clairement le juge La Forest dans *Morguard* :

Les considérations qui sous-tendent les règles de la courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un État fédéral et je ne crois pas qu'il importe qu'on les qualifie de règles de courtoisie ou qu'on ne fasse qu'appel directement aux motifs de justice, de nécessité et de commodité dont j'ai déjà parlé²⁷.

Cette adaptation joue également entre les tribunaux provinciaux et fédéraux, comme l'a reconnu la Cour suprême dans l'affaire *Antwerp* pour des poursuites impliquant le

²³ Voir *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., s.v. «comity» ; *The Dictionary of Canadian Law*, 2^e éd., s.v. «comity».

²⁴ Voir Goldstein et Groffier, *Droit international privé*, supra note 19 au n^o 15.

²⁵ *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 aux pp. 163-64, 16 S. Ct. 139 (1895).

²⁶ Ces décisions sont énumérées dans *Spar*, supra note 3 au para. 19. Voir entre autres *Morguard*, supra note 13, *Holt Cargo c. ABC ContainerLine*, [2001] 3 R.C.S. 907, 207 D.L.R. (4^e) 577, 2001 CSC 90 [*Holt* avec renvois au R.C.S.], et *Spencer c. R.* [1985] 2 R.C.S. 278, 21 D.L.R. (4^e) 756. Voir également *Zingre c. R.* [1981] 2 R.C.S. 392, 127 D.L.R. (3^e) 223.

²⁷ *Morguard*, supra note 13 à la p. 1098.

même navire étranger devant la Cour supérieure du Québec et la Cour fédérale²⁸. Le juge LeBel, au nom de la Cour dans *Spar*, y souscrit sans détour²⁹.

De surcroît, comme l'a souligné la Cour suprême dans *Hunt*, à ce principe de la courtoisie se juxtaposent les principes de l'ordre et de l'équité: «Il faut souligner que les idées de "courtoisie" ne sont pas une fin en soi, mais reposent sur des notions d'ordre et d'équité envers les parties à un litige qui a des liens avec plusieurs ressorts»³⁰.

L'ordre suppose un aménagement du système de justice propice à un exercice approprié de la compétence juridictionnelle³¹. Quant à l'équité, elle s'entend de la considération à accorder aux droits des parties, particulièrement ceux du défendeur³². La courtoisie permet de poursuivre ce double objectif d'ordre et d'équité, comme le reconnaît le juge LeBel³³. Toutefois, ce sont les principes d'ordre et d'équité qui doivent recevoir préséance, comme l'indique le juge La Forest dans *Morguard*: «[c]e sont les principes d'ordre et d'équité, des principes qui assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations qui doivent servir de fondement à un système moderne de droit international privé»³⁴.

Le principe de la courtoisie est donc principalement conditionné par le respect de l'ordre, mais il dépend également du respect de l'équité. Il nous semble toutefois

²⁸ *N.V. (Re), Antwerp Bulkcarriers* [2001] 3 R.C.S. 951, 207 D.L.R. (4^e) 612, 2001 CSC 91 [*Antwerp*]. Comme le constate le juge Binnie au nom d'une cour unanime, «[d]ans le présent pourvoi, nous sommes aux prises, de façon plutôt inhabituelle, avec une question de courtoisie nationale» (*ibid.* à la p. 953). En effet, dans cette affaire de droit maritime, la Cour fédérale avait été saisie par un créancier d'une action *in rem* à l'encontre d'un bateau battant pavillon belge. L'entreprise propriétaire ayant fait faillite peu de temps après, des procédures de faillite ont été entreprises en Belgique et le concours de la Cour supérieure du Québec avait été demandé par les syndicis. La Cour supérieure avait alors émis une ordonnance ayant pour effet d'empêcher les parties de continuer de procéder devant la Cour fédérale. La Cour suprême a estimé que la Cour supérieure, même si elle était compétente en matière de faillite, devait néanmoins laisser à la Cour fédérale le soin de continuer à s'occuper de l'affaire en vertu de sa compétence en matière de droit maritime.

²⁹ *Supra* note 3 aux paras. 53-54.

³⁰ *Hunt*, *supra* note 14 à la p. 325.

³¹ Voir *Morguard*, *supra* note 13: «L'ordre et la justice militent tous les deux en faveur de la sécurité des opérations» (*ibid.* à la p. 1102).

³² Voir *ibid.* à la page 1103: «Il faut cependant soupeser ces préoccupations en fonction de l'équité envers le défendeur.»

³³ *Spar*, *supra* note 3 au para. 20. Il prend ici appui sur *Holt Cargo c. ABC Containerline*, *supra* note 26 à la p. 940, où le juge Binnie fait référence à la lignée jurisprudentielle initiée avec *Morguard*. L'affaire *Holt*, connexe au litige dans *Antwerp*, *supra* note 28, concernait une question de faillite internationale dans laquelle les syndicis belges avaient demandé sans succès la suspension des procédures devant la Cour fédérale au nom de la courtoisie internationale et de la nécessité d'assurer une meilleure coordination internationale. La Cour suprême a conclu que le juge avait bien tenu compte des facteurs pertinents à l'exercice de la compétence de la Cour fédérale et que celle-ci était justifiée.

³⁴ *Morguard*, *supra* note 13 à la p. 1097. En faisant cette affirmation, le juge La Forest s'appuie sur Hemel Y. Yntema, «The Objectives of Private International Law» (1957) 35 R. du B. can. 721.

dommage que la Cour n'ait pas suffisamment approfondi l'analyse de l'interrelation de ces principes dans son jugement dans le contexte de l'affaire *Spar*.

Malgré leur énoncé abstrait, les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité trouvent leur pleine expression dans l'application des règles sur la compétence juridictionnelle internationale et celles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions. Dans la foulée des décisions de la Cour suprême, les tribunaux provinciaux, y compris ceux du Québec, ont retenu l'enseignement à en tirer. Ainsi compris et appliqués, il importe peu, nous semble-t-il, qu'ils soient plus ou moins bien définis.

C. Le caractère non contraignant des principes

L'absence de caractère contraignant des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité serait tributaire en partie du silence des Codes sur leur existence et de leur définition vague, mais surtout de l'impossibilité d'en sanctionner le manquement. Il paraît justifié de contester cette dernière affirmation étant donné (1) la valeur normative supérieure qu'il convient d'attribuer à de tels principes et (2) leur reconnaissance en droit constitutionnel canadien.

1. Leur valeur normative supérieure

Même si les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité ne se retrouvent pas dans le droit positif au même titre que les normes formelles, ils en conditionnent toutefois l'objet et l'application en se superposant à l'ordre juridique interne. C'est la démonstration qu'avait faite la Cour dans *Morguard*³⁵ et *Hunt*³⁶, et dont elle a élargi l'étendue dans *Amchem*³⁷. Dans cette dernière affaire, des procédures parallèles avaient été entreprises à la fois au Texas et en Colombie-Britannique. Une requête avait été présentée aux tribunaux britanno-colombiens pour obtenir une injonction à l'encontre du demandeur afin que celui-ci abandonne sa poursuite au Texas, le Texas ayant refusé de se considérer *forum non conveniens*. Le juge Sopinka écrit :

L'application de ces principes a pour résultat que, si un tribunal étranger se déclare compétent pour un motif qui est généralement conforme à notre règle de droit international privé concernant le forum non conveniens, cette décision sera respectée et le tribunal canadien ne prendra pas sur lui de rendre la décision pour le tribunal étranger. C'est le minimum qu'exige la ligne de conduite de nos tribunaux au chapitre de la courtoisie. Toutefois, si un tribunal étranger se déclare compétent pour un motif qui est incompatible avec nos règles de droit international privé et qu'il en résulte une injustice pour une partie existante ou éventuelle devant nos tribunaux, sa décision d'exercer sa

³⁵ *Supra* note 13.

³⁶ *Supra* note 14.

³⁷ *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Amchem Products Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 897, 102 D.L.R. (4^e) 96 [*Amchem* avec renvois au R.C.S.].

compétence est alors contraire à l'équité et il y a lieu d'empêcher le demandeur de poursuivre l'instance à l'étranger. N'ayant pas lui-même observé les règles de la courtoisie, le tribunal étranger ne doit pas s'attendre à ce que sa décision soit respectée au nom de la courtoisie³⁸.

Ainsi, les principes servent à assurer que l'application des règles relatives à la compétence juridictionnelle et la reconnaissance et l'exécution des jugements ne se fasse pas de manière mécanique. Ils doivent être pris en compte par le tribunal au stade initial de la procédure, si une exception déclinatoire est soulevée, pour vérifier la compétence. Ils doivent l'être également au stade ultime de l'exécution du jugement au fond. Dans les deux cas, ces principes feront partie des conditions d'exercice du contrôle par un tribunal supérieur en appel. C'est à travers un examen rigoureux des conditions dans lesquelles un tribunal saisi d'un litige impliquant un élément international a décidé ou non d'exercer sa compétence, particulièrement par l'établissement d'un lien réel ou substantiel entre le litige et ce tribunal, que sera évaluée l'effectivité de ces principes³⁹.

Selon nous, les tribunaux ont ainsi le devoir d'apprécier si ces principes sont ou ont été respectés, en les soulevant d'office au besoin⁴⁰. En ce sens, ils s'imposent de par leur valeur normative supérieure.

2. Leur reconnaissance en droit constitutionnel canadien

C'est grâce au droit constitutionnel canadien que l'effet contraignant des principes de la courtoisie, de l'ordre et de l'équité nous paraît avoir été consacré. En effet, déjà dans *Morguard*, la Cour suprême suggérait qu'ils constituaient des impératifs constitutionnels qui «doivent, dans leur application entre les provinces, respecter la structure fédérale de la Constitution»⁴¹. Puis, elle énonçait expressément

³⁸ *Ibid.* à la p. 934.

³⁹ Avec des résultats parfois étonnants, selon nous, comme l'illustre la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Beals v. Saldanha*, (2001) 54 O.R. (3^e) 641, maintenue par la Cour suprême ([2003] 3 R.C.S. 416, 2003 CSC 72) dans un jugement majoritaire malgré une dissidence bien sentie. La Cour y a reconnu le caractère exécutoire d'un jugement de la Floride obtenu par défaut contre des résidents ontariens qui les avait condamnés à des dommages très élevés à la suite d'une transaction immobilière d'une valeur modeste en examinant (avec une bienveillance sans doute inspirée par la courtoisie) le déroulement des procédures devant le tribunal étranger. Une telle approche a fait l'objet de critiques : voir Janet Walker, «*Beals v. Saldanha* : Striking the Comity Balance Anew» (2002) 5 Cdn. Int'l Lawyer 28.

⁴⁰ Pour une application récente des principes d'ordre et d'équité, voir *ZI Pompey Industrie c. Ecu-Line N.V.* [2003] 1 R.C.S. 450, 224 D.L.R. (4^e) 577, 2003 CSC 27, une affaire de connaissance maritime dont le contrat afférent contenait une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal belge. À cette occasion, le juge Bastarache, s'exprimant au nom de la Cour, a indiqué que la demande de suspension des procédures devant la Cour fédérale devait être accueillie à moins que pour des motifs sérieux, une analyse équivalente (mais différente) à celle de la doctrine du *forum non conveniens* ne permette d'écarter la clause d'élection de for (*ibid.* aux pp. 461-64).

⁴¹ *Morguard*, *supra* note 13 à la p. 1101.

dans *Hunt* que «les considérations constitutionnelles soulevées sont [...] des impératifs constitutionnels [qui] s’appliquent, en tant que [tels], autant aux législatures provinciales qu’aux tribunaux»⁴².

Dans *Spar*, le juge LeBel constate ainsi que «les arrêts *Morguard* et *Hunt* établissent l’existence d’un impératif constitutionnel selon lequel les tribunaux canadiens ne peuvent se déclarer compétents que s’il existe un “lien réel et substantiel”»⁴³. Il parle également du «principe constitutionnel de la courtoisie qui régit la reconnaissance et l’exécution des décisions interprovinciales»⁴⁴.

Une telle reconnaissance n’est pas sans conséquences : il est indéniable qu’en tant qu’impératifs constitutionnels (ou toute autre désignation équivalente), les principes de courtoisie, d’ordre et d’équité sont susceptibles de produire des effets juridiques puissants, même au Québec. Du reste, il s’agit là de la position généralement adoptée au Québec dans la doctrine quant à l’impact du droit constitutionnel sur le droit international privé québécois⁴⁵.

La reconnaissance de ces principes en droit constitutionnel canadien soulève néanmoins des problèmes non seulement quant à leur portée territoriale, mais également quant à leur impact réel. Cet impact se fait sentir à trois niveaux : le premier concerne la validité constitutionnelle des lois ou règles de droit international privé ; le second est la détermination, entre autres, d’exigences en vue de l’exercice approprié de la compétence juridictionnelle ; et le troisième niveau, sans doute inclus dans le second mais nécessitant une reconnaissance autonome, a trait au respect des droits constitutionnels des parties à un litige interprovincial ou international.

a. Validité constitutionnelle

Dans l’affaire *Morguard*⁴⁶, en affirmant l’importance des principes de courtoisie, d’ordre et d’équité, la Cour suprême avait signifié un changement paradigmatique dans le choix des règles devant régir la reconnaissance et l’exécution des décisions judiciaires entre les provinces, afin d’instaurer un régime plus souple et favorable. D’aucuns y avaient vu, avec plus ou moins de réserve, la formulation d’une règle

⁴² *Hunt*, *supra* note 14 à la p. 324.

⁴³ *Spar*, *supra* note 3 au para. 51.

⁴⁴ *Ibid.* au para. 64.

⁴⁵ Voir Groffier, *Supplément*, *supra* note 19 aux n^{os} 8-10 ; Goldstein et Groffier, *Droit international privé*, *supra* note 19 au n^o 23 ; Emanuelli, *supra* note 19 aux n^{os} 71-82. Le professeur H. Patrick Glenn a été le premier à prendre cette position dès 1992 et avant *Hunt* : H. Patrick Glenn, «Foreign Judgments, the Common Law and the Constitution : *De Savoye v. Morguard Investments Ltd*» (1992) 37 R.D. McGill 537.

⁴⁶ *Supra* note 13.

équivalente aux clauses de «full faith and credit» des constitutions américaine et australienne aux fins de la reconnaissance «totale» des jugements domestiques⁴⁷.

Cependant, peu d'auteurs se sont aventurés à discuter du fond de la qualification et du rattachement de ces principes ou impératifs non écrits dans la constitution canadienne. Sans doute pourrait-on les comprendre comme une expression du «fédéralisme» ou de la «primauté du droit et du constitutionnalisme», deux des quatre principes constitutionnels non écrits identifiés par la Cour suprême en 1998 dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁴⁸. Toutefois, l'impact de ces principes sur des règles écrites plus restrictives demeurerait incertain.

C'est l'affaire *Hunt* qui a permis à la Cour suprême de définir un test de validité constitutionnelle des règles de droit international privé au Canada :

Il s'agit là, comme on l'a aussi fait remarquer dans l'arrêt *Morguard*, d'une caractéristique inhérente de la fédération canadienne et les législatures provinciales ne peuvent y passer outre. Cela ne veut pas dire, toutefois, qu'il est interdit à une province d'adopter une loi qui peut avoir un effet sur les litiges dans d'autres provinces, voire d'adopter une loi concernant les modalités de reconnaissance des jugements d'autres provinces. Mais cela signifie qu'elle doit respecter *les normes minimales d'ordre et d'équité* abordées dans l'arrêt *Morguard*⁴⁹ [nos italiques].

Des nouvelles limites aux compétences législatives des provinces prévues à l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁰ ont donc été fixées, permettant ainsi de circonscrire les conditions de validité de l'application extraterritoriale des lois provinciales⁵¹.

Depuis la décision dans *Hunt*, il est clair, à tout le moins dans un cadre intracanadien⁵², que doivent se concilier avec les principes d'ordre et d'équité les règles de droit international privé — qu'il s'agisse de celles sur la compétence, sur la

⁴⁷ Voir Groffier, *Supplément, supra* note 19 à la p. 12, n. 9-13 et Goldstein et Groffier, *Droit international privé, supra* note 19 à la p. 47, n. 22-14.

⁴⁸ [1998] 2 R.C.S. 217, 161 D.L.R. (4^e) 385. Voir notamment les pp. 248-49 pour l'énoncé de ces valeurs, et leur valeur d'obligations juridiques substantielles.

⁴⁹ *Hunt, supra* note 14 aux pp. 324-25.

⁵⁰ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n^o 5.

⁵¹ C'est la perspective développée par Peter H. Hogg dans *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles, vol. 1, Toronto, Carswell, 1992, aux pp. 13-13-13-30. Depuis, la Cour suprême a élaboré «un test d'applicabilité» des lois provinciales du point de vue du droit constitutionnel en tenant compte du lien réel et substantiel : voir *Unifund Assurance c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63 à la p. 89, 227 D.L.R. (4^e) 402, 2003 CSC 40.

⁵² Et ce en dépit du contexte limité de l'affaire *Hunt*, portant sur l'application d'une loi dite de «blocage» visant à restreindre la communication de preuves dans une instance se déroulant à l'extérieur de la province : voir Goldstein et Groffier, *Droit international privé, supra* note 19 au n^o 22. Ces auteurs hésitent toutefois à remettre en cause le premier alinéa de l'article 3077 du Code civil, qui n'établit aucune distinction de traitement entre les autres provinces canadiennes et les États étrangers : «Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales ayant des compétences législatives distinctes, chaque unité territoriale est considérée comme un État».

reconnaissance des jugements, ou de conflits de lois⁵³. Mais doit-il en être ainsi également dans un cadre véritablement international ?

Dans un contexte international, sans exclure tout à fait la portée de ces principes⁵⁴, la Cour a tout au plus suggéré la possibilité de normes différentes, éventuellement plus restrictives⁵⁵, mais néanmoins placées sous l'influence des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, conformément à «l'interprétation canadienne du droit international privé», comme l'indique le juge Sopinka dans *Amchem*⁵⁶. Toutefois, jusqu'à présent, aucun barème satisfaisant n'a été proposé pour mesurer le degré de divergence qui pourrait être acceptable, ce qui rend compte de la difficulté inhérente à une telle approche⁵⁷.

À notre avis, la décision dans *Spar* n'a pas apporté de nouvel éclairage sur cette question. Même s'il se dit prêt à reconnaître l'existence d'impératifs constitutionnels «dans le contexte de conflits de compétence interprovinciaux», le juge LeBel est d'avis qu'elle ne peut facilement déborder du contexte intracanadien⁵⁸ : il souligne que les décisions de la Cour qui l'ont consacré et renforcé «reposaient essentiellement sur le caractère fédéral du Canada»⁵⁹. Certes, le juge LeBel avait indiqué ne pas vouloir débattre du caractère constitutionnel en raison du fait que la formulation d'une question constitutionnelle avait été rejetée et que les appelantes ne pouvaient ainsi présenter des arguments sur ce point⁶⁰ ; pourtant rien n'aurait empêché la Cour «d'insuffler des considérations constitutionnelles»⁶¹ en prenant en compte les circonstances du litige. D'autre part, si la Cour était si déterminée à ne pas aborder une telle discussion, elle aurait sans doute mieux fait de ne pas s'avancer sur ce terrain glissant, même en termes généraux.

⁵³ En matière extracontractuelle par exemple, tel dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, 120 D.L.R. (4^e) 289 [*Tolofson* avec renvois au R.C.S.], commentée quant à ses conséquences sur le droit civil par Goldstein et Groffier, *Droit international privé*, *supra* note 19 aux n^{os} 20, 22.

⁵⁴ La Cour avait notamment rejeté sans motifs ([2001] 1 R.C.S. iv, 197 D.L.R. (4^e) 211, 2001 CSC 26) l'appel de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.*, [1999] 173 D.L.R. (4^e) 498. Celle-ci avait conclu à l'application de la doctrine du *forum non conveniens* en faveur d'un tribunal américain du Kansas sur la base de la courtoisie, en dépit de l'existence de procédures parallèles entreprises dans la province. Entre-temps, le tribunal américain avait rendu un jugement sur le fond, et ce, dès novembre 1999, bien que la Cour suprême n'ait appris ce fait qu'en janvier 2001.

⁵⁵ Voir *Tolofson*, *supra* note 53 aux pp. 1049-50.

⁵⁶ *Supra* note 37 à la p. 930.

⁵⁷ Voir notamment *Beals c. Saldanha* (C.S.C.), *supra* note 39, qui illustre largement le problème.

⁵⁸ *Supra* note 3 au para. 51.

⁵⁹ *Ibid.* au para. 53.

⁶⁰ La question, telle qu'évoquée au para. 44 de la décision, portait sur «la compétence des tribunaux provinciaux à l'égard des défenseurs non résidents est soumise à une restriction constitutionnelle correspondant à la règle de droit international privé qui impose un lien réel entre l'objet de l'action et la compétence du tribunal devant lequel l'action est intentée».

⁶¹ *Hunt*, *supra* note 14 à la p. 324.

S'il est tout à fait acceptable de faire une distinction entre une instance vraiment internationale et une affaire intracanadienne, on ne peut néanmoins écarter tout à fait la pertinence de l'application des principes dans un contexte international. Une telle opportunité se présente concrètement chaque fois que les tribunaux canadiens doivent décider de leur compétence juridictionnelle par la recherche du «lien réel et substantiel» afin de satisfaire au contrôle de la validité constitutionnelle de l'exercice approprié de la compétence.

b. L'exercice approprié de la compétence

C'est sous l'impulsion de la Cour suprême⁶² que l'existence d'un «lien réel et substantiel» entre le litige et le tribunal saisi s'est imposée comme une exigence incontournable dans l'exercice de la compétence juridictionnelle internationale à l'égard de tout défendeur se trouvant à l'extérieur de la province du tribunal saisi. Ainsi l'énonce le juge La Forest dans *Tolofson* :

Pour éviter que l'on aille trop loin, les tribunaux ont cependant établi des règles régissant et restreignant l'exercice de compétence sur les *opérations extraterritoriales et transnationales*. Au Canada, un tribunal ne peut exercer sa compétence que s'il existe un «lien réel et substantiel» (expression non encore entièrement définie) entre lui et l'objet du litige. Ce critère a pour effet d'empêcher un tribunal de s'immiscer indûment dans des affaires dans lesquelles le ressort où il est situé a peu d'intérêt. De plus, grâce au principe du *forum non conveniens*, un tribunal peut refuser d'exercer sa compétence lorsque [...] il existe ailleurs un tribunal plus convenable ou approprié [nos italiques, notes omises]⁶³.

Cette exigence, elle-même dérivée des principes d'ordre et d'équité, crée des contraintes de nature constitutionnelle pour les tribunaux dans l'application des règles relatives à la compétence, qu'il s'agisse des règles de signification à l'étranger des tribunaux supérieurs des autres provinces, ou des dispositions du Code civil sur la compétence juridictionnelle internationale.

Dans *Spar*, le juge LeBel émet quelques réserves à l'encontre d'une telle extension :

À mon avis, rien dans ces arrêts [*Morguard* et *Hunt*] n'étaye la prétention des appelantes selon laquelle il faut satisfaire au critère constitutionnel du «lien réel et substantiel» en plus des dispositions relatives à la compétence qui figurent dans le Livre dixième du *C.c.Q.*⁶⁴.

En conséquence, la Cour décide qu'il n'y a aucun motif en l'espèce, étant donné les dispositions applicables du Code, pour souscrire à l'absence de compétence «de manière à empêcher qu'un tribunal qui n'a aucun lien réel et substantiel avec l'action

⁶² Entre autres avec *Morguard*.

⁶³ *Tolofson*, *supra* note 53 à la p. 1049.

⁶⁴ *Spar*, *supra* note 3 au para. 54.

n'en soit saisi»⁶⁵. Cette affirmation sibylline contribue malheureusement à entretenir l'ambiguïté sur les fondements des règles de la compétence au Québec, à laquelle nous reviendrons dans la prochaine partie. De surcroît, à notre avis, elle va à l'encontre de la dimension constitutionnelle des principes de droit international privé.

c. *Le respect des droits constitutionnels des parties*

Il est plausible d'avancer l'hypothèse que la position des appelantes à l'égard de l'absence de compétence des tribunaux québécois d'entendre la poursuite en dommages intentée par Spar pouvait reposer implicitement sur le respect de leurs droits constitutionnels à titre de parties non-résidentes⁶⁶. En d'autres mots, si l'on accepte que l'ordre et l'équité sont essentiels à la validité de la compétence juridictionnelle internationale directe, ne doit-on pas admettre qu'ils correspondent là à des «principes de justice fondamentale»⁶⁷ ?

Cette expression contenue dans la *Charte* module les garanties juridiques accordées au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Certains auteurs ont tenté de faire un rapprochement avec le précepte du «due process» contenu dans le *Fourteenth Amendment* du *Bill of Rights* de la constitution américaine⁶⁸, tout en notant les différences entre les systèmes⁶⁹. Il y a dès lors lieu de se demander si le contrôle de la validité constitutionnelle de la compétence sur la base des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité est une avenue possible pour protéger les droits constitutionnels des défenderesses. Au moment de la décision dans *Spar*, ceci restait encore à être déterminé par la Cour suprême. Toutefois, au vu d'un certain nombre de décisions de tribunaux inférieurs dans lesquelles a été contenu l'élargissement de la compétence internationale à l'encontre des défendeurs étrangers dans des poursuites entreprises par des demandeurs résidents du for, on pourrait avancer que le judiciaire a, d'une certaine manière, admis l'existence de garanties liées aux droits constitutionnels de défendeurs étrangers, sans vraiment l'articuler en ces termes⁷⁰. À

⁶⁵ *Spar*, *ibid.* au para. 63.

⁶⁶ Même si leur position n'avait pas été articulée en ces termes dans la question constitutionnelle qui avait été soumise à la Cour avant qu'elle n'en refuse la considération (voir *supra* note 2), nous prétendons qu'elle aurait pu être ainsi interprétée.

⁶⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 7 [*Charte*].

⁶⁸ U.S. Const. amend. XIV, § 1. Voir Jeffrey Talpis, *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. 76-86 ; Hogg, *supra* note 51 aux pp. 13-17-13-18, qui trouve un appui dans *Morguard*, à la p. 1110.

⁶⁹ Tel le choix des mots «justice fondamentale» («natural justice») au lieu de «due process» et de l'omission du mot «propriété» dans l'énumération des droits visés par l'article 7 : voir Hogg, *ibid.*, vol. 2 aux pp. 44-4, 44-15-44-17.

⁷⁰ Voir *Muscutt v. Courcelles*, (2002) 60 O.R. (3^e) 20 [*Muscutt*]. Dans cette décision de principe, la Cour d'appel de l'Ontario a discuté, de l'article 7 de la *Charte* pour rejeter l'approche subjective de la compétence juridictionnelle fondée sur le lien avec le défendeur, lui préférant une approche globale

l'inverse, les défendeurs canadiens dans une action entreprise à l'étranger pourraient également en bénéficier au stade de la demande de reconnaissance et d'exécution du jugement étranger au Canada⁷¹.

Quel que soit l'attrait d'un tel raisonnement, peu de temps après la décision dans *Spar*, la Cour suprême dans *Beals* l'a écarté sans ménagement — autant la majorité⁷² que la dissidence⁷³. L'opinion de la Cour ne s'est scindée que dans l'évaluation des moyens de défense, en fonction d'une évaluation différente des notions de justice. Nous sommes d'avis qu'il s'agit là d'un détour compliqué pour tenter de limiter les atteintes aux droits des canadiens amenés à se défendre à l'étranger.

La Cour n'a donc pas voulu constitutionnaliser outre mesure le droit international privé canadien, afin d'éviter peut-être les dérapages à l'américaine découlant de la saisine de certains tribunaux fondée sur une compétence exorbitante dite «long-arm jurisdiction». Toutefois, il serait hâtif de conclure que les tribunaux canadiens pourraient être tentés d'élargir l'exercice de leur compétence de manière inappropriée dès lors que les principes de justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte* ne peuvent être invoqués. Les balises que représentent les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, sous-jacents au critère du lien réel et substantiel, existent bel et bien pour servir de contrepoids.

Au terme de cette brève étude critique, nous pouvons donc conclure que les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité représentent davantage qu'un simple guide à l'interprétation des règles de droit international privé. À la fois par leur valeur normative supérieure et leur reconnaissance à titre d'impératifs constitutionnels, ils occupent une place importante dans l'ordre juridique international privé au Canada. Cette reconnaissance nous paraît encore plus fondamentale étant donné le fardeau qu'elle impose sur la manière de conduire l'examen du lien réel et substantiel dans un litige international. Bien que la Cour ait tenté de s'employer à cet examen dans *Spar*, elle est arrivée à des conclusions étonnantes.

III. L'opportunité du critère du lien réel et substantiel en droit québécois

Suivant l'enseignement des décisions de la Cour suprême après *Morguard*, le fondement de l'exercice approprié de la compétence dans le respect des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité repose sur l'existence d'un lien réel et substantiel entre l'objet du litige et le tribunal saisi. Ce lien répond à la fois à la nécessité de justifier et

basée sur le test général du lien réel et substantiel entre la nature du litige et le tribunal saisi (*ibid.* aux pp. 38-44).

⁷¹ Voir en ce sens la dissidence vigoureuse du juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Beals v. Saldanha*, *supra* note 39, que la Cour suprême n'a toutefois pas prise en compte.

⁷² *Beals c. Saldanha* (C.S.C.), *ibid.* à la p. 454.

⁷³ *Ibid.* à la p. 490.

de contrôler la décision d'un juge de se saisir d'un litige comportant un ou plusieurs éléments d'extranéité.

D'abord énoncé en vue de conditionner la reconnaissance et l'exécution d'un jugement provenant d'une province dans une autre, le critère du lien réel et substantiel a été dès l'origine également associé à l'exercice approprié de la compétence. C'était d'ailleurs là l'opinion du juge La Forest dans *Morguard* :

J'ai signalé qu'il faut considérer comme corrélatifs l'exercice de compétence par un tribunal dans une province et la reconnaissance de celle-ci dans une autre province et j'ai ajouté que la reconnaissance dans les autres provinces devrait dépendre de ce que le tribunal qui a rendu jugement a «correctement» ou «convenablement» exercé sa compétence. Pareille solution peut satisfaire aux exigences de l'ordre et de l'équité de reconnaître un jugement rendu dans un ressort qui avait le plus de liens avec l'objet de l'action ou qui avait, à tout le moins, des liens substantiels avec lui⁷⁴.

Dans la foulée de *Morguard*, le test du lien réel et substantiel a débordé des limites de la reconnaissance et de l'exécution interprovinciale des jugements rendus au Canada. Il a engendré une progéniture féconde qui l'a enrichi en identifiant divers liens possibles dans le respect des principes qui l'ont généré. Comme le rappelle toutefois le juge La Forest dans *Hunt*, «[p]eu importe le point de vue adopté, la déclaration de compétence et le pouvoir discrétionnaire de ne pas l'exercer doivent en fin de compte être subordonnés aux exigences d'ordre et d'équité, et non à un calcul mécanique de rapports ou de liens»⁷⁵.

La position prise par la Cour suprême dans *Spar* quant à l'exigence d'un lien réel et substantiel signale une rupture avec sa jurisprudence antérieure, au moins en ce qui concerne le droit québécois. La Cour a appliqué les règles matérielles de compétence de l'article 3148.3 C.c.Q, pourtant fort larges, sans procéder à notre avis à un examen approfondi. Ce faisant, elle a écarté l'argument que le lien réel et substantiel constitue un critère additionnel, lui préférant un rôle de double emploi avec la doctrine du *forum non conveniens*, afin de prévenir l'exercice injustifié de compétence.

Dans cette partie, nous entendons reprendre l'analyse de la Cour pour en souligner les limites.

A. La question du critère additionnel

Au nom de la Cour, le juge LeBel a rejeté catégoriquement l'idée d'importer le lien réel et substantiel comme critère additionnel de contrôle et de justification de l'exercice de la compétence juridictionnelle internationale au Québec. Voici comment il s'exprime à ce sujet :

⁷⁴ *Morguard*, *supra* note 13 à la p. 1103.

⁷⁵ *Hunt*, *supra* note 14 à la p. 326.

Passant maintenant à l'examen des arguments de fond, je ne peux accepter ceux que proposent les appelantes selon lesquels l'exigence d'un «lien réel et substantiel» énoncée dans les arrêts *Morguard* et *Hunt* est un critère additionnel auquel il faut satisfaire pour déterminer la compétence des tribunaux québécois en l'espèce [nos italiques]⁷⁶.

En toute déférence, cette approche étroite nous semble contraster avec l'emphase mise sur l'interrelation entre le lien réel et substantiel et le droit international privé québécois⁷⁷. En effet, la Cour affirme du même souffle que le système québécois de droit international privé vise à assurer la présence de ce lien, «et à empêcher l'exercice inapproprié de la compétence du for québécois»⁷⁸. De plus, elle estime que ce lien «s'incarne dans d'autres dispositions pour offrir une protection contre l'exercice injustifié de compétence», dont l'article 3135 qui codifie la doctrine du *forum non conveniens*⁷⁹. Se référant à l'article 3164 sur la reconnaissance des jugements, elle mentionne que «d'autres règles de droit international privé énoncées au Livre dixième du *C.c.Q.* contribuent à assurer le respect du critère du “lien réel et substantiel”»⁸⁰. En somme, conclut-elle, l'exigence relative à l'existence d'un lien réel et substantiel «se dégage de l'économie générale du Livre dixième»⁸¹.

À notre avis, cette partie de la décision sur la place du critère du lien réel et substantiel dans le Livre dixième du Code civil justifierait parfaitement l'opportunité de traiter ce lien comme critère additionnel dans l'examen des bases de compétence. Quelle que soit la formule utilisée, on comprend que la compétence juridictionnelle internationale ne peut être établie sur une base ténue, insignifiante, non pertinente ou opportuniste, mais seulement s'il existe un lien réel ou substantiel.

D'ailleurs, le juge LeBel reconnaît qu'«[à] l'examen du libellé même de l'art. 3148, on peut soutenir que la notion de “lien réel et substantiel” se trouve déjà subsumée sous les dispositions du par. 3148(3)»⁸². Cela voudrait dire que dans les circonstances où l'application de ces dispositions soulèverait un doute sur le degré du lien existant, le tribunal devrait en outre s'assurer à partir de l'ensemble des faits que cette compétence serait justifiée. Autrement, il suffirait de pouvoir rattacher la compétence à un chef de compétence générale, sans s'assurer de l'existence du lien réel et substantiel.

Notons que la Cour d'appel du Québec dans *Spar* avait tenté d'aller dans cette direction. Elle avait d'une part suggéré, de manière implicite au nom de la courtoisie,

⁷⁶ *Spar*, supra note 3 au para. 50.

⁷⁷ Du reste, notons que le juge LeBel ne s'est aucunement prononcé, comme l'intimée le suggérait, sur le point de qualifier le critère de «principe de common law qu'il n'y a pas lieu d'introduire dans le droit civil» (*ibid.*, para. 49).

⁷⁸ *Ibid.* au para. 55.

⁷⁹ *Ibid.* au para. 57.

⁸⁰ *Ibid.* au para. 62.

⁸¹ *Ibid.* au para. 63.

⁸² *Ibid.* au para. 56.

de respecter la compétence potentiellement concurrente du tribunal étranger fondée sur un lien significatif :

Bien que l'article 3148 C.C.Q. ne caractérise pas l'expression «fait dommageable», la réclamation qui en résulte, lorsque le fait dommageable n'est qu'une assise de revendication parmi plusieurs autres, doit être notable. Il ne peut être question d'utiliser un fait qui entraîne des dommages négligeables pour écarter la compétence d'autorités étrangères⁸³.

D'autre part, par un effet de miroir, s'inspirant de l'article 3164 gouvernant la reconnaissance de la compétence du tribunal étranger, elle avait transposé dans le texte de l'article 3148 l'exigence d'un «rattachement important»⁸⁴ comme condition de la compétence du tribunal québécois : «[e]n toute logique, la même exigence devrait se rencontrer lorsque seulement une partie des dommages réclamés découle d'un fait qui s'est produit au Québec»⁸⁵.

Cependant, comme la Cour d'appel avait été d'avis que la base de la compétence était le fait dommageable, et non le préjudice, sa décision a été renversée par la Cour suprême. Rien dans le jugement n'indique toutefois que la proposition de la Cour d'appel sur ce point ne mérite pas davantage de réflexion à une autre occasion⁸⁶.

On retient donc que dans des situations de compétences concurrentes, il reviendra au juge saisi d'apprécier les règles de compétence à la lumière des faits et des prétentions des parties, en accordant la considération nécessaire à la qualité du lien entre l'action et le lieu de son introduction. Ce faisant, il remplira le devoir qui s'impose en raison des contraintes constitutionnelles énoncées par la Cour suprême concernant l'exercice approprié de la compétence⁸⁷. En conséquence, il serait imprudent de déduire que le critère du lien réel et substantiel n'est aucunement pertinent dans un litige international comme celui soulevé dans *Spar*.

B. Dans son rapport avec le forum non conveniens

Tel que souligné dans *Spar*, c'est par l'effet de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* que le test du lien réel et substantiel rétablirait l'équilibre entre les droits des parties pour «offrir une protection contre l'exercice injustifié de la compétence»⁸⁸. Cependant, comme l'a justement fait remarquer la Cour d'appel de l'Ontario dans *Muscutt*, la doctrine du *forum non conveniens* et le critère du lien réel

⁸³ *Spar* (C.A.), *supra* note 7 au para. 19.

⁸⁴ *Ibid.* au para. 20.

⁸⁵ *Ibid.* au para. 21.

⁸⁶ Le juge LeBel s'exprime ainsi au para. 64 : «Comme cette affaire vise l'attribution initiale de compétence par un tribunal, il serait prématuré de discuter de l'application du "critère du lien réel et substantiel" relativement à la reconnaissance et la mise à exécution des décisions interprovinciales».

⁸⁷ Voir *Hunt*, *supra* note 14 à la p. 327 ; Emanuelli, *Droit international privé québécois*, *supra* note 19 au n° 143.

⁸⁸ *Supra* note 3 au para. 57.

et substantiel sont deux tests distincts, notamment en raison du fait que le premier est discrétionnaire, alors que le second correspond à une norme juridique⁸⁹. Pour l'essentiel, les tribunaux utilisent pour ces deux tests la même grille d'examen⁹⁰. L'application du test fondé sur l'existence du lien réel et substantiel devrait donc précéder celle du test relié au *forum non conveniens* dans l'examen préalable des règles de compétence⁹¹. Dès lors, si le tribunal est compétent en raison de l'existence d'un lien réel et substantiel, le recours subséquent au test du *forum non conveniens* permettrait alors de considérer cette compétence comme étant plus appropriée que celle d'un tribunal étranger, dans le prolongement en quelque sorte de l'analyse du lien réel et substantiel⁹².

Cette logique n'a été que peu explorée par la jurisprudence ou par la doctrine au Québec, ce qui tient surtout au fait que le test découlant de la doctrine du *forum non conveniens* a supplanté, en l'intégrant vraisemblablement, le test du lien réel et substantiel inhérent à l'exercice approprié de la compétence⁹³. Un test unique ne saurait suffire, surtout lorsque son application se fait de manière incomplète et partielle et qu'il en résulte une confusion quant à sa finalité. Comme le démontre le passage suivant de *Spar*, cet examen peut de toute manière être voué à l'échec :

À ce stade-ci, tenant pour acquis, à titre d'exemple, que le présent appel devrait être jugé purement et simplement en fonction du «critère du lien réel et substantiel», sans aucune référence aux dispositions du code, il est intéressant de souligner que l'issue resterait la même. Ainsi, les facteurs de rattachement énumérés plus loin dans l'examen de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* laissent entrevoir un lien suffisant avec le tribunal du Québec, ce qui appuierait la décision du juge du procès de se reconnaître compétent pour statuer sur la demande⁹⁴.

⁸⁹ *Muscutt*, *supra* note 70 aux pp. 34-37. Cette décision fort importante a permis à la Cour d'appel de l'Ontario d'énoncer en parallèle les principes juridiques de l'établissement de la compétence juridictionnelle internationale et de l'application du *forum non conveniens* dans le cadre d'une poursuite pour des dommages subis en Ontario mais résultant d'une faute commise à l'étranger. Elle a été suivie dans trois autres décisions rendues au même moment dans *Lemmex v. Bernard*, (2002) 60 O.R. (3^e) 54, *Gajraj v. DeBernardo*, (2002) 60 O.R. (3^e) 68 et *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store Inc.*, (2002) 60 O.R. (3^e) 76, impliquant toutes des fors concurrents à l'étranger alors que dans *Muscutt*, il s'agissait d'un for situé dans une autre province.

⁹⁰ Voir le tableau comparatif en annexe.

⁹¹ Pour cette raison, la Cour d'appel de l'Ontario dans *Muscutt* avait d'ailleurs souligné de manière favorable le raisonnement «implicitement» adopté par la Cour d'appel du Québec dans *Spar* (*Muscutt*, *supra* note 70 à la p. 43).

⁹² Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a démontré dans *Lemmex v. Bernard*, *Gajraj v. DeBernardo* et *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store Inc.*, *supra* note 89, si le test du lien réel et substantiel oblige le tribunal à conclure que c'est le tribunal étranger plutôt que le tribunal interne qui est compétent, le test du *forum non conveniens* ne sera plus pertinent.

⁹³ Talpis est d'opinion que «Quebec judges [...] frequently let *forum non conveniens* dominate or completely overtake other considerations» (Talpis, *supra* note 68 à la p. 46).

⁹⁴ *Spar*, *supra* note 3 au para. 64.

Ce passage est la manifestation même qu'un test unique met en échec l'application rigoureuse du test du *forum non conveniens*, puisque l'objectif de ce dernier n'est pas d'établir un lien réel et substantiel, mais bien si le tribunal saisi est plus approprié. Il convient maintenant d'en voir les raisons, qui révèlent à notre avis la fragilité de l'exercice accompli dans *Spar*.

IV. L'application de la doctrine du *forum non conveniens* au Québec

Bien qu'influencée par la common law, la réception de cette doctrine au Québec⁹⁵ est originale du fait de sa codification à l'article 3135 du Code civil en ces termes : «Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige». Cette disposition consacre donc les deux caractéristiques du *forum non conveniens* conformes à celles de la common law⁹⁶, à savoir l'exigence qu'un autre État soit «mieux à même de trancher» et la nature exceptionnelle de son application.

Sur le premier point, la détermination de la compétence plus appropriée du tribunal étranger nécessite un examen de critères qui ne sont pas énumérés comme tels dans la disposition⁹⁷. Ce sont les tribunaux au Québec qui se sont chargés de les formuler, rejoignant en cela le mouvement jurisprudentiel amorcé par la Cour suprême dans *Amchem* et par les cours des autres provinces⁹⁸. Quant au deuxième

⁹⁵ Cette doctrine avait déjà été appliquée au Québec, non sans controverse, imitant les pays de common law qui l'avaient eux-mêmes empruntée à l'origine des tribunaux civilistes écossais. Avec l'adoption de l'article 3135, le législateur québécois a tranché : voir Goldstein et Groffier, *Droit international privé*, supra note 19 au n° 132. Les tribunaux québécois ont mis un certain temps à adapter leur pratique : c'est la décision de la Cour d'appel dans *Lamborghini (Canada) inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, [1997] R.J.Q. 58 (C.A.) [*Lamborghini*], qui sera le point tournant.

⁹⁶ Voir Goldstein et Groffier, *Droit international privé*, *ibid.*, au n° 134 ; Emanuelli, *Droit international privé québécois*, supra note 19 au n° 151. Pour une discussion des différences entre la common law et l'article 3135, voir Geneviève Saumier, «*Forum Non Conveniens : Where Are We Now?*», (2000) 12 Sup. Ct. L. Rev. (2^e) 121 à la p. 129.

⁹⁷ Comme le reconnaissent les commentaires du ministre de la Justice du Québec sous l'article 3135 : Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 1999.

⁹⁸ Sans présenter une liste détaillée, le juge Sopinka a souscrit aux critères des tribunaux anglais dans l'affaire *Spliada Maritime Corporation c. Consulex Ltd.* (1985), [1987] 1 A.C. 460 (H.L.) :

Lord Goff a donné certaines indications relatives aux facteurs pertinents pour ce qui est de déterminer le tribunal approprié. Bien qu'il n'ait pas voulu dresser une liste exhaustive, Sa Seigneurie s'est référée aux principaux facteurs dans ses motifs, à la p. 478 : «Le tribunal doit donc rechercher d'abord les facteurs de rattachement en ce sens ; ils comprennent non seulement les facteurs d'ordre pratique ou pécuniaire (tels que la disponibilité des témoins), mais encore des facteurs tels que la loi applicable à l'opération en cause (voir à ce sujet l'affaire *Crédit Chimique c. James Scott*

point, le caractère d'exception, il suppose l'évaluation par le tribunal de l'opportunité d'utiliser son pouvoir discrétionnaire dans l'évaluation des critères en vue de décider ou non de décliner d'exercer sa propre compétence.

Dans *Spar*, comme il se doit, le juge LeBel traite de ces deux points, mais d'une manière qui, selon nous, distingue considérablement l'application du *forum non conveniens* au Québec de celle qui s'impose dans les autres provinces, telle que décrite dans *Amchem*. Cette distinction est le résultat, d'une part, (A) d'une analyse trop rapide des critères du *forum non conveniens* ; et, d'autre part, (B) d'une emphase exagérée sur son caractère exceptionnel.

A. Les critères du forum non conveniens

Aux fins de son analyse, le juge LeBel, suivant en cela la juge des requêtes⁹⁹, emprunte à la Cour d'appel du Québec la liste qu'elle avait élaborée dans *Lexus Maritime*¹⁰⁰. Cette liste comporte des facteurs à la fois variables et souples¹⁰¹, qui doivent être évalués dans leur ensemble sans qu'aucun ne soit déterminant à lui seul. Ces facteurs se comparent du reste aisément à ceux utilisés dans d'autres ressorts au Canada pour évaluer la compétence concurrente d'un autre tribunal¹⁰², mais encore faut-il un examen attentif et détaillé.

En s'inspirant largement des critères de *Lexus Maritime*, les appelantes dans *Spar* avaient soutenu que les tribunaux du Québec devaient décliner compétence pour les

Engineering Group Ltd., 1982 S.L.T. 131) et le lieu de résidence des parties ou le siège de leur activité» [traduction de la Cour] (*Amchem, supra* note 37 à la p. 917).

Le juge Sopinka a également longuement évoqué la question de l'avantage juridique pour le demandeur découlant du choix du for, avant de conclure qu'«aucune raison sur le plan des principes ne nous autorise à considérer la perte d'un avantage juridique comme une condition distincte plutôt que comme un facteur parmi ceux dont la cour tient compte pour déterminer le tribunal approprié» (*ibid.* aux pp. 919-20).

⁹⁹ Voir la décision de première instance, *supra* note 6 au para. 18. Fait étonnant, bien que deux des appelantes aient demandé le rejet de l'action subsidiairement sur la base de l'article 3135 (*ibid.* au para. 7) devant la Cour d'appel, celle-ci ne s'est pas directement prononcée sur ce motif.

¹⁰⁰ *Supra* note 21 au para. 22. Cette liste comporte dix critères à partir d'un assemblage de ceux retenus dans des décisions précédentes : (1) le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts ; (2) la situation des éléments de preuve ; (3) le lieu de formation et d'exécution du contrat qui donne lieu à la demande ; (4) l'existence et le contenu d'une autre action intentée à l'étranger et le progrès déjà effectué dans la poursuite de cette action ; (5) la situation des biens appartenant au défendeur ; (6) la loi applicable du litige ; (7) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi ; (8) l'intérêt de la justice ; (9) l'intérêt des deux parties ; (10) la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger. À notre avis, les critères 1 à 6 sont tributaires du test du lien réel et substantiel à appliquer tant au tribunal saisi qu'à un ou plusieurs fors concurrents, alors que les critères 7 à 10 traitent plutôt de l'appréciation de l'application exceptionnelle du renvoi à un autre tribunal compétent.

¹⁰¹ Comme les décrit le juge LeBel, alors juge à la Cour d'appel, dans *Birdsall inc. c. In Any Event inc.*, [1999] R.J.Q. 1344 à la p. 1354 (C.A.).

¹⁰² Voir notamment *Muscutt, supra* note 70. Voir également le tableau comparatif en annexe.

motifs suivants : le lieu de résidence des parties et des témoins se situait ailleurs qu'au Québec ; il n'existait plus de lien entre la demanderesse et le Québec, celle-ci n'y possédant plus d'usine ; l'endroit où aurait été commise la faute alléguée, ainsi que la localisation des biens des défenderesses se trouvaient à l'extérieur du for¹⁰³, sans compter enfin que les dommages-intérêts réclamés au Québec représentaient une somme minime¹⁰⁴. Au terme d'un examen succinct, le juge LeBel conclut toutefois que ces facteurs ne sont pas déterminants¹⁰⁵.

Au surplus, il rejette un autre argument des défenderesses (pourtant fort plausible à notre avis) relatif à l'avantage pour la demanderesse d'avoir choisi le for québécois, non seulement parce que celle-ci pouvait y réclamer, contrairement à d'autres fors potentiellement compétents, des pertes purement pécuniaires¹⁰⁶, mais également en raison du fait qu'il devient impossible de modifier le choix du ressort fait par le demandeur¹⁰⁷. Le juge LeBel estime sur ce dernier point, trouvant appui dans l'opinion du juge Sopinka dans *Amchem*, qu'il est tout à fait acceptable de reconnaître une présomption en faveur du ressort choisi par le demandeur lorsqu'il n'existe aucune autre alternative¹⁰⁸.

Une telle approche peut se justifier par l'attitude des défenderesses elles-mêmes, qui ont contribué à rendre la sélection d'un for compétent encore plus nébuleuse lors des procédures devant la juge des requêtes, qui écrit :

That this is a case where no clearly appropriate forum emerges from the facts alleged is made even clearer by the discoveries. [...]

Still, it is difficult to imagine a case where determining a clearly appropriate earthly forum poses more of a conundrum. It may be useful to point out that the Defendants do not make a claim for Virginia jurisdiction in any event. Those who express a preference favour California. [...]

Were the California proceedings still pending in that state, California would be the most appropriate forum, if only to avoid a duplication of costs¹⁰⁹.

Compte tenu qu'en l'espèce, aucun autre tribunal plus approprié n'était saisi et qu'aucun autre n'avait pu être identifié, il fallait bien convenir que, par défaut, le tribunal québécois devenait et demeurait un for compétent, si ce n'est dans l'intérêt de la demanderesse¹¹⁰. Le manque de collaboration entre les défenderesses (ou certaines

¹⁰³ *Spar*, *supra* note 3 au para. 72.

¹⁰⁴ *Ibid.* au para. 74.

¹⁰⁵ *Ibid.* aux paras. 73-74.

¹⁰⁶ *Ibid.* au para. 46.

¹⁰⁷ *Ibid.* au para. 75.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Spar* (C.S.), *supra* note 6 aux paras. 23-26.

¹¹⁰ C'est évoquer là, d'une certaine manière, la doctrine du for de nécessité codifiée à l'article 3136 du Code civil et également de nature exceptionnelle, à l'instar du *forum non conveniens*. En l'espèce, cette doctrine ne pouvait s'appliquer puisqu'il avait été décidé que les autorités judiciaires du Québec

d'entre elles) en vue de l'adoption d'une stratégie commune dans le choix d'un for alternatif, a peut-être conduit à un tel résultat. Comme le dit l'adage, «a tough case makes bad law».

Quoiqu'il en soit, il nous semble qu'il revenait aux tribunaux de soupeser également l'intérêt de la justice et celui des parties dans leur appréciation de l'argument du *forum non conveniens*, conformément à la liste reconnue des critères à considérer. Nous croyons qu'il s'agit là d'une lacune du jugement dans *Spar*. Il aurait fallu apporter des réponses aux questions suivantes : Comment un tribunal québécois, comme for du fond, pourra-t-il utilement instruire un débat sur une prétendue faute liée à des faits et agissements des défenderesses s'étant produits ailleurs, notamment en Virginie, ou encore dans l'atmosphère terrestre, alors qu'il devra non seulement pouvoir être en mesure d'entendre un grand nombre de témoins résidant à l'étranger mais également examiner l'application de la loi étrangère ? L'intérêt de la justice sera-t-il préservé ? L'intérêt de la demanderesse sera-t-il mieux servi si la question était examinée par un autre tribunal ? Et qu'en est-il des intérêts des défenderesses, en l'espèce possiblement contradictoires, sinon conflictuels ? Seraient-ils mieux servi par un tribunal du Québec ? Quoi qu'il advienne, si les défenderesses ne possèdent pas de biens au Québec, la demanderesse devra se rendre à l'étranger pour obtenir le paiement des dommages.

Malheureusement, la Cour n'apporte que peu d'éclairage, sinon aucun, sur ces questions. Or c'est précisément à l'étape de l'examen des facteurs pertinents du *forum non conveniens* qu'elles doivent être débattues, car elles sont essentielles à la détermination de l'application exceptionnelle du *forum non conveniens*.

B. Le caractère exceptionnel

Dans *Spar*, le juge LeBel insiste fortement sur le caractère exceptionnel de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* dès lors que la compétence du tribunal québécois a été établie¹¹¹. Ses propos semblent suggérer que cette application doit se faire avec parcimonie, à la discrétion du juge des requêtes et seulement si des circonstances exceptionnelles le justifient. Cette approche confirme le courant jurisprudentiel suivi jusque là au Québec¹¹². En soi, elle ne nous semble pas soulever

avaient compétence. Si la conclusion avait été différente, il aurait fallu satisfaire les conditions de l'article 3136, dont l'existence d'un «lien suffisant».

¹¹¹ *Supra* note 3 aux paras. 77-81. Si cette compétence ne peut être établie de manière raisonnable, la doctrine ne s'applique pas : voir *Quebecor Printing Memphis inc. c. Regenair inc.*, [2001] R.J.Q. 966 au para. 11 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] 1 R.C.S. x. Il est intéressant de constater que les allégations de la partie demanderesse (concernant le préjudice subi dû au refus de paiement à l'entreprise domiciliée au Québec), sont semblables à celles dans *Spar*, mais qu'elles n'ont pas ici su convaincre la majorité de la compétence des tribunaux du Québec.

¹¹² Après un début d'application parfois chaotique, les tribunaux du Québec ont depuis *Lamborghini, supra* note 95, démontré une meilleure maîtrise de l'article 3135. Voir par ex. *Amiel Distributions Ltd. c. Amana Company L.P.*, REJB 2002-32688 (C.A.) [*Amiel*].

de difficultés particulières, dans la mesure toutefois où elle demeure subordonnée à l'analyse exhaustive des critères du *forum non conveniens*. Cependant, un flou entoure toujours la méthode par laquelle une telle application exceptionnelle doit s'opérer. S'agit-il pour le juge des requêtes ou du fond de se référer à nouveau à la liste des critères, en les comptabilisant en quelque sorte, ou plutôt de les évaluer en fonction de la dynamique établie entre les parties et le for saisi ? De même, dans quelle mesure les procédures entreprises à l'étranger doivent-elles peser dans la balance ?

Une revue rapide des décisions de la Cour d'appel du Québec confirme l'application du *forum non conveniens* dans le cas où une injonction anti-poursuite a été obtenue à l'étranger¹¹³. Toutefois, elle révèle que son rejet est fréquent lorsque des procédures parallèles ont été entreprises à l'étranger et qu'elles se poursuivent sur des objets différents¹¹⁴. Il en va de même lorsque les facteurs de rattachement ne permettent pas d'identifier un seul et unique tribunal compétent¹¹⁵, condition à laquelle *Spar* accorde une grande légitimité sur la base de la règle contenue à l'article 3135.

À notre avis, aussi important que soit le choix d'un ressort unique — plus logique ou naturel, en regard du caractère exceptionnel du *forum non conveniens* —, l'attention portée à une telle exigence peut mener à des conclusions excessives qui ne paraissent pas appuyées par la décision dans *Amchem*. Ce constat est particulièrement saisissant à la lumière de la mission que semblent s'être donnés les tribunaux au Québec d'établir le forum le plus approprié. Bien que sur ce point le juge LeBel se réfère aux commentaires du juge Sopinka dans *Amchem*, nous prétendons que s'ils avaient été lus en contexte, ils auraient pu mener à une autre interprétation.

En effet, le juge Sopinka s'était prononcé ainsi :

Selon ce critère, le tribunal doit décider si un autre tribunal est *nettement plus approprié*. Cette modification a pour effet dans les cas de demande de suspension que, lorsque aucun tribunal n'est le plus approprié, le tribunal interne l'emporte ipso facto et refuse la suspension, à la condition d'être un tribunal approprié. [...] Si, en appliquant les principes relatifs au *forum non conveniens* [...], le tribunal étranger avait pu raisonnablement conclure qu'aucun autre tribunal n'était *nettement plus approprié*, le tribunal interne devrait respecter cette décision et rejeter la demande¹¹⁶.

En d'autres mots, pour le juge Sopinka, il ne s'agit pas de décider quel tribunal est le *plus approprié*, mais bien le tribunal qui est *plus approprié qu'un autre*. Selon

¹¹³ Voir par ex. *Birdsall inc. c. In Any Event inc.*, *supra* note 101.

¹¹⁴ Au sens de l'article 3137 du Code. C'était le cas dans *Amiel*, *supra* note 112. Tel que souligné par Saumier, *supra* note 96 à la p. 132, ce genre de situations serait davantage soumis aux solutions découlant de la règle de la litispendance contenue à l'article 3137.

¹¹⁵ Voir la conclusion dans *Lexus Maritime*, *supra* note 21 reprise par le juge minoritaire dans *Quebecor Printing Memphis inc. c. Regenair inc.*, *supra* note 111 au para. 35.

¹¹⁶ *Amchem*, *supra* note 37 aux pp. 931-32.

notre compréhension, rien dans les principes du *forum non conveniens* n'impose au défendeur d'établir par des moyens de preuve qu'un tribunal le plus approprié existe, mais plutôt qu'un autre tribunal est plus approprié que celui retenu par le demandeur¹¹⁷. La lecture du texte de l'article 3135 paraît corroborer cette nuance, bien que les mots employés dans la version française pour désigner un tel tribunal soient plus ambigus («mieux à même de trancher le litige») que ceux de la version anglaise («in a better position to decide»).

Dans *Spar*, le juge LeBel souscrit à l'approche d'une certaine jurisprudence au Québec qui voit dans la recherche d'un for dit «naturel» l'exigence d'un for «unique»¹¹⁸, un test plus rigide et exigeant. Ceci semble bien éloigné de la conception du juge Sopinka dans *Amchem*, pour qui le ressort logique est celui qui a le lien le plus réel et important avec le litige¹¹⁹.

Dans cette dernière décision, le juge Sopinka ne s'est pas attardé au caractère exceptionnel du *forum non conveniens* en tant que tel. Il n'utilise pas le mot «exception», mais laisse entendre que le choix du for par le demandeur, qu'il soit à son avantage ou non, ne devrait être écarté que dans des circonstances limitées. Il en va ainsi lorsque le lien est ténu et qu'il convient d'éviter une injustice :

Le poids à accorder à un avantage juridique dépend grandement du lien des parties avec le ressort en question. Si une partie s'adresse à un tribunal simplement pour obtenir un avantage juridique et non en raison d'un lien réel et important de l'affaire avec le ressort, ce choix est d'ordinaire réprouvé parce qu'il équivaut à la «recherche d'un tribunal favorable». En revanche, la partie dont la demande a un lien réel et important avec un ressort peut légitimement faire valoir les avantages qu'elle peut en retirer. La légitimité de sa demande repose sur l'attente raisonnable qu'en cas de litige découlant de l'opération en cause, elle pourra se prévaloir de ces avantages¹²⁰.

¹¹⁷ Voir *ibid.* à la p. 921. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a discuté du fardeau de preuve du défendeur en soulignant dans quelle mesure l'absence de procédures parallèles pourrait favoriser le choix du for pour le demandeur : *Pacific int'l Sec. inc. v. Drake Capital Sec. inc.*, 194 D.L.R. (4^e) 716 à la p. 724. La situation sera différente si des procédures sont pendantes devant deux fors concurrents, principalement en raison du principe de la courtoisie : voir *472900 B.C. Ltd. v. Thrifty Canada Ltd.* (1998), 168 D.L.R. (4^e) 602 (B.C.C.A.) ainsi que *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.*, *supra* note 54. Talpis est d'avis que face à des faits similaires à ceux dans *Westec*, une décision québécoise serait toutefois différente de la décision britanno-colombienne et ne reconnaîtrait pas la compétence du tribunal étranger à instruire l'affaire, dû aux règles strictes concernant la suspension de procédures établies à l'article 3137 du Code civil (*Talpis*, *supra* note 68 aux pp. 60-63).

¹¹⁸ *Spar*, *supra* note 3 au para. 76. Il fait référence à la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Lexus Maritime*, *supra* note 21, sur laquelle avait renchéri la décision dans *Birdsall inc. c. In Any Event inc.*, *supra* note 101. Curieusement, dans les deux cas, les tribunaux du Québec avaient néanmoins été trouvés *forum non conveniens*. Ajoutons que dans *Lexus Maritime*, aucun autre tribunal étranger n'avait encore été saisi.

¹¹⁹ *Amchem*, *supra* note 37 aux pp. 916, 935.

¹²⁰ *Ibid.* à la p. 920.

Le respect dû par les cours d'appel à l'exercice par le tribunal de première instance de sa discrétion dans l'application exceptionnelle du *forum non conveniens* ne pourrait donc se justifier que si tous les critères pertinents ont été réellement contrôlés. Sinon, le tribunal n'a pas rempli son devoir dans l'exercice de sa discrétion et la décision à laquelle il arrive est susceptible d'être renversée à la suite d'un examen approfondi en appel. Bien que dans *Spar* le juge LeBel ait conclu que le juge des requêtes n'avait pas commis d'erreur, en tout respect, sa démonstration ne nous convainc pas entièrement¹²¹.

Ainsi, la décision dans *Spar* de ne pas agréer à la requête des défenderesses de déclarer les tribunaux québécois *forum non conveniens* au motif que cette doctrine doit demeurer exceptionnelle risque de conduire au résultat inverse de celui recherché par le juge LeBel d'assurer la sécurité de l'ordre juridique. Cette conséquence, sans doute non souhaitée — et encore moins souhaitable — est encore plus saisissante à la lumière de ses commentaires justifiant la nécessité de renforcer ce caractère exceptionnel, lorsqu'il indique qu'«une telle incertitude pourrait gravement compromettre les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, principes mêmes dont les règles du droit international privé sont supposées favoriser la mise en oeuvre»¹²².

Par ce retour aux principes se situant au cœur de l'ordre juridique international privé, le juge LeBel ne fait que nous rendre davantage perplexes sur les valeurs inspirant le Livre dixième. Le recours ultime au test du *forum non conveniens*, sans que l'établissement de la compétence initiale du tribunal québécois n'ait été filtré à travers le test du lien réel et substantiel, ne devrait pas conduire à l'édification d'un rempart devant les fors étrangers potentiellement concurrents, perçus comme une menace à l'exercice de la compétence du for interne du demandeur. En mettant de côté le test additionnel du lien réel et substantiel, qui permet d'assurer la validité constitutionnelle de la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux du Québec, et en rehaussant la barre pour les cas dans lesquels ces tribunaux pourraient décliner compétence, la décision de la Cour suprême dans *Spar* vient rompre l'équilibre recherché dans l'exercice approprié de la compétence en accord avec les principes qui l'ont inspiré.

Conclusion

La décision dans *Spar* aurait-elle pu constituer une décision clé de la Cour suprême dans le domaine du droit international privé, à l'égal de ses décisions dans *Morguard*, *Hunt*, *Amchem* et *Tolofson*, mais cette fois dans le cadre proprement

¹²¹ Il faut se surprendre de l'appui que le juge LeBel estime trouver (*Spar*, *supra* note 3 au para. 80) dans l'arrêt *Sam Lévy & Associés c. Azco Mining inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978. En effet, une lecture attentive de cette décision, dans laquelle la Cour examinait l'application du *forum non conveniens* en matière de procédures de faillite, indique clairement que l'article 3135 n'est pas pertinent à cette analyse.

¹²² *Spar*, *supra* note 3 au para. 81.

québécois ? Pour ce faire, tel que nous avons tenté de le démontrer, ses conclusions auraient à notre avis dû être les suivantes :

- La courtoisie internationale, l'ordre et l'équité doivent être considérés comme constituant davantage que de simples principes d'interprétation, mais bien des principes fondamentaux auxquels se subordonnent l'application des règles du droit international privé.
- Au surplus, étant donné leur valeur d'impératifs constitutionnels au Canada, ils doivent être pris en compte dans la sanction par les tribunaux des règles de droit international privé, particulièrement lorsqu'ils doivent décider de leur compétence.
- Ces principes, bien qu'ayant été formulés à l'origine dans un contexte canadien, demeurent pertinents dans le cas de litiges véritablement internationaux.
- Compte tenu de l'interface entre la courtoisie internationale, l'ordre et l'équité, d'une part, et le lien réel et substantiel, d'autre part, celui-ci devrait servir à l'examen des règles de compétence du Code civil du Québec.
- En tant qu'élément de la décision sur la saisine du tribunal, le test du lien réel et substantiel devrait être traité séparément du test de la doctrine du *forum non conveniens*.
- Les circonstances exceptionnelles justifiant l'application du *forum non conveniens* devraient être examinées à la lumière de l'ensemble des critères pertinents, incluant ceux se rapportant à l'intérêt de la justice et des parties.
- Pour ces raisons, il n'existe somme toute que peu de justifications à vouloir reconnaître la spécificité du droit international privé québécois et de l'isoler des tentatives d'évolution et d'harmonisation du droit international privé canadien.

Puisque les parties se sont entendues à l'amiable, c'est pure spéculation que de tenter de prédire quels seraient ou auraient pu être les résultats d'une poursuite au Québec. Toutefois, les défenderesses auraient eu la possibilité de contester à nouveau la compétence des tribunaux du Québec¹²³. On imagine sans peine les coûts de telles procédures et le discrédit jeté sur l'administration d'une justice se voulant expéditive,

¹²³ C'est ce qu'a réitéré la cour dans *Transworld Steel Ltd. c. Venture Steel Inc.*, REJB 2003-39417 (C.A.), en regard du libellé de l'article 167 du C.p.c., dès lors que des éléments nouveaux permettraient de soutenir de telles allégations.

mais c'est là la réalité de litiges internationaux où les enjeux commerciaux et financiers sont considérables.

Plus intéressante est l'évaluation de l'impact de la décision sur l'examen préalable de la compétence juridictionnelle ainsi que sur l'application du *forum non conveniens* sur les décisions et sur la pratique en droit international privé au Québec et ailleurs au Canada. Selon nos recherches, la décision a été citée dans près d'une vingtaine de jugements, dont sept de la Cour d'appel du Québec. Elle a également fait l'objet de références dans des décisions subséquentes de la Cour suprême¹²⁴. Notons qu'elle a reçu également l'attention d'autres cours d'appel en Alberta, Colombie-Britannique, Nouvelle-Écosse et Ontario, pour des raisons qui parfois contrastent avec celles retenues au Québec. En effet, dans trois de ces instances, la position du juge LeBel quant à une étendue plus limitée de la portée constitutionnelle des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité dans le contexte international qu'interne a attiré les commentaires des tribunaux inférieurs à l'effet d'un possible conflit avec la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Muscutt*, soit explicitement, ou encore par adhésion implicite¹²⁵. Enfin, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse s'est ralliée à l'opinion du juge LeBel sur l'élargissement de la compétence matérielle des tribunaux provinciaux au motif de l'effet comparable entre les règles de service *ex juris* dans cette province et les règles de compétence du Code civil¹²⁶.

¹²⁴ Outre *Beals c. Saldanha* (C.S.C.), *supra* note 39, et *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, *supra* note 51, voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427. Dans cette affaire, la Cour avait à décider d'une contestation de la portée extraterritoriale de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, à des communications sur Internet. Cette décision a permis à la Cour d'identifier les facteurs de rattachement pouvant servir à reconnaître comme valide l'application de la loi fédérale en l'espèce; le juge LeBel a déclaré ne pas partager cette opinion au motif que le lien réel et substantiel ne devait pas s'appliquer aux compétences législatives (*ibid.* au para. 147).

¹²⁵ Seule la décision albertainne impliquait un litige véritablement international. La Cour d'appel de l'Alberta, dans *Deuruneft Deutsche-Russische Mineralol Handelsgesellschaft mbH v. Bullen*, (2003) 21 Alta. L.R. (4^e) 349, [2004] 1 W.W.R. 535, tout en endossant la position que le respect dû au principe de courtoisie en faveur d'un for étranger s'établissait à un degré différent de celui envers un for interne, a néanmoins conclu à l'absence de lien réel et substantiel avec le for interne. Dans un cadre interprovincial, la Cour d'appel de Colombie-Britannique, dans *Marren v. Echo Bay Mines Ltd.*, (2003) 226 D.L.R. (4^e) 622, (2003) 13 B.C.L.R. (4^e) 177, a pour sa part soutenu que cette approche ne pouvait être retenue lorsque la seule question était la détermination d'un lien réel et substantiel, et non celle de l'application du *forum non conveniens*, refusant ainsi de reconnaître la compétence du for saisi compte tenu d'un rattachement insuffisant en l'espèce. Enfin, la Cour d'appel de l'Ontario dans *Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.*, (2003) 63 O.R. (3^e) 431, (2003) 223 D.L.R. (4^e) 627, étant saisie d'une question de *forum conveniens* entre deux fors provinciaux, a décidé que les tribunaux ontariens devaient décliner compétence, l'utilisation des critères apparemment communs retenus dans *Muscutt* et *Spar* permettant d'établir que les tribunaux manitobains possédaient un lien réel et substantiel avec le litige.

¹²⁶ *PCI Chemicals Canada Co. v. ABB Trasmissione & Distribuzione S.p.A.*, (2004) 220 N.S.R. (2^e) 142: la Cour a décidé de confirmer la compétence internationale des tribunaux de Nouvelle-Écosse au

Au Québec, l'après-*Spar* se dessine de la façon suivante :

- En matière de compétence matérielle directe, l'interprétation large de l'article 3148(3) a été adoptée fidèlement dans l'ensemble par la Cour d'appel et la Cour supérieure¹²⁷. Seule une décision de la Cour d'appel semble mettre en veilleuse l'absence de nécessité d'examiner l'existence d'un lien réel et substantiel une fois établie la compétence¹²⁸.
- Le caractère exceptionnel du *forum non conveniens*, amplifié par la Cour suprême, permet dans plusieurs litiges de justifier la reconnaissance de la compétence des tribunaux du Québec, appuyée (dans certains cas, mais non dans tous) d'une analyse des critères figurant dans la liste retenue dans *Lexus Maritime*¹²⁹ et reprise dans *Spar*¹³⁰. Le résultat est néanmoins parfois favorable à un autre tribunal, étranger ou d'une autre province¹³¹.

motif de la présence du siège social dans la province (tel que permis dans les règles de pratique) comme seul critère de rattachement, et non sur la base du test du lien réel et substantiel à la *Muscutt*.

¹²⁷ Voir, dans un cadre international, *Republic Bank Ltd. c. Firecash Ltd.*, REJB 2004-59992 (C.A.), concernant un contrat d'utilisation de cartes de crédit par un intermédiaire en vue de garantir des mises pour des jeux de casino virtuels et payables sur une banque de Trinité-et-Tobago ; *Capital Factors c. Royal Bank of Canada*, REJB 2004-81258 (C.A.) ; *Bélanger v. Services de consultation Arthur Andersen & Cie*, REJB 2002-35510 (C.S.), où le demandeur recherche entre autres l'obtention de dommages exemplaires pour une diffamation supposément subie au Québec sur la base d'un contrat d'emploi signé localement, alors que les parties se trouvent aux États-Unis et que le lien contractuel n'existe plus. Voir, dans un cadre interprovincial, *Roco Industrie inc. c. Sterling Combustion inc.*, REJB 2004-80671 (C.S.), relative à une action fondée sur la garantie du vendeur, alors que le revendeur québécois a acquis à l'origine les biens d'un manufacturier ontarien ; *4041992 Canada inc. c. 1172535 Ontario inc.*, J.E. 2004-2121, où un franchiseur poursuit au Québec pour un préjudice à sa réputation subi localement, alors que le franchisé prétendument fautif opère en Ontario.

¹²⁸ C'est le juge Brossard qui, au nom de ses deux collègues, en fait une analyse fort élaborée dans *Banque de Montréal c. Hydro Aluminium Wells Inc.*, REJB 2004-55097 (C.A.), dans le cadre d'un contrat international se basant sur une décision de la Cour suprême ultérieure à *Spar*, soit celle rendue en 2003 dans *Beals v. Saldanha*, *supra* note 39, pour indiquer que la réflexion du juge LeBel sur ce point est théorique et dépassée. Il conviendra de mesurer en temps utile l'impact de tels commentaires sur l'interprétation de l'article 3148.

¹²⁹ *Supra* note 21.

¹³⁰ Voir par ex. *Republic Bank Ltd. c. Firecash Ltd.*, *supra* note 127 ; *Grecon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2004] R.J.Q. 88 (C.A.) ; *Équipements Power Survey ltée v. Commonwealth Sprague Capacitor inc.*, [2003] J.Q. n° 5311 (C.A.) (QL), où le demandeur a entrepris des actions parallèles, l'une au Massachusetts, où se trouve le siège social de la compagnie ayant passé la commande, et l'autre au Québec, où auraient été produits les biens défectueux ; *Arontec inc. c. Société commerciale anonyme de construction technique et touristique «Poseidon»*, EYB 2004-70561 (C.S.), relative à une action sur compte liée à un contrat de fabrication de matériaux au Québec et livrables à une société à l'étranger, le paiement étant en partie garanti par un crédit documentaire émis par une banque internationale ; *Royal & Sun Alliance Insurance c. Despec Supplies inc.*, REJB 2003-51617 (C.S.), concernant l'annulation de polices d'assurance émises par un assureur

- Une autre avenue, plus imprévue celle-là, est celle de l'influence de *Spar* sur les conditions de la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers. Dans deux décisions, l'une par la Cour d'appel¹³², l'autre par la Cour supérieure¹³³, les juges québécois ont refusé de rendre exécutoire au Québec un jugement étranger au motif de la primauté à accorder aux règles du Code civil, affirmée par la Cour suprême.

Ce bilan, encore que récent et fragmentaire, donne à penser que l'après-*Spar* soulève encore des questions sur le rôle de la Cour suprême dans sa double fonction de guide dans l'interprétation des règles et d'agent unificateur dans l'application cohérente du droit international privé. Il rend compte également des tensions inhérentes au sein de la Cour et de leurs répercussions au niveau des cours inférieures quant au maintien d'une distinction entre le degré de déférence devant être accordé aux procédures intentées au sein de la fédération canadienne et celui manifesté à l'égard des instances engagées à l'étranger, qui avait émergé avec l'arrêt *Morguard* mais qui, en dépit de *Spar*, commence à s'infléchir. Il nous reste à souhaiter une nouvelle décision de la Cour dans une affaire provenant du Québec pour en suivre l'évolution.

londonien due à de fausses déclarations faites au profit entre autres d'une entreprise liée opérant aux États-Unis ; *M.Ma.F. c. K.M.*, [2003] R.D.F. 736 (C.S.), en matière de garde d'enfants dans un litige international ; *Rudolf Keller SRL c. Banque Laurentienne du Canada*, REJB 2003-47627 (C.S.) ; *M.A. c. J.-M. G.M.B.*, [2004] R.D.F. 401 (C.S.), dans une instance de divorce internationale.

¹³¹ Voir *S.P. c. S.A.N.*, [2004] J.Q. n° 14058 (C.A.) (QL), et *P.L.M. c. T.M.*, [2004] J.Q. n° 8993 (C.S.) (QL), deux instances en divorce interprovinciales ; *MacDougall GM & Partner Corporation c. Griffiths Mcburney & Partners*, [2003] J.Q. n° 6971 (C.S.) (QL).

¹³² Voir *Worthington Corp. c. Atlas Turner*, REJB 2004-70145 (C.A.), où la Cour d'appel a refusé de reconnaître les effets d'une décision d'un tribunal américain condamnant une compagnie québécoise à payer des dommages à l'un de ses employés. Son refus se base sur les alinéas 3155(1) et 3165(1) du Code civil, des dispositions d'ordre public rendant la compétence des tribunaux du Québec exclusive en cas de poursuite liée à une matière première produite au Québec. La cour met de côté les arguments d'inconstitutionnalité liés à la portée extraterritoriale des alinéas en question, au motif que ces dispositions de droit international privé entrent dans les compétences législatives du Québec et qu'elles doivent donc recevoir application conformément à l'opinion du juge LeBel dans *Spar*.

¹³³ Voir *Labs of Virginia c. Clintrials Bioresearch Ltd.*, REJB 2003-39907 (C.S.), dans laquelle la cour rejette la requête en reconnaissance et exécution d'une décision d'un tribunal américain contre un laboratoire de recherche établi au Québec pour bris d'un contrat visant l'approvisionnement du laboratoire en singes en bonne santé. La cour est guidée par les conditions posées par l'alinéa 3168(4), qui sont plus exigeantes pour fonder la compétence contractuelle du for étranger en vue de la reconnaissance de ses décisions que ne le sont celles posées par 3148 pour établir la compétence du for québécois. Ce sont ces règles du Code civil qu'il convient d'appliquer en premier lieu, comme l'a indiqué le juge LeBel dans *Spar*, même si elles ont pour conséquence de limiter en matière juridictionnelle le principe dit du «miroir».

**Annexe : Tableau comparatif des critères du lien réel et substantiel
et du *forum non conveniens***

Tableau comparatif Liste des facteurs retenus pour les tests du «lien réel et substantiel» et le <i>forum non conveniens</i>		
Real and substantial connection <i>Muscutt c. Courcelle</i> (C.A. Ont.)	<i>Forum non conveniens</i> <i>Muscutt c. Courcelle</i> (C.A. Ont.)	<i>Forum non conveniens</i> <i>Oppenheim Forfait GmbH c. Lexus Maritime</i> (C.A. Qué)
<ul style="list-style-type: none"> • The connection between the forum and the plaintiff's claim; • The connection between the forum and the defendant; • Unfairness to the defendant in assuming jurisdiction; • Unfairness to the plaintiff in not assuming jurisdiction; • The involvement of other parties to the suit; • The court's willingness to recognize and enforce extra-provincial judgment rendered on the same jurisdictional basis; • Whether the case is interprovincial or international in nature; • Comity and standards of jurisdiction, recognition and enforcement prevailing elsewhere. 	<ul style="list-style-type: none"> • The location of the majority of the parties (residence or place of business); • The location of key witnesses and evidence; • Contractual provisions that specify applicable law or accord jurisdiction; • The avoidance of a multiplicity of proceedings; • The applicable law and its weight in comparison to the factual questions to be decided; • Geographical factors suggesting the natural forum (jurisdiction in which the factual matters arose); • Whether declining jurisdiction would deprive the plaintiff of a legitimate juridical advantage available in the domestic court (loss of juridical advantage); • Other factors. 	<ul style="list-style-type: none"> • Le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts ; • La situation des éléments de preuve ; • Le lieu de formation et d'exécution du contrat qui donne lieu à la demande ; • L'existence et le contenu d'une autre action intentée à l'étranger et le progrès déjà effectué dans la poursuite de cette action ; • La situation des biens appartenant au défendeur ; • La loi applicable au litige ; • L'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi ; • L'intérêt de la justice ; • L'intérêt des deux parties ; • La nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger.