

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

**Les questions de compétence internationale des tribunaux québécois
soulevées par le recours collectif multi-juridictionnel :
pragmatisme ou cohérence théorique**

par

Marc B. Duquette

Université de Montréal

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de LL.M.
en droit des affaires

Mars 2003

©, Marc B. Duquette, 2003



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

Les questions de compétence internationale des tribunaux québécois
soulevées par le recours collectif multi-juridictionnel :
pragmatisme ou cohérence théorique

présentée par
Marc B. Duquette

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Gérald Goldstein
président-rapporteur

Jeffrey Talpis
directeur de recherche

Guy Lachapelle
membre du jury

Résumé

Le recours collectif multi-juridictionnel soulève de nombreuses questions relatives à la compétence internationale des tribunaux. En raison de la spécificité de ce véhicule procédural et du droit qui lui est propre, le droit international privé et le droit constitutionnel applicables à la détermination de la compétence internationale des tribunaux pourraient être appelés à s'adapter à ce véhicule. La transformation de ces sphères de droit substantif sous l'influence du droit propre au recours collectif fait l'objet du présent mémoire. Cette étude vise principalement à déterminer la nature, l'étendue et l'opportunité des transformations du droit constitutionnel canadien et du droit international privé québécois au nom de principes propres au droit des recours collectifs.

L'étude en vient à la conclusion que l'influence est significative à l'extérieur du Québec, que cette influence peut, selon les circonstances, être souhaitable ou non, et qu'à tout événement ces transformations doivent faire l'objet d'une analyse de la Cour suprême du Canada afin de dissiper les incertitudes qui s'avèrent coûteuses pour les justiciables, tant en demande qu'en défense.

Mots clés

Recours collectif – Droit constitutionnel – Droit international privé – Compétence Internationale
– Juridiction – Classe nationale

Summary

Multi-jurisdictional class actions raise several questions of jurisdiction. As a result of the specificity of both class actions and the law of class actions, private international law and constitutional law applicable to jurisdiction may be invited to adapt to the new trend of multi-jurisdictional class actions. The transformation of these sectors of the law to take into account the reality of class actions is the subject of this thesis. This study primarily seeks to determine the nature, scope and opportunity of the transformation of Canadian constitutional law and Quebec's private international law to account for national class actions.

This study reaches the conclusion that this influence is significant outside the Province of Québec, that it may, according to the circumstances, be justified or not and, most importantly, that the equilibrium between these three sectors of the law should be settled by the Supreme Court of Canada in order to dissipate the uncertainties arising therefrom, uncertainties that continue to be costly for multiple claimants or defendants.

Keywords

Class action – Constitutional law – Private international law – Jurisdiction – National class

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
I. Rôle du droit constitutionnel canadien en droit international privé québécois et en matière de recours collectif à portée nationale.....	9
A. Les limites constitutionnelles à l'exercice de la compétence territoriale des tribunaux tel qu'élaborées par la Cour suprême du Canada	9
1. L'arrêt <i>Morguard</i>	10
2. L'arrêt <i>Hunt</i>	20
3. Le critère du lien réel et substantiel en droit québécois.....	30
B. Questions constitutionnelles soulevées par la formule « opt-out » pour les non-résidents.....	41
C. Les pouvoirs du législateur fédéral en matière de recours collectif à portée nationale	52
II. Droit international privé québécois appliqué au recours collectif	62
A. Règles générales.....	66
1. Domicile du défendeur (3134 C.c.Q.).....	66
2. Forum non conveniens (3135 C.c.Q.).....	74
3. Bien qu'elle ne soit pas compétente, la possibilité pour une autorité québécoise de connaître un litige (3136 C.c.Q.).....	87
4. Litispendance (3137 C.c.Q.)	88
B. Règles particulières	93
1. La compétence internationale des autorités québécoises en matière d'action personnelle à caractère patrimonial (3148 C.c.Q.).....	93
III. Influence du droit des recours collectifs sur le droit international privé québécois	106
A. Comparaison entre l'approche canadienne et québécoise.....	107

1. Cas où les tribunaux ont autorisé des personnes à se joindre comme membres d'un recours collectif alors qu'elles n'auraient pas pu, individuellement, saisir ce tribunal de leurs réclamations.....	107
2. L'approche des tribunaux québécois en matière de recours collectif à portée nationale.....	131
B. Questions procédurales.....	132
1. Multiplicité des droits applicables dans le contexte du recours collectif.....	132
2. Moment auquel le défaut de compétence internationale des tribunaux québécois peut être soulevé.....	141
CONCLUSION	146
Problématique de la non-application des règles de compétence internationale à chacun des membres du groupe	147
Problématique de la notification des non-résidents	151
BIBLIOGRAPHIE.....	156
Ouvrages et articles.....	156
Table de la jurisprudence	162

REMERCIEMENTS

Je souhaite remercier mon directeur de recherche, le professeur Jeffrey Talpis, pour ses précieux conseils, ainsi que les professeurs Gérald Goldstein et Guy Lachapelle, pour leurs commentaires inspirés.

Je désire également exprimer ma reconnaissance à Mlle Annie Le pour son soutien et sa patience.

INTRODUCTION

La présente étude porte sur certaines questions relatives à la compétence internationale des tribunaux québécois en matière de recours collectif multi-juridictionnel. Lorsque la compétence internationale des tribunaux est attaquée, certains outils légaux sont mis à la disposition de ceux-ci afin qu'ils déterminent leur compétence. Au Québec, il s'agira, dans le cas d'actions personnelles à caractère patrimonial, de l'article 3148 du *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. »). Pour ce qui est des provinces canadiennes de *common law*, il s'agira du test du lien réel et substantiel avec la province en cause. Pour ce qui est des États-Unis, il s'agira plutôt du test de « minimum contacts ».

Il va sans dire que ces outils légaux regorgent de subtilités et de difficultés. La question qui nous intéresse est celle de déterminer de quelle façon ces outils ou ces tests légaux sont appliqués au recours collectif multi-juridictionnel. Nous tenterons de déterminer dans quelle mesure l'analyse des questions de juridiction (plus précisément l'application de l'article 3148 C.c.Q., du test du lien réel et substantiel ou de la doctrine de «°minimum contacts°») se trouve influencée lorsqu'un recours collectif (ou la requête en autorisation ou certification d'un recours collectif) fait l'objet d'une attaque sur la base de la compétence internationale du tribunal saisi. Pour ce faire, nous devons nous pencher sur trois sphères du droit, celles du droit constitutionnel, du droit international privé et du droit des recours collectifs (procédure civile).

Les textes écrits sur le sujet à ce jour¹ insistent sur le rôle de l'une ou plusieurs de ces trois sphères. La présente étude tente de délimiter et d'expliquer le rôle de chacune de ces sphères, toujours dans le but de déterminer de quelle façon la compétence internationale des tribunaux est ou devrait être déterminée en matière de recours collectif multi-juridictionnel.

Les trois sphères énoncées ci-dessus, bien qu'elles se chevauchent inévitablement, et cela de façon importante, formeront les trois titres de ce mémoire. S'ajoutera de façon significative sous le troisième titre, soit celui du droit des recours collectifs, une section sur l'épineuse question procédurale de la temporalité de la présentation d'une requête en exception déclinatoire contestant la compétence internationale des tribunaux québécois à entendre un recours collectif.

Scénarios

Avant d'entreprendre quelque discussion sur le sujet à l'étude, il nous apparaît opportun de fournir quelques scénarios, sans procéder à leur analyse, pour lesquels le recours collectif multi-juridictionnel soulève des difficultés en matière de compétence des tribunaux.

¹ Y. LAUZON, «L'impact des recours collectif à portée nationale sur l'évolution du recours collectif québécois», *Congrès du Barreau du Québec*, 1999, p. 63; P. GLENN, «°The Bre-X Affair and Cross-Border Class Actions°», (2000) 79 *R. du B. can.* 280; J. K. McEWAN et L. B. HERBST, «°Jurisdictional and Inter-Jurisdictional Issues°», *The Continuing Legal Education Society of B.C.*, Vancouver, 5 mai 2000; McKEE et GALWAY, «°Constitutional Considerations Concerning National Class Actions°», dans *Special Lectures 2000: Constitutional and Administrative Law*, Toronto, Law Society of Upper Canada, 9 juin 2000; K.L. KAY et A.C. LANG «*National Class Proceedings: Are They Unmanageable? Practical and Tactical Considerations*», texte présenté dans le cadre d'une conférence sur le recours collectif organisée par Osgoode Hall Law School, 20 et 21 avril 2001; RUBY et ROBERTS, «*National Class Actions – Future Trend or Temporary Phenomenon*», texte présenté dans le cadre d'une conférence de l'Association du Barreau canadien, avril 2001; D. GLENDINNING et C. LOCKWOOD, «*The International Class – Where Are We? Where Should We Be?*», texte présenté dans le cadre d'une conférence sur les recours collectif tenue à Toronto en janvier 2002; D. KLEIN, «*Inter-Jurisdictional Class Action Litigation: the Plaintiff's perspective*», texte présenté dans le cadre d'une conférence sur les recours collectif tenue à Toronto en janvier 2002; J. WOODS, «*L'autorisation de recours collectifs nationaux et internationaux au Québec*», texte présenté dans le cadre d'une conférence sur les recours collectif tenue à Montréal en février 2002; C. ROY et S. RODRIGUE, «*L'inclusion de non-résidents dans les recours collectifs intentés au Québec*» dans *Développement récent sur les recours collectifs 2001*, p. 1.

Les questions de compétence se soulèvent généralement lorsque la défenderesse est poursuivie devant un forum autre que celui de son domicile². Comme le domicile de la défenderesse est généralement reconnu comme étant le forum naturel (article 3134 C.c.Q.) indépendamment du domicile des demandeurs aussi nombreux soient-ils et ayant des domiciles variés, les tribunaux dans la province où se trouve le domicile de la défenderesse auront compétence. Il se peut qu'en vertu de la doctrine du *forum non conveniens* (article 3135 C.c.Q), ces tribunaux refusent d'exercer leur compétence au motif qu'un autre forum serait plus approprié dans les circonstances, mais il s'agira dans ces cas non pas d'une absence de compétence mais plutôt un refus d'exercer cette compétence.

L'inclusion de membres non-résidents dans un recours collectif n'est pas nécessairement problématique. En effet, chaque jour, des non-résidents intentent, tel qu'il leur est permis, des recours devant les tribunaux d'autres provinces.

Le recours collectif multi-juridictionnel devient problématique lorsque la défenderesse est poursuivie par des non-résidents devant un forum autre que celui de son domicile, et que ces non-résidents n'ont subi aucun préjudice dans la province où le recours est intenté et qu'aucune faute n'y a été commise à leur égard. Elle ne se soulèvera probablement pas si seulement des résidents poursuivent la défenderesse, bien que celle-ci soit poursuivie dans une province autre que celle où se trouve son domicile. Elle aura après tout supposément causé un préjudice aux résidents d'une province donnée et y aura poursuivi des activités.

² La distinction entre les cas où la défenderesse est poursuivie à son domicile ou non fut proposée par le professeur Glenn, *loc. cit.*, note 1, 283.

En somme donc, le scénario classique où se soulève des questions d'ordre juridictionnel en matière de recours collectifs est celui en vertu duquel des demandeurs de provinces autres que la province où le recours collectif est intenté se joignent aux demandeurs résidents de la province où le recours collectif est intenté pour poursuivre une personne morale qui n'a ni domicile ni place d'affaires dans cette province, alors qu'aucun préjudice n'a été subi par les non-résidents dans la province du tribunal saisi et qu'aucune faute n'y a été commise à leur égard.

Par exemple, si une compagnie X domiciliée en Ontario met en marché un produit défectueux à travers le Canada, résidents et non-résidents de l'Ontario pourront se joindre à un recours collectif intenté en Ontario contre cette compagnie. Les tribunaux ontariens auraient alors compétence sur la défenderesse indépendamment de l'origine des demandeurs. Si toutefois résidents et non-résidents (ces derniers n'ayant pas subi de préjudice au Québec et n'ayant pas été victimes d'une faute au Québec) s'unissaient afin d'intenter ce même recours collectif au Québec, il n'est pas certain que les tribunaux québécois auront compétence sur la défenderesse.³ Les facteurs justificatifs de compétence pertinents seront le lieu où le préjudice allégué aura été subi ou encore là où la faute aura été commise. Le préjudice subi au Québec pourrait avoir été subi par les résidents du Québec seulement (ou les personnes de passage au Québec) et la faute commise au Québec pourrait n'avoir été commise qu'à l'égard des résidents du Québec (ou les personnes de passage au Québec). Les tribunaux québécois auront donc compétence pour entendre la poursuite des résidents québécois mais peut-être n'auront-ils pas compétence (sous réserve de l'article 3139 C.c.Q.), en droit international privé, pour entendre le recours de

³ Ce, malgré l'article 3139 C.c.Q. qui prévoit que l'autorité québécoise compétente pour la demande principale est aussi compétente pour la demande incidente. Il n'est en effet pas évident que des demandes par d'autres demandeurs puissent être considérées des demandes incidentes et cette disposition n'a pas été reconnue comme ayant un caractère impératif.

résidents d'autres provinces canadiennes. Dans ce scénario, il pourrait y avoir un recours collectif national intenté en Ontario, mais peut-être pas au Québec. Nous faisons également abstraction de la difficulté d'informer les non-résidents de l'existence du recours collectif national en Ontario, cette question relevant davantage de l'exécution d'un éventuel jugement⁴.

Ces deux scénarios, bien qu'ils aient été présentés en des termes de droit civil, s'appliquent également dans un contexte de *common law*. C'est-à-dire que si le lien réel et substantiel existe entre la défenderesse et la province où le recours est intenté, le lieu de résidence des demandeurs n'empêchera pas les tribunaux d'avoir compétence sur un recours collectif multi-juridictionnel. À l'opposé, si le lien réel et substantiel n'est fondé que sur le lieu de résidence des demandeurs, le préjudice subi par exemple, les tribunaux pourraient en théorie n'avoir compétence que sur les demandeurs qui subissent un préjudice dans leur province.

L'analyse des facteurs attributifs de compétence est généralement plus complexe et va au-delà de la simple localisation du préjudice subi ou encore du domicile de la défenderesse. Ces scénarios bien que purgés de la complexité de l'application des règles de droit international privé, illustrent toutefois dans quel contexte les tribunaux se penchent sur des questions de compétence en matière de recours collectif.

Questions

C'est dans ce même contexte que nous avons rencontré un certain nombre de questions plus spécifiques. Voici quelques-unes de ces questions auxquelles nous tenterons de donner une réponse:

⁴ GLENN, *loc. cit.*, note 1, 283.

Les résidents d'une province dans laquelle le recours collectif n'existe pas⁵ peuvent-ils faire appel au recours collectif disponible dans une autre province sans que les tribunaux de cette dernière n'aient autrement compétence? Il semblerait en effet que certains tribunaux aient élargi les règles de droit international privé afin de permettre à des non-résidents ne pouvant se prévaloir dans leur propre province de la procédure du recours collectif, de s'en prévaloir devant d'autres forums canadiens indépendamment du caractère ténu de la connexité avec ce forum.

La question de compétence des tribunaux en matière de recours collectif multi-juridictionnel est-elle une question de droit constitutionnel, de droit international privé ou de droit du recours collectif?

Doit-on, en raison de principes propres au fédéralisme canadien, créer une distinction entre la classe nationale⁶ à l'intérieur de la fédération canadienne et la classe internationale?

⁵ Les différents textes publiés à ce jour se font un devoir d'énumérer les provinces canadiennes ayant adopté la procédure du recours collectif. Au moment de rédiger ce texte, le Québec (*Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., R.-2.1), l'Ontario (*Class Proceedings Act*, S.O. 1992, c. 6) la Colombie britannique (*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50), la Saskatchewan (*The Class Actions Act*, c. C-12.01), le Manitoba (*The Class Proceedings Act*, C.C.S.M. c. C130) et Terre-Neuve (*Class Actions Act*, SNL 2001, c. C-18.1) ont adopté ce véhicule procédural. La Nouvelle-Écosse, l'Alberta et le Nouveau-Brunswick n'ont pas encore une loi spécifique sur les recours collectifs, mais les *Rules of Court* de chacune de ces provinces prévoient une procédure de recours collectif (Rule 39 Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, Rule 42 Alberta *Rules of Court*, Rule 14 New Brunswick *Rules of Court*). À tout événement, la Cour suprême du Canada a déjà avancé dans *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton* [2001] 2 R.C.S. à la p. 534, que le recours collectif existait en *common law* indépendamment de toute loi. Les lois spécifiques à ce véhicule procédural ne serviraient qu'à en structurer la procédure et le fonctionnement.

⁶ L'expression « classe nationale » est fort répandue et généralement admise bien qu'en droit québécois ce soit un groupe qui exerce un recours collectif et non une classe. Dans les provinces de *common law* qui connaissent le recours collectif, la terminologie «*class*» est employée. Pour ce qui est du terme « nationale », on fait référence à l'existence d'une classe qui inclut des résidents de diverses provinces canadiennes. On pourrait également parler de classe internationale lorsqu'une classe inclut également des individus résidant à l'extérieur du Canada.

Doit-on appliquer un système « opt-in » ou « opt-out » à l'extérieur d'une province donnée⁷?

Le tribunal qui autorise le recours collectif national doit-il tenir compte des difficultés propres à la reconnaissance et l'exécution de son éventuelle décision?

Un régime pan-canadien, sous la forme d'un accord multilatéral ou sous la forme d'une législation fédérale, constitue-t-il une solution possible aux difficultés propres au recours collectif?

Quel rôle doit jouer l'objectif de l'accès au système de justice de la façon la moins coûteuse afin de permettre une compensation raisonnable pour chacun des membres d'un groupe donné dans une analyse de la compétence du tribunal saisi?

Quels sont les conséquences d'un assouplissement des règles de droit international privé pour les parties et pour la saine administration de la justice?

Limites de l'étude

Les questions de droit applicable et d'exécution des jugements étrangers ne seront traitées que de façon accessoire, dans la mesure où elles sont pertinentes à la question de la compétence des tribunaux. Par exemple, en ce qui a trait au droit applicable, la difficulté ne réside pas tant dans la détermination du droit applicable à un membre d'un groupe donné mais plutôt dans l'effet de l'existence de droits différents applicables aux individus d'un même groupe. Il s'agira de voir

⁷ « Opt-in » est un système selon lequel les membres doivent poser un acte volontaire afin de se joindre au recours collectif et être liés à l'entente des membres. Le système « opt-out » veut quant à lui qu'un avis individualisé adéquat informe les possibles membres de leur droit de s'exclure du recours. Sauf exclusion expresse de leur part, ils seront automatiquement inclus.

l'effet de cette réalité sur la compétence des tribunaux ainsi que l'existence d'outils procéduraux pouvant permettre aux tribunaux de palier à cette réalité.

Pour ce qui est des questions relatives à l'exécution des jugements étrangers et au principe de *res judicata*, la mesure dans laquelle un jugement étranger sera reconnu ou qu'on lui accordera force de chose jugée sera en grande partie tributaire de la reconnaissance que les tribunaux étrangers accorderont à la compétence des tribunaux s'étant prononcés sur le recours collectif. On en revient donc inévitablement à la question de compétence internationale des tribunaux.

La présente étude ne constitue pas un effort de droit comparé. Les multiples références qu'on y trouve au droit des provinces canadiennes de *common law* et au droit des États-Unis n'auront que pour objectif de mieux illustrer la situation au Québec ainsi que les avenues que le Québec pourrait ne pas souhaiter emprunter.

Il ne sera pas question d'ont plus de transactions au sens du *Code civil du Québec* ou de règlement des recours collectifs qui, eux-mêmes, peuvent soulever des questions de droit international privé. Le seul auteur ayant tenté d'aborder brièvement ce sujet semble être M^e Yves Lauzon dans un texte intitulé *L'impact des recours collectifs à portée nationale sur l'évolution du recours collectif québécois* présenté dans le cadre du Congrès du Barreau du Québec en 1999⁸. Nous renvoyons le lecteur à ce texte pour les questions techniques soulevées par le règlement des recours collectifs transfrontaliers.

⁸ Y. LAUZON, «L'impact des recours collectif à portée nationale sur l'évolution du recours collectif québécois», *Congrès du Barreau du Québec*, 1999, p. 63.

I. RÔLE DU DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS ET EN MATIÈRE DE RECOURS COLLECTIF À PORTÉE NATIONALE

Le débat constitutionnel peut être tenu à trois niveaux: (A) la constitutionnalisation de certains principes de droit international privé par la Cour suprême du Canada; (B) la constitutionnalité de la formule « opt-out » pour les non-résidents et (C) les pouvoirs du législateur fédéral en matière de recours collectifs à portée nationale. Chacun de ces niveaux seront étudiés tour à tour.

A. LES LIMITES CONSTITUTIONNELLES À L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE TERRITORIALE DES TRIBUNAUX TEL QU'ÉLABORÉES PAR LA COUR SUPRÊME DU CANADA

La compétence territoriale des tribunaux au Canada n'est pas délimitée de façon expresse dans la constitution canadienne. L'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que les législatures provinciales peuvent, de façon exclusive, légiférer en matière de propriété et de droit civil dans la province. Sous l'article 92(14), ce même pouvoir législatif est reconnu en matière d'administration de la justice dans la province. Ces pouvoirs exclusifs sont toutefois accordés aux législatures et non au pouvoir judiciaire. Une brève analyse des textes constitutionnels permet de conclure à l'absence de dispositions relatives à la compétence territoriale du pouvoir judiciaire. On y départage les pouvoirs législatifs et exécutifs sans faire mention du pouvoir judiciaire, outre quelques dispositions relatives à la nomination et au salaire des juges.

Il semblerait que cette omission ait été volontaire. À la lecture des paragraphes introductifs de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il est clairement spécifié que ce texte établit le partage et les limites des autorités législatives ainsi que la nature du pouvoir exécutif, sans toutefois faire mention du pouvoir judiciaire. L'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, bien qu'il ne se

propose pas de constituer une délimitation du pouvoir judiciaire, fait mention de la continuité de ce pouvoir. En effet, les tribunaux déjà existants en 1867 sont continués en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Ces brèves remarques ne démontrent pas de toute évidence qu'il n'existe aucune limite constitutionnelle à l'exercice de la compétence territoriale des tribunaux dans chacune des provinces canadiennes mais indiquent plutôt la nécessité de trouver ces limites constitutionnelles dans les enseignements de la Cour suprême du Canada.

1. L'arrêt *Morguard*

L'un des arrêts clefs en la matière est *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*⁹ rendu par la Cour suprême du Canada en 1990 nous intéresse particulièrement car il a fait l'objet de multiples commentaires en doctrine, dont tout un débat sur le caractère constitutionnel de certaines des règles qui y sont énoncées. Bien que ce débat ait été en partie réglé dans un arrêt subséquent de la Cour suprême du Canada dont nous discuterons ci-après, l'unique façon de bien saisir la relation qui existe entre les règles de droit international privé et le droit constitutionnel canadien repose dans l'analyse minutieuse de l'arrêt *Morguard*.

⁹ [1990] 3 R.C.S. 1077. Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires, notamment G. SAUMIER, « The recognition of foreign judgments in Quebec – The mirror crack'd? », (2002) 81 *R. du B. can.* 677, « Symposium : Recognition of Extraprovincial and Foreign Judgments: The Implications of *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* » (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 1, J. BLOOM, Case Comment (1991) 70 *Can. Bar Rev.* 733; P. FINKLE & S. COAKELEY, « *Morguard Investments Limited : Reforming Federalism from the Top* », (1991) 14 *Dalhousie L.J.* 340, V. BLACK & J. SWAN, « New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments : *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* », (1991) 12 *Advocates'Q.* 489; P. GLENN, « Foreign Judgments, the Common Law and the Constitution : *De Savoye v. Morguard Investments Ltd* », (1992) 37 *McGill L.J.* 537, V. BLACK, « The Other Side of *Morguard* New Limits on Judicial Jurisdiction », (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 4, E. EDINGER, « *Morguard v. De Savoye* Subsequent Developments », (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 29, P. FINKLE & C. LABRECQUE, « Low-Cost Legal Remedies and Market Efficiency : Looking Beyond *Morguard* », (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 58, J. SWAN, « The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws », (1985) 63 *Can. Bar Rev.* 271, J. WOODS, « Recognition and Enforcement of Judgments Between Provinces : The Constitutional Dimensions of *Morguard Investments Ltd* », (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 104.

La Cour, par jugement unanime écrit par le juge Laforest, établit d'abord le fondement général des règles de droit international privé. Bien qu'il s'agisse dans cet arrêt d'un cas de reconnaissance et d'exécution d'un jugement rendu par les tribunaux d'une autre province, plusieurs des principes établis transcendent cette spécificité. Le fondement général attribué aux règles de droit international privé serait 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.¹⁰ Plus spécifiquement, ce sont des 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. Comme l'indique la Cour, cette formulation a pour effet de reconnaître que le droit international privé doit s'ajuster aux changements de l'ordre mondial¹¹. En un mot, selon la Cour suprême du Canada, le droit international privé doit avoir pour but de faciliter la circulation ordonnée et équitable des richesses et est donc fondé sur des principes d'ordre et d'équité qui assurent à la fois sûreté et justice dans les opérations.

Un second élément d'importance qui n'est pas spécifique au droit international privé mais pour lequel l'arrêt *Morguard* est souvent cité, repose dans la spécificité des relations interprovinciales. L'arrêt *Morguard* est sans doute la plus marquante reconnaissance de la différence de standards qui doit exister entre les relations interprovinciales et celles qui s'appliquent aux pays étrangers¹². Les considérations qui sous-tendent les règles de droit international privé

¹⁰ *Morguard*, précité, note 9, 1096.

¹¹ *Id.*, 1097.

¹² *Id.*, 1098.

s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un état fédéral qu'elles ne s'appliqueraient entre éléments internationaux¹³.

C'est suivant ces deux considérations que la Cour opère une première constitutionnalisation. La Cour conclut que les règles anglaises de droit international privé, règles pour lesquelles elle trace un historique, sont absolument contraires à l'intention manifeste de la constitution d'établir un seul et même pays. Cette intention, selon la Cour, présuppose un objectif fondamental de stabilité et d'unité où de nombreux aspects de la vie ne sont pas confinés à un seul ressort¹⁴.

La Cour ne nous offre pas à ce stade une règle constitutionnelle précise mais nous indique, à tout le moins, qu'il existe un principe constitutionnel qui veut que la fédération canadienne assure une certaine stabilité, unité et fluidité entre les entités de la fédération. À cet égard, la Cour fournit plusieurs exemples dont la citoyenneté commune, qui assure aux Canadiens la mobilité d'une province à l'autre, ce qui est aujourd'hui renforcé par l'article 6 de la *Charte*¹⁵.

L'un des principaux éléments des arrangements constitutionnels incorporés dans la *Loi constitutionnelle de 1867* était la création d'un marché commun. L'article 121 a, en effet, écarté certains obstacles aux échanges interprovinciaux. L'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* indique que les échanges commerciaux interprovinciaux étaient considérés comme un sujet qui intéressait le pays dans son ensemble. La disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*, 1099.

¹⁵ *Id.*

gouvernement confère également au Parlement fédéral une certaine compétence sur les activités interprovinciales¹⁶.

Selon la Cour, ces exemples rendent inutile une clause de style « full faith and credit » comme il en existe dans d'autres fédérations dont les États-Unis et l'Australie. La Cour suprême du Canada avance qu'un régime de reconnaissance mutuelle des jugements à la grandeur du pays est inhérent à une fédération. À cet effet, elle cite l'exemple de la Communauté économique européenne qui a conclu qu'une telle caractéristique découle naturellement d'un marché commun, même sans intégration politique¹⁷.

Certains auteurs cités par la Cour¹⁸ avaient avancé que le caractère unificateur des arrangements constitutionnels canadiens, pour autant que ceux-ci visent la mobilité interprovinciale, a pour effet d'inclure implicitement dans la constitution une clause de style « full faith and credit » et que le Parlement fédéral a, en vertu de la disposition relative à la paix, l'ordre et au bon gouvernement, compétence pour légiférer en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements partout au Canada¹⁹. La Cour refuse toutefois d'aller aussi loin et affirme, pour les fins de la cause qui l'occupe, qu'il suffit d'adapter les principes sous-jacents du droit international privé à la réalité de la fédération canadienne, c'est-à-dire qu'il en résulte une

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*, 1100.

¹⁸ V. BLACK, « Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada », (1989) 9 *Oxford Journal of Legal Studies*, 547 et P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2nd Ed., Toronto, Carswell, 1985.

¹⁹ *Morguard*, précité, note 9, 1100.

reconnaissance plus complète et généreuse des jugements des tribunaux des autres entités constitutives de la fédération²⁰.

En bref, les règles de droit international privé doivent, dans leur application entre les provinces, respecter la structure fédérale créée par la constitution.

À ce stade, la Cour ne conclut pas à la constitutionnalité de certaines règles de droit international privé ou encore de principes sous-jacents aux règles de droit international privé mais établit tout de même que ceux-ci doivent être adaptés à la structure fédérale protégée par la constitution. Il est encore tôt pour établir quelque lien avec les groupes nationaux et internationaux créés sous la procédure du recours collectif. Nous pouvons toutefois d'ores et déjà, sans surprise, souligner que le respect de la structure fédérale peut potentiellement jouer un rôle dans l'autorisation de recours collectifs à portée nationale.

Après avoir démontré qu'elle avait, dans d'autres domaines du droit touchant l'extraterritorialité, reconnu la nécessité d'adapter la loi aux exigences d'une fédération²¹, la Cour suprême du Canada énonce une règle qui nous rapproche encore davantage du droit international privé. Cette règle est énoncée de la façon suivante :

Selon moi, les tribunaux d'une province devraient reconnaître totalement, selon l'expression employée dans la Constitution américaine, les jugements rendus par un tribunal d'une autre province ou d'un territoire, pourvu que ce tribunal ait correctement et convenablement exercé sa compétence dans l'action. J'ai déjà parlé des principes d'ordre et d'équité qui devraient s'appliquer à cette branche du droit. L'ordre et la justice militent tous les deux en faveur de la sécurité des opérations.²²

²⁰ *Id.*, 1101.

²¹ *Id.*, 1101-1102.

²² *Id.*, 1102.

La règle est donc la suivante : les décisions des tribunaux d'autres provinces seront reconnues à condition que le tribunal ait correctement et convenablement exercé sa compétence dans l'action. Le principe constitutionnel qui découle de la structure fédérale est donc, semble-t-il, le devoir de reconnaissance des décisions des autres provinces. Ce qui nous intéresse toutefois, pour les fins d'une application aux recours collectifs, ne repose pas tant sur l'obligation constitutionnelle de reconnaissance, mais plutôt sur ce que constitue l'exercice correct et convenable de la compétence et dans quelle mesure existe-t-il, le cas échéant, des règles constitutionnelles applicables à la détermination de ce que constitue un exercice correct et convenable de compétence. Le seul indice qui nous est fourni, pour l'instant, est celui des principes sous-jacents déjà mentionnés plus haut, soit l'ordre et l'équité.

En somme, la structure fédérale justifie l'attitude de reconnaissance totale des décisions de tribunaux d'autres provinces canadiennes, et il s'agit dès lors d'un principe constitutionnel. Quant aux principes sous-jacents d'ordre et d'équité, ils déterminent ce que constitue une compétence correctement et convenablement exercée.

Il va sans dire que dans une situation internationale, il y aura également ouverture à la reconnaissance de jugements étrangers. Ce degré d'ouverture, qu'il soit total ou limité, s'expliquera toutefois à la lumière de principes telle la courtoisie internationale par opposition à la structure fédérale. Les principes sous-jacents d'ordre et d'équité seront à nouveau pertinents non pas tant dans la détermination du degré de reconnaissance, mais bien dans l'évaluation de l'exercice correct et convenable de la compétence par l'autorité étrangère.

La question qui s'ensuit est évidemment de déterminer comment appliquer ces principes sous-jacents d'ordre et d'équité à la compétence territoriale des tribunaux. La Cour énonce que les exigences d'ordre et d'équité seront rencontrées lorsque jugement est rendu dans un ressort qui

avait des liens substantiels avec l'objet de l'action. À l'inverse, la Cour avance qu'il n'est guère conforme aux principes d'ordre et d'équité que de permettre à quelqu'un d'intenter l'action dans un ressort sans tenir compte du lien que ce ressort peut avoir avec le défendeur ou l'objet de l'action.

En somme, donc, l'équité envers le défendeur exige que le jugement soit rendu par un tribunal qui agit avec équité et avec retenue dans l'exercice de sa compétence²³.

À l'intérieur de la fédération canadienne, la Cour mentionne que l'équité procédurale n'est pas en cause.²⁴ En effet, tous les tribunaux canadiens sont nommés par le gouvernement fédéral et soumis au contrôle de la même Cour suprême et aux mêmes normes d'équité procédurale. La question qui demeure en est donc une, à l'intérieur de la fédération canadienne, de compétence territoriale.

La Cour suprême reconnaît alors les règles de droit international privé déjà existantes. Elle précise qu'aucun débat ne se soulève lorsque le tribunal a agi en vertu des motifs traditionnellement acceptés par les tribunaux.

A titre d'exemple, lorsque l'action est intentée là où se trouve le domicile du défendeur au moment de l'action ou encore, dans les cas où le défendeur s'est soumis à la juridiction, soit par convention, soit en reconnaissant la compétence du tribunal. Dans ces cas, pour en revenir aux principes sous-jacents d'ordre et d'équité, il n'en résulte aucune injustice pour les parties²⁵.

²³ *Id.*, 1103

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*, 1103-1104.

La règle élaborée par la Cour suprême du Canada est celle empruntée à la Chambre des Lords dans l'arrêt *Indyka c. Indyka*²⁶ dans lequel la question soulevée était de savoir s'il y avait un lien réel et substantiel entre le requérant et le pays ou le territoire exerçant sa compétence. Il s'agit alors de chercher un lien entre l'objet de l'action et le ressort où l'action est intentée²⁷.

La Cour fait également référence à l'arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*²⁸ dont les motifs du jugement ont été rédigés par le juge Dickson qui a rejeté l'application de toute règle rigide ou mécanique pour déterminer le *situs* d'un délit civil. Il a plutôt adopté « un critère qualitatif et quantitatif plus flexible » en se demandant, comme on l'avait fait dans les arrêts anglais, s'il était « intrinsèquement raisonnable » d'intenter l'action dans un ressort particulier où s'il y avait, pour reprendre une autre expression, « un lien réel et substantiel » entre le ressort et l'acte dommageable²⁹.

La Cour établit la relation qui existe entre la règle du lien réel et substantiel et les principes sous-jacents d'ordre et d'équité.

Il me semble qu'en adoptant la méthode qui permet de poursuivre à l'endroit qui a un lien réel et substantiel avec l'action, on établit un équilibre raisonnable entre les droits des parties. Cela fournit une certaine protection contre le danger d'être poursuivi dans des ressorts qui n'ont que peu ou pas de lien avec l'opération ou les parties.³⁰

Vient ensuite la question visant à déterminer si le critère du lien réel et substantiel est de nature constitutionnelle. Le caractère constitutionnel de cette règle ne reposerait pas dans la structure fédérale créée par la constitution mais plutôt dans les limites territoriales imposées aux législatures des provinces.

²⁶ [1969] 1 A.C. 33.

²⁷ *Morguard*, précité, note 9, 1104.

²⁸ [1975] 1 R.C.S. 393.

²⁹ *Id.*, 408-409.

Dans l'arrêt *Dupont c. Taronga Holdings Limited*³¹, la Cour supérieure du Québec énonce que la limitation « à la province » de la compétence constitutionnelle de légiférer, pourrait avoir pour effet d'imposer l'exigence d'un lien substantiel avec le ressort saisi.

Cet avis exprimé par la Cour supérieure dans l'arrêt *Dupont c. Taronga Holdings Limited* s'appuie avant tout sur la position prise par le professeur Hogg suivant son interprétation de l'arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.* Il écrit :

Dans l'arrêt *Moran c. Pyle*, le juge Dickson souligne que la seule question en litige était de savoir si les règles de la Saskatchewan relatives à la compétence fondée sur la signification *exioris* avaient été respectées. Il n'est pas examiné s'il y avait des restrictions constitutionnelles à la compétence que l'assemblée législative de la Saskatchewan pouvait conférer aux tribunaux de cette province. Cependant, la règle qu'il a énoncée pourrait servir de formulation des limites constitutionnelles de la compétence d'un tribunal provincial sur les défendeurs résidant hors de la province, puisqu'elle exige qu'il y ait, entre le défendeur et le tribunal de la province, un lien qui soit substantiel et qui permette de conclure raisonnablement que le défendeur a volontairement assumé le risque d'être poursuivi devant les tribunaux de cette province.³²

Ainsi, l'exigence d'un lien réel et substantiel en matière législative clairement de nature constitutionnelle pourrait être étendu à la compétence territoriale des tribunaux tout en conservant sa nature constitutionnelle. Le juge Laforest répond directement à cette proposition dans l'arrêt *Morguard* en admettant qu'il s'agit là d'une façon intéressante de voir les choses mais conclut, comme l'affaire n'a pas été plaidée sur le plan constitutionnel, qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer de façon définitive sur le sujet.

³⁰ *Morguard*, précité, note 9, 1108.

³¹ [1987] R.J.Q. 124 (C.S.).

³² HOGG, *op. cit.*, note 18, p. 278.

Ainsi, l'arrêt *Morguard* ne semble pas élever l'exigence du lien réel et substantiel en matière de compétence territoriale des tribunaux au statut de règle constitutionnelle, mais cette question demeure ouverte.

La raison de la confusion en doctrine à cet égard est sans doute attribuable au fait que le pendant canadien du « full faith and credit », la pleine reconnaissance et exécution de jugement d'autres provinces, ait bel et bien été élevé au statut de norme constitutionnelle, alors que l'exigence que le jugement en question soit le résultat d'un exercice correct et convenable de compétence, exercice évalué à partir des principes d'ordre et d'équité, principes eux-mêmes évalués à la lumière de la règle ou de l'exigence du lien réel et substantiel, ne se voit pas accordé, bien qu'une importante ouverture ait été préparée, ce même statut. La Cour ne s'est tout simplement pas prononcée sur le statut constitutionnel de cette règle.

Le passage du statut de simple règle de droit international privé au statut de règle constitutionnelle, s'il demeure incertain dans l'arrêt *Morguard*, est confirmé par la Cour suprême dans l'affaire *Hunt c. Lac d'Amiante du Québec Ltée*³³.

Dans cette affaire, Hunt, résident de la Colombie britannique, poursuivait des entreprises québécoises en raison du fait qu'il souffrait d'un cancer qui aurait été causé par l'inhalation de fibres d'amiante contenues dans des produits fabriqués et vendus par les entreprises québécoises défenderesses.

³³ [1993] 4 R.C.S. 289.

2. L'arrêt *Hunt*

L'action en dommages-intérêts fut intentée en Colombie britannique. Dans le cadre de ce litige, Hunt a demandé la production de documents liés à l'action. Les entreprises québécoises défenderesses ont refusé la production de ces documents en vertu de la *Loi sur les dossiers d'entreprises québécoises* qui interdit de transporter hors du Québec des documents relatifs à une entreprise au Québec, à la suite d'une réquisition émanant d'une autorité judiciaire extérieure à cette province. Les tribunaux québécois ont, de plus, accordé des ordonnances empêchant les sociétés québécoises d'envoyer des documents hors de la province. M. Hunt a alors demandé aux tribunaux de la Colombie britannique de délivrer une ordonnance enjoignant de produire les documents. Les tribunaux de Colombie britannique, tant la Cour suprême que la Cour d'appel, ont tenu pour acquis que la loi québécoise était valide, statuant que les tribunaux de la Colombie britannique n'avaient pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise³⁴.

La question devant la Cour suprême était donc de déterminer d'abord si les tribunaux de la Colombie britannique pouvaient se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi d'une autre province et, ensuite, si cette loi québécoise outrepassait la compétence de la province du fait qu'elle se rapportait à une matière hors de la province³⁵.

La Cour suprême a répondu d'abord à la première question en statuant qu'en *common law*, la question de ce qui constitue une loi étrangère est une question de fait qui doit être tranchée par le

³⁴ *Hunt*, précité, note 33, 301.

³⁵ *Id.*, 307.

juge du procès. Dans ce cas, la loi québécoise était clairement un fait pertinent et sa constitutionnalité était donc également pertinente³⁶.

Les tribunaux de la Colombie britannique se devaient d'examiner les arguments d'ordre constitutionnel pour statuer sur cette loi étrangère qui était soulevée accessoirement au litige. Un tribunal étranger qui tire une conclusion de fait ne doit pas être tenu de présumer qu'une loi est constitutionnelle du simple fait de son adoption³⁷. Les règles de droit international privé n'empêchent pas d'examiner la constitutionnalité des lois d'un autre ressort. Le fait que les deux ressorts en question font partie de la même fédération canadienne, qu'ils soient régis par la même constitution, vient, selon la Cour suprême, renforcer et peut-être même augmenter les pouvoirs qu'ont les cours supérieures d'examiner les questions constitutionnelles³⁸.

La Cour se penche véritablement sur la compétence territoriale des tribunaux à partir des principes d'ordre et d'équité. En effet, la Cour craint les effets d'un système qui se voudrait anarchique (ordre) entraînant inévitablement des injustices pour les justiciables (équité).

Laforest écrit :

Les systèmes juridiques et les règles de droit reflètent et expriment les valeurs fondamentales d'une société. Pour respecter la diversité des sociétés, il importe donc de respecter les différences entre les systèmes juridiques. Mais pour que cela soit possible à notre époque où de nombreuses opérations et interactions débordent les frontières qui séparent les ressorts juridiques dans notre ordre juridique mondial décentralisé, il faut également disposer d'un moyen pratique de coordonner ces régimes divers, sans quoi les

³⁶ *Id.*, 308.

³⁷ *Id.*, 309.

³⁸ *Id.*, 310.

pires aspects d'un système anarchique font surface, entraînant inévitablement une injustice pour les justiciables.³⁹

La Cour nous renvoie à l'arrêt *Morguard* en énonçant que ce sont les principes d'ordre et d'équité qui doivent nous guider dans le choix d'un tribunal compétent⁴⁰.

Dans le présent cas, il serait contraire à l'ordre et l'équité que d'obliger le demandeur à se rendre au Québec afin d'intenter de nouvelles procédures dans le but de faire invalider la loi en cause. L'ordre et l'équité veulent que les tribunaux de la Colombie britannique soient compétents dans l'analyse de cette question qui se soulève accessoirement à un litige devant eux.

Reste toutefois à savoir si ces principes d'ordre et d'équité, et le test du lien réel et substantiel qui en découle, sont de nature constitutionnelle. En matière législative, une loi doit satisfaire à l'exigence de situation « dans la province » imposée par l'article 92. Il s'agit d'évaluer, selon la méthode du « caractère véritable », si l'adoption d'une mesure législative ayant un effet extraprovincial excède la compétence de la province. Dans quelle mesure toutefois cette analyse applicable aux lois en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* peut également s'appliquer aux décisions judiciaires, c'est-à-dire de quelle façon l'article 92 affecte la ligne de conduite des tribunaux sur le plan de leur compétence territoriale⁴¹.

La Cour emprunte finalement l'ouverture qu'elle avait préparée dans *Morguard*. En plus de réaffirmer sa conclusion à l'effet qu'il existe un principe constitutionnel équivalent au « full faith and credit », la Cour énonce clairement que ce sont des impératifs constitutionnels qui limitent la compétence territoriale des tribunaux, c'est-à-dire que non seulement la loi doit satisfaire à l'exigence de situation « dans la province » imposée par l'article 92 mais également les pouvoirs

³⁹ *Id.*, 295.

des tribunaux. Il s'agirait d'impératifs constitutionnels qui s'appliquent en tant que tel autant aux législatures provinciales qu'aux tribunaux⁴².

La Cour conclut de façon importante que les tribunaux doivent appliquer les normes minimales d'ordre et d'équité dans la détermination de leur compétence⁴³.

La Cour, dans l'arrêt *Hunt*, explique l'arrêt *Morguard* dans les termes suivants :

L'idée essentielle de l'arrêt *Morguard* était que, dans notre fédération, il était nécessaire d'avoir une meilleure reconnaissance et exécution des jugements rendus dans d'autres provinces. Dans cet arrêt, on a toutefois pris soin d'indiquer que les tribunaux doivent avoir des motifs raisonnables de se déclarer compétents.⁴⁴

La première phrase énonce le principe qui avait été élevé au statut constitutionnel dans l'arrêt *Morguard*, alors que la seconde phrase, pour laquelle le statut constitutionnel demeurait incertain, est celle qui, dans l'arrêt *Hunt*, acquiert ce statut pour les mêmes motifs que les législatures provinciales doivent satisfaire à l'exigence de situation « dans la province » imposée par l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Ces motifs raisonnables sont, selon la Cour et tel qu'élaboré dans *Morguard*, l'existence d'un lien réel et substantiel avec le tribunal saisi. Selon la Cour, ce critère ne se voulait pas un critère rigide mais visait simplement à exprimer l'idée que les revendications de compétence doivent être assujetties à certaines limites. Au sujet de ces limites, la Cour énonce :

⁴⁰ *Id.*, 313.

⁴¹ *Id.*, 321.

⁴² *Id.*, 324.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*, 325.

Les limites de ce qui constitue une déclaration raisonnable de compétence n'ont pas été déterminées et j'ajoute qu'aucun critère ne pourra peut-être jamais être appliqué rigidement; aucun tribunal n'a jamais pu prévoir tous ces cas. Toutefois, même s'il peut bien être nécessaire d'en réexaminer certains à la lumière de l'arrêt *Morguard*, les liens invoqués aux termes de règles traditionnelles constituent un bon point de départ. On a laissé plus que cela dépendre de l'accumulation progressive de liens définis conformément aux principes généraux d'ordre et d'équité.⁴⁵

Ainsi, les règles de droit international privé existantes et les liens invoqués aux termes de ces règles, continuent d'être des outils utiles aux fins de l'analyse de l'existence d'un lien réel et substantiel. Ces règles et les liens invoqués pourront être adaptés aux principes de l'arrêt *Morguard*, soit les principes généraux d'ordre et d'équité. L'importance de ces principes généraux d'ordre et d'équité est fondamentale. La Cour statue :

Peu 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 rapport ou de lien.⁴⁶

Ce passage nous indique que l'objectif ultime est celui d'ordre et d'équité. Il s'agit d'une conclusion difficile à expliquer d'un point de vue constitutionnel, c'est-à-dire que par le biais de l'article 92 et de l'extension des limites territoriales du pouvoir législatif au pouvoir judiciaire, la Cour, tel que mentionné, donne à l'exigence de l'existence d'un lien réel et substantiel le statut d'exigence constitutionnelle à l'exercice de la compétence d'un tribunal. Toutefois, les principes suprêmes demeurent ceux d'ordre et d'équité. Qu'arrive-t-il donc si l'ordre et l'équité semblent indiquer qu'un tribunal devrait exercer sa compétence mais que les liens avec le forum ne sont que ténus? Dans ces circonstances, un tribunal ne devrait-il pas décliner d'exercer sa compétence

⁴⁵ *Id.*, 325-326.

⁴⁶ *Id.*, 326.

en respect de la norme constitutionnelle fondée non pas sur l'ordre et l'équité mais sur la territorialité? Certains diront que l'ordre et l'équité ne vont pas sans l'existence de liens réels et substantiels et ils auraient probablement raison si ce n'était du recours collectif.⁴⁷.

Comme nous le verrons plus en détails, certains tribunaux, surtout ontariens, acceptent d'entendre des recours collectifs bien que la défenderesse et certains des demandeurs ainsi que le litige qui les oppose n'aient aucun lien avec la province. Il semble le faire sur des bases de commodité. Peut-être ces bases sont-elles en vérité des bases d'ordre et d'équité? Ou encore, des bases qui pourraient découler de la nature fédérale de l'état canadien.

Quoi qu'il en soit, l'on peut comprendre la problématique que soulève un recours collectif interprovincial. Quel critère doit-on appliquer? Le critère du lien réel et substantiel qui semble de nature constitutionnelle? D'autres principes d'ordre et d'équité, constitutionnels ou non? Des critères de fédéralisme canadien ou encore de commodité? La réponse, comme c'est souvent le cas, est peut-être très simple.

La Cour suprême du Canada voit peut-être dans les principes généraux d'ordre et d'équité un caractère constitutionnel bien qu'elle n'ait établi, contrairement au critère plus territorial du lien réel et substantiel, aucune correspondance aux lois constitutionnelles. Peut-être que ces principes sont tout simplement indissociables et que les tribunaux ont eu tort en matière de recours collectifs de procéder à certaines certifications malgré l'absence de lien réel et substantiel.

⁴⁷ Il arrive en effet qu'un recours collectif à portée nationale ne rencontre pas le critère du lien réel et substantiel à l'égard de tous les demandeurs. Afin qu'un tribunal puisse s'autoriser néanmoins à entendre ce recours à l'égard de tous les demandeurs, un autre principe de droit devrait être nécessaire. Cet autre principe de droit pourrait être l'ordre et l'équité, le fédéralisme canadien ou encore certains objectifs propres aux recours collectifs communs à chacune des provinces ayant adopté le recours collectif.

C'est d'ailleurs la position privilégiée par le professeur Jean-Gabriel Castel qui voit dans les arrêts *Morguard* et *Hunt* la confirmation du statut constitutionnel des principes d'ordre et d'équité qui y sont énoncés :

Thus, there are now two grounds for challenging the constitutionality of a statutory or judicial rule of the conflict of law : the traditional limitation on the power of the provinces to legislate extraterritorially and the new constitutional principles of order and fairness.⁴⁸

Nous sommes d'avis que les principes d'ordre et d'équité doivent guider les tribunaux dans leur analyse du critère des liens réels et substantiels, mais que les principes d'ordre et d'équité ne permettent pas aux tribunaux de faire abstraction du critère du lien réel et substantiel. Il existe une limite constitutionnelle de nature territoriale qui ne saurait être éliminée par ces principes sous-jacents qui se veulent davantage des guides ou des outils dans l'analyse de la norme constitutionnelle du lien réel et substantiel. Ils ne constituent pas eux-mêmes une norme constitutionnelle. La Cour suprême du Canada ne peut être plus limpide lorsqu'elle statue :

Et les tribunaux sont tenus, en vertu de contraintes constitutionnelles, de ne se déclarer compétents que s'il y a des liens réels et substantiels avec cet endroit.⁴⁹

Les tribunaux auraient donc eu tort de faire passer des raisons de commodité, et peut-être d'ordre et d'équité, malgré l'absence de lien réel et substantiel entre la défenderesse, certains demandeurs et le litige qui les oppose et le forum en cause.

De façon à prime abord surprenante, la Cour suprême du Canada a refusé d'entendre ces litiges où des classes nationales problématiques ont été autorisées. L'explication se situe peut-être dans

⁴⁸ J.-G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 4th Ed., Toronto, Butterworths, 1997, p. 52.

⁴⁹ *Hunt*, précité, note 33, 328.

la nature des décisions des tribunaux inférieurs. Il ne s'agissait pas de cas de reconnaissance et exécution dans d'autres provinces mais seulement de décisions autorisant le recours collectif. D'ailleurs, à cet égard, les tribunaux inférieurs ont précisé qu'ils ne se préoccupaient pas des questions de reconnaissance et exécution du jugement à venir. Cette question, selon ces tribunaux, devra être débattue dans la province où l'on tentera de faire reconnaître et exécuter le jugement en question.

Dans l'arrêt *Morguard*, la Cour suprême du Canada a jugé que la question de la compétence et la question de la reconnaissance et l'exécution des jugements devaient être traitées de façon corrélative⁵⁰. Conformément donc, les propos tenus dans *Morguard* ne doivent pas être limités aux cas de reconnaissance et exécution des jugements de sorte que les tribunaux doivent tenir compte du critère du lien réel et substantiel dès lors qu'ils se questionnent sur leur compétence. Il nous semble donc inapproprié de diviser la question de la reconnaissance et l'exécution et la question de compétence au stade initial au motif qu'il appartiendra aux tribunaux d'une autre province de déterminer si l'exercice de la compétence par le tribunal original était correcte et convenable. Au contraire, il nous semblerait préférable que les tribunaux décident dès lors de façon approfondie de leur compétence. Toute autre solution aurait un effet étrange sur le principe constitutionnel équivalant à la clause « full faith and credit » qui veut que la règle soit la reconnaissance. Il serait tout à fait incongru que les tribunaux regardent les jugements des autres provinces comme si la compétence du tribunal original n'avait jamais été considérée.

C'est avec suspicion plutôt qu'ouverture que les tribunaux recevraient les décisions provenant d'autres provinces. Cet esprit ne se veut pas conforme avec l'idée d'accorder « full faith and

⁵⁰ Précité, note 9, 1094 et 1103.

credit » aux décisions d'autres provinces. Certes, les tribunaux auront à s'assurer que compétence a été exercée de façon correcte et convenable mais cette vérification ne se voudra pas une toute première analyse.

D'autres considérations pratiques militent en faveur d'une détermination initiale approfondie de la compétence. Ces considérations pratiques sont reliées à l'idée d'efficacité dans la résolution des différends.

De façon générale, plus les parties connaissent avec précision l'ampleur de la demande et les possibles résultats du litige, plus elles sont en mesure de trouver un terrain d'entente sans avoir à procéder devant les tribunaux. Nous croyons que l'incertitude entourant la certification d'un groupe dont l'étendue territoriale demeure incertaine peut causer de sérieux obstacles à un éventuel règlement. La défenderesse se retrouve dans une position peu enviable s'il lui est impossible de déterminer dans quelle mesure il est opportun de régler ou de procéder devant les tribunaux.

Le professeur Janet Walker fait référence, à cet égard, à une décision américaine et résume cette problématique de la façon suivante :

Uncertainty about whether absent foreign class members would be regarded as precluded from suing in the courts of their countries led to their elimination from the plaintiff class in *Bersch v. Drexel Firestone*⁵¹. In that decision, the United States Court of Appeals for the Second Circuit thought it was unfair to the defendants to bind them to a result that plaintiff class members would be free to accept or to reject as they please. Adopting the words of the Court below, the Court of Appeals held that "if defendants prevail against a class, they are entitled to a victory no less broad than a defeat would have been"⁵². The significance

⁵¹ 519 F2d 974, pp. 996-997 (2 Cir, 1975).

⁵² *Id.*

of this concern for a litigated result is clear but the significance for a negotiated result could be even more profound. In terms of settlement, it would be unfair to require a defendant to negotiate a resolution and seek approval from the court if that resolution could be evaded by those it purported to bind through our jurisdictional restriction such as this.⁵³

L'une des difficultés donc, que représente une détermination trop souple de la compétence au stade de l'autorisation, est l'incertitude qui surgit advenant une décision en faveur de la défenderesse, ou encore la conclusion d'un règlement global approuvé par le tribunal.

Le demandeur sur lequel le tribunal n'avait pas strictement compétence (demandeur que le tribunal saisi a tout de même décidé d'inclure dans le recours) se trouve potentiellement avantagé. À moins que l'on ait procédé par voie de opting-in, ce demandeur, en cas d'échec du recours, pourrait potentiellement intenter dans une autre province un nouveau recours sans que l'on puisse lui opposer le premier recours (supposant que le premier recours ne serait pas reconnu à l'égard de ce demandeur en raison de l'absence de compétence du premier tribunal). En d'autres termes, si les règles de compétence n'avaient pas été respectées à son égard, on ne pourra probablement pas lui opposer l'échec du recours, à moins qu'il ne soit volontairement inclus dans le recours.

En cas de règlement global approuvé par le tribunal, ce même demandeur pourrait potentiellement intenter un recours dans une autre province (à moins qu'il n'ait expressément accepté d'être partie à la transaction). La défenderesse n'est donc pas en mesure de conclure un règlement dont elle peut évaluer l'étendue avec certitude. La décision de remettre les questions de compétences au stade de la reconnaissance a donc pour effet de nuire, en théorie, à la résolution des recours collectifs.

⁵³ J. WALKER, « Class actions : Where are we at and where are we going? », texte présenté dans le cadre

3. Le critère du lien réel et substantiel en droit québécois

Il est insuffisant d'énoncer les règles constitutionnelles qui se dégagent des arrêts *Morguard* et *Hunt* sans évaluer leur conséquence sur le droit international privé québécois. Nous ne voulons pas ici traiter des règles spécifiques du droit international privé puisqu'un titre leur a été réservé. Mais nous croyons toutefois opportun de voir de quelle façon les enseignements des arrêts *Morguard* et *Hunt* peuvent affecter le droit international privé québécois.

Il faut bien comprendre que les enseignements des arrêts *Morguard* et *Hunt* ne sont pas théoriquement constitutifs du droit international privé québécois. Certes le droit constitutionnel a toute sa place en droit québécois, mais les règles de droit international privé québécois sont uniquement celles prévues au Code. Le rôle du droit constitutionnel est plutôt d'assurer que les règles prévues au Code soient conformes aux normes constitutionnelles. Le cadre de l'analyse devrait donc, en théorie, être limité à l'analyse de la constitutionnalité des règles de droit international privé québécois. Ceci étant dit, les tribunaux ont le devoir d'interpréter la loi conformément aux normes constitutionnelles. Il ne serait donc pas surprenant que l'interprétation des règles de droit international privé québécois soit influencé par les enseignements de *Morguard* et *Hunt*.

Quoiqu'il en soit, l'impact de *Morguard* et *Hunt* est de toute évidence, d'un point de vue analytique, beaucoup moins important au Québec que dans les autres provinces canadiennes. Le Québec s'est doté au Livre X du *Code civil du Québec* d'un système moderne de droit international privé, avec des règles précises qui servent de guide dans l'analyse des questions de compétence internationale des tribunaux québécois (et qui ne sont pas par ailleurs étrangères au

d'une conférence tenue à Toronto les 20 et 21 avril 2001, 12.

critère du lien réel et substantiel). À l'inverse, dans les provinces de *common law*, où les règles de droit international privé étaient désuètes et ne tenaient pas compte des réalités du nouvel ordre économique, le critère du lien réel et substantiel est devenu la clef de toute analyse de compétence territoriale des tribunaux.

Alors qu'au Québec l'analyse passe par les règles précises énoncées au *Code civil du Québec*, dans les provinces de *common law*, l'analyse passe par le critère du lien réel et substantiel.

Nous cherchons, sous la présente section, à déterminer la place qu'il reste en droit international privé québécois à la norme constitutionnelle du lien réel et substantiel, tant dans le cadre de l'analyse de la compétence des tribunaux qu'au niveau de contrôle des règles précises déjà prévues au *Code civil du Québec*.

Cette norme du lien réel et substantiel doit-elle chapeauter, transformer et faire évoluer les règles de compétence déjà existantes? Doit-elle être partie intégrante de toute analyse de la compétence des tribunaux québécois?

À supposer que l'application de ces règles mènent à la reconnaissance de la compétence des tribunaux québécois et que les liens de rattachement semblent malgré tout ténus, la norme du lien réel et substantiel élaborée par la Cour suprême du Canada pourrait-elle venir corriger une anomalie des règles de droit international privé québécois ou encore affecter leur interprétation? Quel rôle la doctrine du *forum non conveniens*, advenant que l'article 3148 C.c.Q. tende à indiquer que les tribunaux québécois ont compétence bien que les liens soient ténus, peut-elle jouer pour assurer le respect de la norme du lien réel et substantiel?

Nous sommes d'avis, qu'il n'y a pas lieu au Québec de procéder à une analyse en termes de lien réel et substantiel alors que des règles plus précises, qui tendent vers les mêmes objectifs, ont

déjà été élaborées. Nous sommes toutefois d'avis que les objectifs d'ordre et d'équité qui sous-tendent le critère du lien réel et substantiel peuvent utilement guider les tribunaux dans l'interprétation et l'application des règles déjà prévues au *Code civil du Québec*.

Dans les provinces de *common law*, le critère du lien réel et substantiel est venu occuper tout le champ du droit de la compétence territoriale des tribunaux. Deux raisons peuvent possiblement expliquer ce phénomène. D'abord, l'opportunité d'adopter un nouveau critère en raison de la désuétude du système de droit international privé en place. Il y a ensuite l'approche caractéristique de la *common law*, qui se veut généralement réfractaire aux règles trop précises. Les tribunaux de *common law* préfèrent la souplesse que leur laisse un critère général comme celui du lien réel et substantiel. À l'inverse, la tradition civiliste laisse une plus grande place au législateur.

C'est par la voie législative que le droit québécois s'est adapté aux réalités de l'ordre économique moderne. Sur l'historique du droit international privé québécois, nous renvoyons le lecteur au traité de droit international privé des professeurs Goldstein et Groffier⁵⁴.

Les règles formulées tiennent compte de multiples facteurs justificatifs de compétence. Dès lors que l'un de ces facteurs est applicable, les tribunaux québécois ont compétence. Ces derniers peuvent toutefois décliner cette compétence sur la base de la doctrine de *forum non conveniens*. Par exemple, sous l'article 3148 (3) C.c.Q., lorsque l'une des obligations découlant d'un contrat est prévue être exécutée au Québec, les tribunaux québécois auront compétence⁵⁵. Il n'est pas question de l'une des obligations caractéristiques du contrat ou d'une obligation importante du

⁵⁴ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé*, Tome 1, éd. Yvon Blais, 1998, pp. 16-43.

contrat. Une seule obligation contractuelle, aussi accessoire soit-elle, pourrait justifier la compétence des tribunaux québécois. Dans ces cas, la doctrine de *forum non conveniens* prévue à l'article 3135 C.c.Q. pourra, à la demande d'une partie, venir tempérer cette solution⁵⁶.

Il existe donc une deuxième ligne, une disposition en vertu de laquelle les tribunaux québécois peuvent corriger certains effets inattendus des règles prévues à l'article 3148 C.c.Q. Dans les cas où les autorités du Québec, bien qu'elles soient compétentes, jugent qu'elles ne sont pas les mieux à même de trancher un litige, elles pourront décliner exercer leur compétence. Comme nous le verrons sous le titre suivant, il doit s'agir d'un cas clair où les autorités étrangères sont mieux à même de trancher le litige.

Cette deuxième ligne n'est donc pas parfaitement étanche. D'abord en raison de ce fardeau (cas exceptionnels/cas clairs), et ensuite en raison du fait que les analyses sous cette doctrine, et les nombreux critères qui y sont considérés, ne sont pas nécessairement en parfaite harmonie avec les principes d'ordre et d'équité sous-jacents au critère du lien réel et substantiel.

Par exemple, à supposer qu'une machinerie qui n'est pas disponible au Québec soit achetée par un entrepreneur québécois lors de son passage en Asie. Il prend possession du bien et règle la facture en Asie. Le bien s'avère défectueux (provoque une explosion) et cause des dommages matériels une fois installé au Québec. Le vendeur et le concepteur n'ont pas de lien avec le Québec, aucune place d'affaires ou activité commerciale. Du fait que le préjudice ait été subi au Québec, les tribunaux québécois auront compétence. Il s'agit de déterminer si les tribunaux québécois décideront de décliner compétence en vertu de la doctrine de *forum non conveniens*.

⁵⁵ Voir discussion sous partie II) B) 1 « La compétence internationale des autorités du Québec en matière d'action personnelle à caractère patrimonial (3148 C.c.Q.) ».

Plusieurs des critères sous cette doctrine concernent l'administration de la justice. Les éléments matériels de preuve (la machinerie et les installations détruites) se trouvent au Québec. Les témoins ordinaires et experts sont pour la plupart au Québec (par exemple, les pompiers dépêchés sur les lieux). Il n'est donc pas impossible dans un tel scénario, vu le fardeau associé à une analyse sous cette doctrine, que les tribunaux refusent de décliner compétence. Pourtant, les parties défenderesses n'ont jamais envisagé être poursuivies au Québec, il se pourrait même qu'elles ignoraient la destination de la machinerie. Devrait-on les forcer dans ces circonstances à venir se défendre au Québec? Il nous semble que dans un scénario pareil, et il en existe assurément d'autres, la souplesse des principes d'ordre et d'équité qui sous-tendent le critère du lien réel et substantiel doivent faire l'objet d'une considération. Il est vrai que ces principes se retrouvent dans l'analyse de la doctrine du *forum non conveniens*, mais ils s'y retrouvent sous un fardeau capable de fausser l'analyse au profit de considérations relevant davantage de l'administration de la justice. Il s'ensuit que l'application de la doctrine du *forum non conveniens* ne peut que partiellement assurer l'équilibre raisonnable devant exister entre ces principes parfois contraires.

Nous sommes d'avis que les principes d'ordre et d'équité doivent être considérés dans l'interprétation des règles prévues aux articles 3148 et 3135 C.c.Q. L'article 3148 (3) C.c.Q. pourrait être interprété comme exigeant qu'une obligation significative du contrat (et non simplement une obligation) soit exécutée au Québec. Le caractère exceptionnel et le degré de clarté requis dans l'application de la doctrine du *forum non conveniens* pourraient, en application des principes d'ordre et d'équité, être adoucis par les tribunaux québécois.

⁵⁶ Voir discussion sous partie II) A) 2 « *Forum non conveniens* (3135 C.c.Q.) ».

Il est toutefois inutile d'intégrer le test du lien réel et substantiel qui se veut une application générale des principes d'ordre et d'équité, principes que le droit québécois épouse et applique avec autant de rigueur.

Avant d'incorporer des notions d'autres origines, le droit international privé québécois devrait d'abord choisir la méthode de droit civil qui lui permet d'atteindre le même objectif. Les professeurs Goldstein et Groffier énoncent à ce sujet :

Cependant, le droit international privé est le produit de l'ordre juridique dans lequel il se développe et le droit international privé québécois doit refléter l'esprit civiliste du droit québécois, afin de respecter sa cohérence interne.⁵⁷

Par exemple, le Québec n'a pas renoncé à la doctrine du *forum non conveniens* sur la base qu'elle ne serait pas d'origine civiliste. Cela illustre que le droit civil québécois peut se développer à l'aide de méthodes issues d'origine autre que le droit civil. L'important est, comme le soulignent les professeurs Goldstein et Groffier, « que ces emprunts n'aboutissent pas à rompre la cohérence logique de l'ensemble civiliste. »

Les quelques idées présentées ci-dessus sont devenues caduques le 6 décembre 2002 alors que la Cour suprême du Canada rendait sa décision dans l'affaire *Hugues Communications Inc. c. Spar Aerospace Ltée*.⁵⁸ Bien qu'à cette date nous nous trouvions dans le dernier droit de la rédaction du présent texte, il nous est apparu inconcevable passer outre cet arrêt qui couvre à plusieurs égards le débat de l'application du critère du lien réel et substantiel en droit civil québécois.

⁵⁷ *Id.*, p. 42.

⁵⁸ REJB 2002 – 36015 (C.S.C.).

L'une des questions à laquelle se propose de répondre la Cour suprême est la suivante : est-il opportun d'utiliser le critère du lien réel et substantiel pour déterminer la compétence internationale des autorités du Québec conformément à l'article 3148 C.c.Q?

La Cour débute son analyse en énonçant que les règles de droit international privé applicables en l'espèce proviennent en grande partie d'un ensemble de principes interreliés, fondement de l'ordre juridique international privé.

Le lecteur ne sera pas surpris de lire que ces principes sont essentiellement ceux de la courtoisie internationale, de l'ordre et de l'équité. Pour ce qui est de la courtoisie internationale, la Cour reprend la définition qu'elle avait adoptée⁵⁹, après l'avoir empruntée de la Cour suprême des États-Unis⁶⁰ :

[Traduction] ... la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens et des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois.

La Cour indique que cette règle de la courtoisie internationale poursuit le double objectif d'ordre et d'équité. La Cour résume sa position en énonçant que les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité servent de guide pour trancher les principales questions de droit international privé, que ce soit la simple reconnaissance de compétence, la doctrine de *forum non conveniens* ou la reconnaissance des jugements étrangers. C'est dans le passage suivant que la Cour prend position quant au statut de ces principes dans le cadre du système de droit international privé québécois :

⁵⁹ *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278, 283 (j. Estey), *Morguard*, précité, note 9, 1096 et *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, (j. Binnie).

⁶⁰ *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), 163-164.

Au Québec, en raison de la codification des règles du droit international privé, les tribunaux doivent interpréter ces règles en examinant d'abord le libellé particulier des dispositions du C.c.Q. et ensuite en cherchant à savoir si leur interprétation est compatible avec les principes qui sous-tendent les règles. 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.⁶¹

C'est donc dire que ces principes ne viennent pas à un premier niveau modifier l'analyse des tribunaux en matière de compétence territoriale. Les tribunaux se doivent d'appliquer les règles de droit international privé tel qu'elles se trouvent au *Code civil du Québec* et appliquer la doctrine de *forum non conveniens* telle qu'énoncée au *Code civil du Québec*. La courtoisie internationale, l'ordre et l'équité ne constituent pas des exigences contraignantes mais ces principes, puisqu'ils sous-tendent tout système de droit international privé, viennent guider les tribunaux dans l'interprétation et l'application des différentes règles de droit international privé prévues au *Code civil du Québec*.

La Cour se penche plus spécifiquement sur l'opportunité d'utiliser le critère du lien réel substantiel pour déterminer la compétence internationale des autorités québécoises, conformément à l'article 3148 C.c.Q. Les appelantes avançaient que l'application de l'article 3148 retenue par les juges de première instance et d'appel ne rencontrait pas l'exigence constitutionnelle du lien réel et substantiel. La portée de cet argument a toutefois été restreinte de façon importante en ce que la Juge en chef avait rejeté le 9 octobre 2001 la demande des appelantes de formuler des questions constitutionnelles. Ceci dit, le juge Lebel, après avoir admis que la Cour devrait

⁶¹ *Spar Aerospace*, précité, note 58, 6.

s'abstenir de répondre aux questions constitutionnelles lorsque les faits de la cause ne l'exigent pas, énonce les vues de la Cour sur cette question.

D'après les appelantes, le préjudice subi au Québec au sens de l'article 3148 en l'espèce, ne rencontre pas l'exigence constitutionnelle des arrêts *Morguard* et *Hunt*, soit celle de l'exigence d'un lien réel et substantiel entre le tribunal et l'action. Seule une infime partie du montant de la réclamation découlait d'un préjudice subi au Québec, soit l'atteinte alléguée à la réputation de la demanderesse. Toujours selon les appelantes, l'exigence d'un lien réel et substantiel comme condition d'attribution de compétence doit être considérée comme un impératif constitutionnel auquel l'application de l'article 3148 C.c.Q. doit être subordonnée.

Fait intéressant, les règles du C.c.Q. visant à déterminer la compétence des autorités étrangères aux fins de la reconnaissance de l'exécution des jugements étrangers, plus particulièrement l'article 3164 C.c.Q., impose un critère additionnel : que le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie. Cette exigence supplémentaire est à bien des égards similaire au critère du lien réel et substantiel, et la Cour d'appel dans *Spar Aerospace* a admis qu'elle pouvait s'appliquer tout autant à la compétence des tribunaux québécois qu'à celle des autorités étrangères aux fins de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. Quoiqu'il en soit, elle a refusé d'appliquer cette notion de manière à restreindre la portée de l'article 3148 C.c.Q.

La Cour conclut que le critère du lien réel et substantiel constitue un principe de *common law* qu'il n'y a pas lieu d'introduire dans le droit civil. Il serait, selon la Cour, contraire aux principes d'interprétation d'ajouter ce critère à l'article 3148 C.c.Q. qui ne le mentionne pas. La Cour refuse d'admettre que l'exigence d'un lien réel et substantiel énoncé dans les affaires *Morguard* et *Hunt* soit un critère additionnel auquel il faut satisfaire pour déterminer la compétence des

tribunaux québécois. La Cour fonde sa conclusion sur deux facteurs : (i) le contexte relatif au lien réel et substantiel et son rapport avec les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, et (ii) la nature du régime de droit international privé énoncé au Livre dixième du *Code civil du Québec*.

Dans le contexte relatif au lien réel et substantiel et son rapport avec les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, la Cour admet 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. La Cour précise toutefois que ces arrêts ont été jugés lors de conflits de compétence interprovinciaux et que les conclusions précises de ces arrêts ne peuvent facilement déborder ce contexte. Il s'agit d'arrêts qui se penchent sur les principes de réciprocité et de courtoisie entre provinces dans le cadre de la structure de la fédération canadienne. Selon le juge Lebel, il ressort clairement des motifs de ces deux arrêts que les décisions reposent essentiellement sur le caractère fédéral du Canada. Le juge Lebel écrit :

Notre Cour a cité les arrêts *Morguard* et *Hunt* dans de nombreuses affaires, ce qui semble confirmer que le « lien réel et substantiel » a été spécialement conçu pour relever les défis que pose l'existence de plusieurs ressorts dans une fédération.⁶²

Quant au régime de droit international privé prévu au Livre dixième du *Code civil du Québec*, il prévoit des règles qui doivent s'interpréter comme un tout cohérent et en fonction des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité. Selon le juge Lebel, il ressort des termes explicites de l'article 3148 C.c.Q. et des autres dispositions du Livre dixième que le système de droit international privé vise à assurer la présence d'un lien réel et substantiel. Le demandeur qui réussit à prouver l'un des motifs d'attribution de compétence sous 3148 C.c.Q. devrait être considéré, à tout le

⁶² *Id.*, 11.

moins aux fins de la simple reconnaissance de compétence, comme ayant satisfait à l'exigence du lien réel et substantiel. Le juge Lebel nous enseigne qu'il faut considérer comme un ensemble le système prévu au Livre dixième. Le critère du lien réel et substantiel s'incarne en effet dans d'autres dispositions du Livre X afin d'offrir une protection contre l'exercice injustifié de compétence de la part d'un tribunal. Par exemple, la doctrine du *forum non conveniens* qui constitue, selon le juge Lebel, un contrepoids important à la large assise juridictionnelle prévue à l'article 3148. Le juge Lebel conclut de la façon suivante sur cette question :

En l'espèce, il paraît raisonnable de conclure que l'exigence relative à l'existence d'une « lien réel et substantiel » entre l'action et l'autorité qui se déclare compétente se dégage de l'économie générale du Livre dixième. À mon avis, les appelantes n'ont fourni aucun motif permettant aux tribunaux d'appliquer le principe constitutionnel établi dans l'arrêt *Morguard* – aucun ne semble ressortir non plus compte tenu du contexte de la présente affaire – de manière à empêcher qu'un tribunal qui n'a aucun lien réel et substantiel avec l'action n'en soit saisi.⁶³

Le juge Lebel procède à un long plaidoyer sur le caractère exceptionnel de la doctrine de *forum non conveniens* et la nécessité de l'existence d'un forum clairement plus approprié afin que cette doctrine ne puisse trouver application.

La Cour énonce que l'incertitude susceptible d'être créée par une doctrine de *forum non conveniens* trop librement appliquée pourrait gravement compromettre les principes d'ordre et d'équité, principes dont les règles de droit international privé doivent favoriser la mise en œuvre. Nous sommes d'avis qu'une application trop rigide du caractère exceptionnel peut avoir le même effet. Bien que le caractère exceptionnelle de la doctrine de *forum non conveniens* soit clairement prévue au Code civil du Québec, le degré de rigidité dans l'application de ce caractère exceptionnel demeure une question d'appréciation. Nous sommes d'avis que la prévisibilité du

forum saisi constitue un intéressant contrepois à une trop rigide application de l'exigence du caractère exceptionnel. Ces deux principes participent directement à la certitude et l'efficacité des transactions internationales.

L'une des raisons pour laquelle la problématique de la compétence des tribunaux en matière de recours collectifs à portée nationale a vu le jour repose sur le choix de la formule utilisée afin de déterminer l'inclusion de demandeurs non-résidents. Si les demandeurs devaient volontairement s'inclure (plutôt que ne pas s'exclure), les questions à l'étude ne se soulevaient que dans des cas exceptionnels. Il s'agit dans ce cas de la formule opt-in. Dans le but toutefois de favoriser l'accès à la justice, la formule opt-out, selon laquelle tous demandeurs potentiels se trouvent inclus à moins d'exclusion expresse, est aujourd'hui, sauf exception, généralement utilisée. Nous nous penchons ci-dessous sur les questions constitutionnelles soulevées par cette formule.

B. QUESTIONS CONSTITUTIONNELLES SOULEVÉES PAR LA FORMULE « OPT-OUT » POUR LES NON-RÉSIDENTS

Sous cette question, nous nous proposons de répondre à la question de la validité constitutionnelle de l'inclusion dans un recours collectif de demandeurs non-résidents.

Nous faisons référence au cas où des groupes nationaux sont certifiés et que l'inclusion de non-résidents se fait sur une base de « opt-out », c'est-à-dire qu'ils sont inclus automatiquement à moins de formellement s'en exclure. Par opposition, la formule « opt-in » veut que le non-résident se joigne au recours de façon expresse en y consentant formellement.

⁶³ *Id.*, 13.

La législation de la Colombie britannique prévoit la certification d'une sous-classe pour les membres non-résidents. L'article 6 (2) du *Class Proceedings Act*⁶⁴ stipule que « [a] class that comprises persons resident in British Columbia and persons not resident in British Columbia must be divided into sub-classes along those lines ». L'article 16 (4) prévoit quant à lui que la sous-classe pour les non-résidents requière un représentant qui lui est propre. L'article 16 (2) prévoit le mécanisme « opt-in » qui est particulier aux non-résidents. En effet, alors que l'article 16 (1) énonce que les résidents de la Colombie britannique qui ne désirent pas participer au recours collectif doivent se retirer (opt-out), l'article 16 (2) prévoit quant à lui :

A person who is not a resident of British Columbia may, in the matter and within the time specified in the Certification Order made in respect of a class proceeding, opt into the class proceeding if the person would be, but for being a resident of British Columbia, a member of the class involved in the class proceeding.

Il s'agit là d'une caractéristique de cette législation qui démontre une attention particulière aux recours collectifs multi-juridictionnels. Par opposition, la législation ontarienne ne prévoit pas de façon expresse la possibilité d'inclure des non-résidents dans un recours collectif. Leur participation est toutefois une pratique bien établie comme nous le verrons au titre III. La formule « opt-out » applicable aux résidents de l'Ontario a été tout simplement étendue aux non-résidents.

Au Québec, tout comme en Ontario, le Code de procédure civile ne traite pas expressément de la participation de demandeurs non-résidents. Sans distinction aucune relativement à la résidence ou la non-résidence, l'article 1007 C.p.c. prévoit que tout membre d'un groupe peut s'exclure du groupe. Il ne sera pas alors lié par un jugement à venir. La formule « opt-out », à l'instar de

⁶⁴ R.S.B.C. 1996, c. 50.

l'Ontario, pourrait donc être appliquée aux non-résidents inclus dans un recours collectif intenté au Québec.

Il faut bien saisir la question constitutionnelle qui se pose ici. Si la validité constitutionnelle de la formule « opt-out » est mise en cause, cela signifie que les tribunaux ont déjà retenu leur compétence sur les non-résidents. En effet, si les tribunaux concluent qu'ils n'ont pas compétence pour autoriser un groupe incluant des non-résidents, il n'y a pas lieu d'appliquer la formule « opt-in » ou « opt-out » aux non-résidents. Nous devons donc présumer pour les fins de l'analyse de la validité constitutionnelle de la formule « opt-out » que les tribunaux ont compétence pour entendre le litige qui oppose les non-résidents à la défenderesse.

En Colombie britannique, en Ontario et au Québec, c'est la formule « opt-out » qui est privilégiée pour les résidents. Sans tracer toute la philosophie qui repose derrière le choix de cette formule, ce choix vise à permettre une encore plus grande accessibilité à la justice. Il ne fait aucun doute que les provinces peuvent légiférer de la sorte à l'égard de leurs résidents. Le problème est toutefois autre lorsqu'elles font de même à l'égard de non-résidents. En effet, bien que les tribunaux aient compétence pour entendre la demande de non-résidents, comment peuvent-elles s'autoriser telle compétence si aucune demande n'est formulée. La première réponse à cette remarque est que même avec la formule « opt-out » les demandeurs non-résidents expriment en ne se retirant pas du recours collectif leur intention de poursuivre le recours.

Les défenseurs de la formule « opt-out » allèguent qu'on ne force pas de façon extraterritoriale l'inclusion de non-résidents auxquels pourra être opposé un éventuel jugement, car ceux-ci en vérité choisissent de participer ou de ne pas participer au recours collectif. Présentées de cette façon, il semblerait vrai que les législations prévoyant la formule « opt-out » n'ont pas en soi une portée extraterritoriale de nature à les rendre inconstitutionnelles. Le débat ne s'arrête toutefois

pas là, il faut voir de quelle façon la formule « opt-out » est appliquée à l'extérieur de la province. D'un point de vue procédural, les non-résidents sont-ils véritablement en mesure de manifester un choix quant à leur inclusion ou à leur exclusion du recours collectif lorsque la formule opt-out est applicable?

Nous nous retrouvons sur le terrain de l'application concrète de la formule « opt-out »; de quelle façon doit-elle être confrontée aux principes constitutionnels. Les tribunaux ont en effet le devoir d'interpréter et d'appliquer les lois en conformité avec la Constitution. Ceci dit, sommes-nous véritablement en terrain constitutionnel une fois qu'il est jugé que la formule « opt-out », bien que moins certaine que la formule « opt-in », permette un choix et, par le fait même, n'a pas l'effet d'inclure des non-résidents, ou d'inclure de façon extraterritoriale des demandeurs sans leur consentement. La question de l'application concrète de la formule « opt-out » relève-t-elle du droit constitutionnel ou relève-t-elle d'une autre sphère du droit ? Selon nous, elle est susceptible de relever tant du droit constitutionnel que du droit international privé relatif à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Pour ce qui est du droit constitutionnel, il revient aux tribunaux qui autorisent le recours collectif à portée nationale d'appliquer la formule « opt-out », conformément au droit constitutionnel, c'est-à-dire de s'assurer que les non-résidents ne seront pas inclus avant d'avoir eu l'opportunité de s'exclure. Le système doit donc d'un point de vue procédural être suffisamment développé et adapté.

Bien que les tribunaux n'aient pas l'obligation formelle de tenir compte des risques potentiels de non-reconnaissance de leurs jugements dans les autres provinces, il nous apparaît pernicieux de simplement prétendre qu'il s'agit d'une question qui revient aux tribunaux qui auront à reconnaître et exécuter la décision. Les tribunaux ontariens sont, à notre humble avis, allés trop loin en rejetant du revers de la main les questions relatives à l'éventuelle reconnaissance et exécution de leur jugement. Quant aux tribunaux qui auront effectivement le rôle de reconnaître

un éventuel jugement, ils pourraient également, comme l'autorise l'arrêt *Hunt*, se prononcer sur la constitutionnalité de la formule « opt-out », telle qu'elle est appliquée dans les circonstances. Ils pourraient également tout simplement s'en tenir au droit international privé relatif à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers et évaluer si le demandeur avait connaissance du recours collectif et s'il a eu l'opportunité de s'en retirer. Nous sommes d'avis qu'à l'étape de la reconnaissance et de l'exécution du jugement, toute analyse constitutionnelle serait inutile. Si le demandeur démontre qu'il ne lui a jamais été possible de s'exclure du recours collectif, fort est à parier que les tribunaux n'auront aucune difficulté à ne pas appliquer la force de chose jugée au jugement rendu⁶⁵.

Vient ensuite la question du degré de certitude qui doit y exister afin de rendre valide la formule « opt-out ». Afin de convaincre un tribunal qu'un demandeur est lié par une décision sur un recours collectif rendue dans une autre province, la procédure utilisée dans le cadre de ce recours afin de déterminer les membres du groupe, c'est-à-dire la procédure ayant permis au demandeur de s'exclure dans le présent cas, doit faire montre d'un degré de certitude suffisamment élevé pour convaincre un tribunal que le demandeur a en effet bel et bien eu l'opportunité de s'exclure. Par exemple, la preuve d'un avis dans un journal pourrait s'avérer plus difficile. Le système doit donc d'un point de vue procédural être suffisamment développé et adapté.

⁶⁵ Selon l'art. 165(1) C.p.c., un défendeur peut opposer l'irrecevabilité de la demande et conclure à son rejet s'il y a chose jugée entre deux demandes. Le tribunal saisi doit évaluer les termes et la portée du jugement soumis par le défendeur afin de déterminer l'autorité relative de chose jugée qui devrait lui être reconnue. Le principe codifié à l'art. 2848 C.c.Q. se lit comme suit : « L'autorité de la chose jugée est une présomption absolue; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, lorsque la demande est fondée sur la même cause et mue entre les mêmes parties, agissant dans les mêmes qualités, et que la chose demandée est la même ». Les conditions d'application sont donc l'identité des parties, de cause d'action, et d'objet. La Cour suprême du Canada a procédé à une revue de la jurisprudence et une étude détaillée de ces conditions dans l'arrêt *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440, 448. Voir également à ce sujet, D. FERLAND et B. EMERY, *Précis de procédure civile au Québec*, 3^e ed., Cowansville, Yvon

Sans immédiatement procéder à l'analyse des décisions qui ont à ce jour autorisé ou certifié des classes nationales (Titre III), certaines décisions se doivent d'être mentionnées à ce stade. De façon générale, les tribunaux ontariens ont défendu à plus d'une occasion leur décision de certifier des classes nationales où les non-résidents sont assujettis à la même formule (« opt-out ») que les résidents. Leurs motifs nous semblent ambigus.

Dans la décision *Nantais c. Teletronics Proprietary (Canada) Ltd.*⁶⁶, le juge Brockenshire, de façon obscure, écrit :

It seems eminently sensible, for all the reasons given by Laforest J. in *Morguard*, and the policy reasons given for passage of the Act, to have questions of liability of these defendants determine as far as possible once and for all, for all Canadians. There is nothing in the Act to prevent it. Any questions of the treatment of non-members of the class, either through opting out or through some future successful jurisdictional argument would be dealt with separately. I do not see the possibility of a future adverse finding on jurisdiction as a present bar to certification of all effect Canadian residents.

Le juge Brockenshire est d'avis que les arguments d'ordre juridictionnel relèvent d'une autre action devant les tribunaux d'autres provinces. Un peu plus loin, toutefois, le juge Brockenshire recommande que dans l'intérêt de la prudence, des formulaires soient envoyés à tous les demandeurs non-résidents, connus en l'espèce, afin d'éviter toute forme de doute quant à la juridiction.

Nous sommes à même de constater que les tribunaux ontariens sont conscients des difficultés qui pourraient être soulevées en raison de l'application d'une formule « opt out » aux non-résidents, le tout au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Malgré cette prise de conscience, les

Blais, 1997, pp. 206-209, J.C. ROYER, « Développements récents en matière de litispendance et d'autorité de la chose jugée », dans *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, p. 21 et ss.

tribunaux ontariens préfèrent se défaire de cette épineuse question afin de la réserver aux autorités qui auront à se prononcer spécifiquement sur le principe de *res judicata*. De toute évidence, les tribunaux ontariens lancent un message à l'effet que cette sphère du droit devra évoluer et s'adapter à la réalité des recours collectifs, mais ceux-ci n'entreprennent pas cette modification. Au contraire, ils lancent la balle dans le camp des autorités qui auront à reconnaître et à exécuter un éventuel jugement. Ils ouvrent la porte et adaptent les questions de compétence afin de satisfaire les exigences de la nouvelle et moderne voie procédurale qu'est le recours collectif, sans toutefois du même coup procéder à la même ouverture en ce qui a trait aux principes de *res judicata* ou de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères. Cette attitude prône le désordre et l'incertitude dans le droit au profit d'un principe du droit des recours collectifs, soit celui de l'accessibilité à la justice et le tout en contravention des principes d'ordre et d'équité discutés précédemment.

Malheureusement, les tribunaux ontariens, bien qu'ils en aient eu l'occasion, n'ont pas su corriger cette attitude et, au contraire, l'ont adoptée de plus belle et sans réserve. Dans l'affaire *Robertson c. Thompson Corp.*, les tribunaux ontariens en réponse à la question de savoir si un individu d'une autre province n'étant pas exclu du recours collectif serait lié par le résultat de ce recours collectif dans d'autres provinces avancent :

That would be an issue for the foreign court in which the Australian Freelancer brought proceedings. In my view, the possibility that such question might arise elsewhere with respect to an atypical class member cannot be sufficient to defeat this claim from proceeding in Ontario.⁶⁷

⁶⁶ (1996), 25 O.R. (3D) 331.

⁶⁷ (1999) 43 O.R. (3D) 161.

Finalement, le juge Brockenshire à nouveau, cette fois dans l'affaire *Webb c. K-Mart Canada Ltd.*, statue sur la formule « opt-out » existant sous la législation ontarienne :

The « opt-out » provision in the Act, to be explained in appropriate notices, gives adequate protection to anyone that would prefer to press a claim before the courts of his/her own province. If a concern should arise relating to someone who has not actively participated in the class proceedings, and yet has not opted out, then the province in which such a person resides could deal with the applicability of the Ontario Class Proceeding Act as it relates to that person in that province.⁶⁸

Après avoir adopté le raisonnement du juge Sharp dans *Robertson*, le juge Brockenshire va encore plus loin lorsqu'il ajoute que l'intérêt de la défenderesse, les réalités commerciales et les objectifs de la législation ontarienne supplantent toute inquiétude exprimée quant au rôle extraterritorial que pourraient jouer les tribunaux ontariens. Cette approche des tribunaux ontariens illustre l'importance accordée à la voie procédurale qu'est le recours collectif ainsi que le rôle tel qu'il sera discuté, que peut jouer le droit propre au recours collectif même dans l'application de normes constitutionnelles. En raison de l'approche prise par les tribunaux ontariens, nous ne sommes guère illuminés quant au degré de certitude relativement à l'inclusion ou à l'exclusion d'un membre nécessaire à la reconnaissance éventuelle d'un jugement ou encore l'application de la doctrine de *res judicata*.

À cette fin donc, il est nécessaire de se tourner vers les enseignements de la jurisprudence américaine afin d'en tirer les quelques indices ou inspirations qui pourraient s'y trouver. La pierre angulaire de la jurisprudence américaine et ce, à bien des égards en matière de recours collectif multi-juridictionnel, est la décision *Philips Petroleum Co. c. Schutts*⁶⁹.

⁶⁸ (2000) 45 O.R. (3D) 389.

⁶⁹ 472 US 797.

La Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur plusieurs questions relatives au recours collectif multi-juridictionnel dans cette affaire. Nous nous intéresserons pour l'instant à la protection ou au degré de protection procédurale qui doit être accordée aux membres non-résidents. La Cour suprême des États-Unis décrit ce que constitue concrètement le « minimum procedural due process protection » de la façon suivante :

The plaintiff must receive notice plus an opportunity to be heard and participate in the litigation, whether in person or group counsel [...]. Additionally, we hold that the due process requires at minimum that an absent plaintiff be provided with an opportunity to remove himself from the class by executing and returning an “opt-out” or “request for exclusion” form to the court. Finally, the due process clause, of course, requires that the named plaintiff at all times adequately represents the interests of the absent last members.⁷⁰

Dans cette affaire, tous les membres de la classe étaient identifiables et la Cour suprême a insisté afin que chaque membre reçoive avis et soit donné la possibilité de s'exclure du recours collectif. Concrètement, tous les membres de la classe ont reçu avis par poste prioritaire et les tribunaux ont éliminé de la classe tous les individus dont l'avis fut retourné en raison de l'impossibilité de procéder à la livraison de l'avis. Selon le Professeur Glenn, il n'est pas évident que moins de rigueur dans les procédures puisse être acceptée par la Cour suprême des États-Unis⁷¹. Le Professeur Glenn est également d'avis que la décision dans *Nantais* semble rencontrer ce standard établi par la Cour suprême des États-Unis puisque tous les membres de la classe étaient connus, ont tous reçu avis et se virent tous donnés la possibilité de se retirer. Les standards procéduraux pourraient varier selon que les membres du groupe soient connus ou non.

⁷⁰ *Id.*, 811-812.

⁷¹ GLENN, *loc. cit.*, note 1, 286.

Au Québec, une décision rendue à l'extérieur ne peut être reconnue si elle est rendue en contravention avec certains principes de justice fondamentale. L'article 3155 (3) C.c.Q. prévoit que la décision étrangère qui a été rendue en violation des principes essentiels de la procédure ne sera pas reconnue par les autorités québécoises. C'est donc sous cette disposition que les tribunaux québécois tiendront compte de la validité de la formule « opt-in » ou « opt-out » utilisée.

Pour ce qui est des provinces de *common law*, les mêmes principes existent. Il s'agit de voir à ce sujet l'ouvrage du Professeur Castel, *Canadian Conflicts of Laws*⁷². En somme, tous les tribunaux canadiens, avant de décider si l'un de leurs résidents est lié par une décision extra-provinciale en matière de recours collectif, devront d'abord évaluer si la procédure suivie par les tribunaux de l'autre province rencontre un certain standard procédural.

Qu'en est-il d'une attaque constitutionnelle contre la législation qui prévoit la formule « opt-out » même dans le cas de non-résidents. Comme nous l'avons vu, le pouvoir législatif des provinces est limité à la province en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ceci dit, les législatures provinciales au Canada peuvent affecter de façon extra-territoriale les droits de résidents d'autres provinces. Les législatures provinciales peuvent valablement accomplir des actes à portée territoriale ayant des effets accessoires extra-territoriaux à la condition qu'il s'agisse bel et bien d'effets incidents et que la législation en question concerne une matière qui relève du pouvoir législatif de la province. A titre d'exemple, dans l'arrêt *Ladoré c. Bennett*⁷³, le Conseil privé a eu à considérer la validité constitutionnelle d'une loi provinciale qui réorganisait

⁷² J.G. CASTEL, *Canadian Conflicts of Laws*, 3^e Édition, Toronto, Butterworths 1994, pp. 272-273.

⁷³ [1939] A.C. 468 (Conseil privé).

et fusionnait quatre municipalités pour former la ville de Windsor. Cette loi restructurait également les dettes des quatre municipalités, dettes dont les créanciers étaient des non-résidents de la province. Le Conseil privé a tenu que le caractère véritable de la législation concernait les institutions municipales dans la province. Conformément, il fut tenu que la législation constituait un exercice valide des pouvoirs provinciaux malgré le fait que cet exercice affectait certaines personnes et leurs droits à l'extérieur de la province. Ces effets constituaient un incident nécessaire à l'exercice du pouvoir législatif provincial.

En 1984, dans l'arrêt *Upper Churchill Water Rights Reversion Act 1980*⁷⁴, la Cour suprême du Canada en arrivait à la conclusion suivante :

Where the pith and substance of the provincial enactment is in relation to matters which fall within the field of provincial legislative competence, incidental or consequential effects on extra-provincial rights will no render the enactment *ultra vires*. Where, however, the pith and substance of the provincial enactment is the derogation from or elimination of extra-provincial rights then, even if it is cloaked in the proper constitutional form, it will be *ultra vires*. A colorable attempt to preserve the appearance of constitutionality in order to conceal a none-constitutional objective will not save the legislation.⁷⁵

Dans le contexte de la législation sur les recours collectifs en Ontario et au Québec, ni l'une ni l'autre de ces législations ne traitent spécifiquement de leurs effets au-delà des limites provinciales. Il est seulement précisé tant dans la législation ontarienne que québécoise, sans mention aucune relative aux non-résidents, que les membres d'un groupe peuvent exercer leur droit de s'exclure. Avis et droit de se retirer doivent être donnés aux membres du groupe et ceux qui exerceront ce droit de se retirer ne seront pas liés par un éventuel jugement. Le jugement en

⁷⁴ [1984] 1 S.C.R. 297.

⁷⁵ *Id.*, 332.

question liera toutefois les membres qui ne se seront pas prévalus de cette possibilité de se retirer.

De façon évidente, le caractère véritable des législations provinciales en matière de recours collectif visent d'abord et avant tout une matière qui tombe sous le champs de compétence des législatures provinciales. À tout évènement, la question des effets extra-provinciaux se posera vraisemblablement devant les tribunaux d'une autre province au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Ces tribunaux auront tous les outils nécessaires (e.g., principes essentiels de la procédure) afin de déterminer si la reconnaissance est appropriée dans les circonstances spécifiques, sans avoir à examiner la constitutionnalité de la loi d'une autre province.

C. LES POUVOIRS DU LÉGISLATEUR FÉDÉRAL EN MATIÈRE DE RECOURS COLLECTIF À PORTÉE NATIONALE

Les seuls auteurs qui ont tenté à ce jour de déterminer dans quelle mesure le gouvernement fédéral pourrait légiférer en matière de recours collectif interprovinciaux, sont Gordon McKee et Jeff Galway⁷⁶. Leur texte fut d'abord préparé pour la conférence de la Law Society of Upper Canada portant sur le droit constitutionnel et administratif et il fut par la suite repris dans le cadre d'une conférence sur les recours collectifs organisée par Osgoode Hall, dans le cadre de son programme de développement professionnel.

Nous sommes grandement redevables à cette entreprise de McKee et Galway en ce que le texte ci-dessous en constitue en vérité un résumé critique. Comme l'objet de notre étude porte davantage sur les questions de droit international privé soulevées par le recours collectif, plutôt que sur les questions constitutionnelles, nous n'insisterons pas davantage sur cette solution

originale aux problèmes soulevés par les recours collectifs multi-juridictionnels, soit une législation fédérale en la matière. L'idée est toutefois intéressante et mérite d'être discutée, surtout sous le présent titre qui s'intéresse aux questions constitutionnelles.

L'avantage d'une législation fédérale serait d'éviter toute restriction territoriale à laquelle font face les juges des provinces dans l'interprétation et l'application des législations relatives au recours collectif. De façon toute aussi évidente, l'effet négatif repose dans une intrusion significative dans des sphères de compétence provinciale.

Le parlement fédéral n'a aucun pouvoir indépendant de créer des remèdes de droit privé. La création et l'élaboration de droits civils tombent de façon générale sous la gouverne des législatures provinciales conformément aux articles 92 (13) et (14), de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il existe toutefois une exception à cette règle générale. Le parlement fédéral est en droit de légiférer dans ces matières en raison d'un chef de compétence fédérale.

Par exemple, le gouvernement fédéral pourrait créer un remède de droit privé si le caractère véritable de la législation concernait l'un de ses propres chefs de compétence. Les auteurs McKee et Galway donnent comme exemple plus précis l'arrêt *Whitbread c. Walley*⁷⁷ où le juge Laforest conclut que *La Loi sur la marine marchande* qui limitait la possibilité pour une personne d'obtenir des dommages en raison d'un préjudice subi suivant la manœuvre d'embarcation de plaisance, avait pour caractère véritable le droit maritime canadien, un chef de compétence fédéral.

⁷⁶ McKEE et GALWAY, *loc. cit.*, note 1.

⁷⁷ [1990] 3 SCR 1273.

Une seconde exception au principe général voulant que le droit privé soit couvert par le paragraphe 92 (13) survient lorsque le droit privé créé par le parlement fédéral ne tombe pas directement sous l'un de ses chefs de compétence mais y tombe accessoirement. Un recours civil lié à une compétence fédérale peut être reconnu valide sur la base d'un lien rationnel ou fonctionnel avec la compétence fédérale principale.

Un recours de droit privé peut donc être *intra vires* des pouvoirs du parlement fédéral sur deux bases principales: (1) en tombant directement (caractère véritable) sous un chef de compétence prévu à la *Loi constitutionnelle* ou encore en constituant une mesure accessoire à l'un de ses chefs de compétence. Il s'agit donc de déterminer en l'espèce si une législation fédérale en matière de recours collectif à portée nationale peut tomber sous une exception au principe général voulant que le droit privé relève de la compétence des provinces. En d'autres mots, si cette législation peut tomber directement sous un chef de compétence ou encore constituer une mesure accessoire à l'un des chefs de compétence fédérale.

Les deux chefs de compétence fédérale qui pourraient potentiellement justifier une loi fédérale en la matière sont: les échanges et le commerce prévus aux paragraphes 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le pouvoir général du fédéral conféré par le paragraphe introductif de ce même texte constitutionnel lui permettant de « faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant dans les catégories de sujets par le présent acte exclusivement assignés aux législatures des provinces ».

Tel que mentionné, c'est sous l'article 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* que le parlement fédéral se voit conféré la compétence de réglementer les échanges et le commerce. Cette compétence ne semble pas s'accorder au premier abord avec l'article 92 (13) qui confie pour sa part aux provinces le pouvoir législatif en matière de propriété et de droit civil dans la province.

C'est pour cette raison que dès 1881, dans l'affaire *Citizens Insurance Co. c. Parsons*⁷⁸, le Conseil privé a interprété ces deux dispositions constitutionnelles, l'une en rapport avec l'autre. Il fut conclu dans cette affaire que les échanges et le commerce mentionnés à l'article 91 (2) portaient sur le commerce extra-provincial alors que le commerce local relevait des provinces. Ce chef de compétence était alors principalement envisagé du point de vue de la territorialité. Le gouvernement fédéral ne pouvait légiférer en matière de commerce local bien qu'il pouvait affecter accessoirement le commerce local. En raison toutefois d'une porte laissée ouverte dans l'affaire *Citizens Insurance Co. c. Parsons*⁷⁹, ce chef de compétence pouvait possiblement s'appliquer indépendamment de l'élément de territorialité. Dans cette affaire, le Conseil privé avait ajouté en *obiter dictum*, qu'il était possible que la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce inclut le pouvoir d'établir une réglementation générale du commerce applicable à tout le pays.

Ce n'est que plus tard, après qu'une jurisprudence abondante ait jugé cette avenue comme inutile et dangereuse, que la Cour suprême du Canada dans l'affaire *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*⁸⁰ soulevait à nouveau cette ouverture envisagée par le Conseil privé. La loi fédérale doit être d'une nature telle que la constitution n'habiliterait pas les provinces conjointement ou séparément à l'adopter et la mission d'inclure une seule ou plusieurs provinces dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du Canada. En d'autres termes, l'intervention fédérale doit se faire dans un secteur où les provinces sont incapables d'établir par elles-mêmes, que ce soit de concert ou séparément, une réglementation efficace.

⁷⁸ (1881) 7 A.C. 96 (Conseil privé).

⁷⁹ *Id.*, 113.

⁸⁰ [1977] 2 R.C.S. 134.

Le premier obstacle à la création d'un régime fédéral de recours collectif pour les recours collectifs à portée nationale repose dans le caractère procédural plutôt que réglementaire du recours collectif, c'est-à-dire que sous cette seconde branche récemment exploitée par la Cour suprême du Canada, le gouvernement fédéral doit chercher à établir un régime réglementaire applicable à tous les Canadiens par opposition à un simple véhicule procédural. Dans le cas d'une législation nationale sur le recours collectif, le régime que l'on souhaiterait étendre à tous les Canadiens relèverait davantage de l'administration de la justice. Le commerce ne se trouve pas en vérité directement visé par la création d'un véhicule procédural par opposition à la création de droits et obligations.

Pour ce qui est de l'interprétation du chef de compétence en soi (le commerce interprovincial par opposition à l'ouverture discutée ci-dessus), elle fut marquée par le désir de ne pas indûment empiéter dans le champ de compétence provinciale relatif à la propriété et aux droits civils. Le point de départ afin d'évaluer la constitutionnalité d'une loi est de considérer le caractère véritable de la loi. Cette doctrine a été décrite de maintes façons; le Professeur Hogg la considère quant à lui comme « the dominant or most important characteristic of the law » ou encore « the most important feature of the law » et « the dominant feature is the pith and substance or matter of the law; the other feature is merely incidental, irrelevant for constitutional purposes »⁸¹. Il serait difficile en l'espère de définir le caractère véritable d'une loi sur les recours collectifs à portée nationale comme portant sur le commerce interprovincial. En effet, il ne s'agit que d'un véhicule procédural dont les objectifs, avec quelques variantes selon les provinces, sont l'accessibilité à la justice et l'économie des ressources. La création d'un véhicule procédural ne concerne qu'indirectement le commerce interprovincial. Il ne vise pas véritablement à le

réglementer. Il est évident qu'un véhicule procédural tombe davantage sous le chef de l'administration de la justice. Il ne peut être dit que la création de ce véhicule procédurale national vient réguler ou même encore faciliter le commerce interprovincial.⁸² La seule brèche possible serait l'objectif de dissuasion généralement associé au recours collectif.

Dans l'affaire *Les Brasseries Labatt*⁸³, le juge Estey discute de l'étendue possible du paragraphe 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

[...] ni l'implantation nationale d'un commerce ou d'une entreprise, ni même la publicité à l'échelon national de ces produits, ne peuvent justifier à elle seule l'imposition d'une réglementation fédérale des échanges et du commerce.⁸⁴

C'est avec raison que les auteurs McKee & Galway⁸⁵ concluent que l'équilibre qui doit exister entre les chefs de compétence provinciale pertinents et le chef de compétence fédérale en matière de commerce interprovincial serait anéanti si les tribunaux devaient maintenir la validité d'une législation fédérale relative aux recours collectifs nationaux.

En effet, cet équilibre entre les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droit civil et d'administration de la justice subirait un empiètement majeur. La brèche que l'on pourrait exploiter afin de justifier une législation fédérale en matière de recours collectifs nationaux est plutôt celle créée par les arrêts *Morguard et Hunt*. Dans ces arrêts, on reconnaît au parlement fédéral le pouvoir de légiférer en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements.

⁸¹ P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf Ed., Scarborough, Carswell, 1985, p. 15-12.

⁸² McKEE et GALWAY, *loc. cit.*, note 1, 48-49.

⁸³ [1980] 1 R.C.S. 914.

⁸⁴ *Id.*, 941.

⁸⁵ McKEE et GALWAY, *loc. cit.* note 1, 50.

Lorsque la Cour suprême s'est penchée sur la question de reconnaissance et d'exécution des jugements rendus dans d'autres provinces, elle était animée par le désir de reconnaître le rôle incontournable de la structure fédérale en la matière.

Une législation fédérale en matière de recours collectifs interprovinciaux pourrait être fondée sur l'habilité de légiférer en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers établis par le juge Laforest dans les arrêts *Morguard* et *Hunt* :

Finally I have noted in the *Morguard* decision (at page 1100) that a certain number of authors have affirmed that the federal parliament has the power to legislate in matters of recognition and execution of judgments and, in my view, this affirmation is well founded. This question has dealt, in the end, with the rights of citizens and with the legislative competence that the parliament possesses notably in matters of exchange and commerce, including that contained in the provision relative to peace, order and good government.⁸⁶

Bien que l'analyse n'ait pas été entreprise en profondeur, ce passage des arrêts *Morguard* et *Hunt* ouvrent la voie à une législation fédérale en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements. Cette compétence reconnue par la Cour suprême du Canada va-t-elle toutefois jusqu'à permettre une législation complète en matière de recours collectifs nationaux? C'est-à-dire, est-ce que le parlement fédéral peut plutôt que de faciliter la reconnaissance et l'exécution des jugements d'une province par une autre province créer un système qui éviterait toute forme de débat quant à la reconnaissance et l'exécution des jugements.

En quoi une législation fédérale sur les recours collectifs à portée nationale pourrait-elle favoriser la reconnaissance et l'exécution des jugements? Concrètement, si un recours collectif

⁸⁶ *Hunt*, précité, note 33, 326.

était intenté en vertu d'une telle législation, le jugement à venir ne soulèverait aucun problème de reconnaissance et d'exécution.

Une telle législation irait bien au-delà de la brèche créée par le juge Laforest dans les affaires *Morguard* et *Hunt*. Si le parlement fédéral souhaite clarifier le droit relatif à la reconnaissance et l'exécution des jugements, il peut le faire et même l'adapter à la réalité du recours collectif à portée nationale, sans s'immiscer dans la compétence provinciale relative à l'administration de la justice.

L'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* introduit l'autorité législative du parlement du Canada de la façon suivante :

Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignée aux législatures des provinces [...]

Au fil du temps, les tribunaux ont divisé ce pouvoir relatif à la paix, l'ordre et le bon gouvernement en trois branches distinctes : le pouvoir résiduel fédéral, la dimension nationale et le pouvoir d'urgence nationale. Pour nos fins, seule la branche de la dimension nationale est pertinente.

La théorie de l'intérêt national est une création jurisprudentielle qui remonte au célèbre arrêt de 1896 sur la prohibition locale⁸⁷. Le sénateur Beaudoin dans son ouvrage *Le Fédéralisme au Canada* décrit cette théorie dans les termes suivants :

⁸⁷ *A.G. for Ontario c. A. G. for Canada and the Distillers' and Brewers' Association of Ontario*, [1896] A.C. 348.

Au fond, cette théorie veut que la compétence législative soit à la mesure du problème à résoudre. Elle est considérée par plusieurs juristes comme un accroc sérieux au fédéralisme. Aussi, certains juristes qui sont plus portés à être autonomistes que centralisateurs ont-ils vu cette théorie avec beaucoup d'appréhension et se sont-ils appliqués à la combattre au profit de la théorie de l'urgence. Cette dernière, bien que constituant une menace pour le fédéralisme, a tout de même le mérite d'être plus délimitée et surtout de ne s'appliquer que dans des cas rares. La théorie de l'intérêt national, au contraire, s'applique en tout temps et risque de constituer une expropriation permanente des compétences provinciales au profit du parlement fédéral.⁸⁸

En 1976, dans le *renvoi sur la Loi anti-inflation*⁸⁹, la théorie de la dimension nationale, sans nécessairement être rejetée de façon absolue, reçoit une interprétation restrictive. Dans cette affaire, la *Loi anti-inflation* en question sera maintenue mais sur la base du pouvoir d'urgence. La dimension nationale a été écartée par cinq juges sur neuf; le juge Ritchie écrit qu'il est nécessaire que les cas d'intérêt national soient des cas constituant des situations d'urgence afin que le parlement fédéral puisse légiférer sur des matières de compétence exclusive des provinces.

Cette théorie reprend toutefois vie dans l'affaire *Crown c. Zellerbach*⁹⁰. La *Loi sur l'immersion de déchets en mer*⁹¹ est jugée constitutionnelle en raison du fait qu'elle porte sur une matière relevant de la théorie de l'intérêt national.

La théorie de l'intérêt national est distincte de la théorie de la situation d'urgence nationale. Cette théorie s'applique autant aux nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à celles qui, originalement de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence.

⁸⁸ G. BEAUDOIN, *Le fédéralisme au Canada*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2000, pp. 465-466.

⁸⁹ *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

⁹⁰ [1988] 1 R.C.S. 401.

⁹¹ Abrogée, L.R. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), art. 148.

Les critères permettant de dire qu'une matière est d'intérêt national sont l'unicité, la particularité et l'indivisibilité qui les distinguent clairement des matières d'intérêt provincial et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectués par la Constitution.

Pour déterminer cette unicité, particularité et indivisibilité, on examine l'effet qu'aurait sur les intérêts extraprovinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière. Ce contrôle n'est pas en cause en l'espèce.

Pour qu'une telle matière puisse être de type d'intérêt national et relever de la compétence fédérale en matière de paix d'ordre et de bon gouvernement, elle doit comporter des limites vérifiables et raisonnables à son atteinte aux compétences provinciales. La compétence provinciale affectée en matière de recours collectifs à portée nationale est celle de l'administration de la justice.

Il n'est pas évident que la matière soit d'intérêt national. En effet, tel qu'avancé par les auteurs McKee et Galway⁹², il n'existe aucune preuve démontrant que les recours collectifs nationaux soient nécessaires à la réalisation des objectifs souvent associés au recours collectif : l'accessibilité à la justice, l'économie des ressources et la dissuasion.

Tout ce débat illustre, à notre avis, la présence de nombreux obstacles constitutionnels à une législation fédérale en matière de recours collectifs à portée nationale. En présence de tant d'obstacles, il serait surprenant que le parlement fédéral ose entreprendre une telle opération. D'autant plus qu'il n'y a pas d'intérêt politique à mener une telle entreprise.

⁹² McKEE et GALWAY, *loc. cit.*, note 1, 40.

II. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS APPLIQUÉ AU RECOURS COLLECTIF

Ce deuxième titre, tel qu'annoncé, s'intéresse aux règles de droit international privé québécois, avec une insistance particulière sur les règles pertinentes au recours collectif.

Une analyse des règles de droit international privé au Québec passe avant tout par l'étude des règles prévues au Livre X du *Code civil du Québec*. Ce propos en apparence banal est pertinent dans la mesure où l'on compare le droit international privé québécois à celui applicable dans les provinces de *common law*. Dans les provinces de *common law*, l'analyse porte sur une jurisprudence qui applique de façon directe le test du lien réel et substantiel. Le droit civil québécois fournit plutôt des règles législatives précises permettant d'évaluer la compétence internationale des tribunaux. Il s'agit là d'une différence fondamentale entre les deux systèmes, bien qu'ils soient tous deux chapeautés par les mêmes exigences constitutionnelles. De fait, les règles précises de droit civil constituent le point de départ de l'analyse au Québec alors que dans les provinces de *common law*, bien qu'il existe d'anciennes règles jurisprudentielles de droit international privé, le juriste a véritablement pour point de départ le test du lien réel et substantiel.

Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, l'article 68 C.p.c. régissait la compétence internationale des autorités du Québec. Les mêmes règles législatives s'appliquaient à la détermination du district judiciaire compétent pour entendre un litige purement interne et à la compétence des autorités du Québec à entendre un litige comportant un élément international.

Lorsque le *Code civil du Québec* est entré en vigueur, le législateur a modifié l'article 68 C.p.c. pour y ajouter « sous réserve des dispositions du Livre X au *Code civil du Québec* ». Ce livre dixième intitulé « Du droit international privé », et plus particulièrement le titre troisième de ce livre intitulé « De la compétence internationale des autorités du Québec » renferme aujourd'hui l'ensemble des règles pertinentes à la détermination de la compétence des tribunaux québécois au prise avec un litige à caractère international. L'article 68 C.p.c., avec sa réserve, demeure aujourd'hui pertinent à la détermination du district judiciaire compétent dans les litiges purement internes ou les litiges internationaux pour lesquels les tribunaux québécois se sont déclarés compétents en vertu des règles prévues au Livre X du *Code civil du Québec*⁹³.

Avant d'étudier le titre troisième du Livre X sur la compétence internationale des autorités du Québec, il est nécessaire de rappeler qu'en droit international privé québécois, les provinces hors Québec sont considérées comme des états étrangers. C'est l'article 3077 (1) C.c.Q. qui énonce cette règle :

Lorsqu'un état comprend plusieurs unités territoriales ayant des compétences législatives distinctes, chaque unité territoriale est considérée comme un état.

Une telle interprétation de l'article 3077 (1) C.c.Q. est confirmée par la doctrine et la jurisprudence⁹⁴.

Le titre troisième est divisé en deux chapitres: l'un comportant les dispositions générales et l'autre, les dispositions particulières. Comme nous le verrons, générales ou particulières, ces

⁹³ *Allianz du Canada c. St-Victor (Municipalité du Village de)* J.E. 95-1222 (C.S.; Conf. JE 95-1872 (C.A.)).

⁹⁴ P. GLENN, « Droit international privé », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit*

règles visent à saisir les autorités du Québec dans tous les cas où les litiges présentent des liens avec elles.

Les dispositions générales relatives à la compétence internationale des tribunaux québécois comprennent un nombre de règles pertinentes au recours collectif. Pensons à la règle du domicile du défendeur (3134), la doctrine du *forum non conveniens* (3135), la possibilité pour une autorité québécoise de connaître un litige bien qu'elle ne soit pas compétente (3136), et la litispendance (3137). La première règle du domicile du défendeur est reprise sous les règles particulières propres aux actions personnelles à caractère patrimonial.

Les dispositions particulières sont quant à elles divisées en fonction de la nature des actions. Le législateur a prévu des règles particulières pour trois types d'action: les actions personnelles à caractère extra-patrimonial et familial, les actions personnelles à caractère patrimonial et les actions réelles et mixtes. En matière de recours collectifs, ce sont les règles relatives aux actions personnelles à caractère patrimonial qui sont pertinentes, plus particulièrement l'article 3148 C.c.Q. qui procède à l'énumération des facteurs de rattachement pertinents afin d'établir la compétence des autorités québécoises.

Au premier alinéa se trouve le domicile et la résidence du défendeur. Pour cette raison, la première règle générale (3134 C.c.Q.) ne sera habituellement qu'indirectement invoquée au stade de l'évaluation de la compétence. Elle sera soulevée toutefois si un tribunal québécois se déclare compétent et qu'il est invité à décliner sa compétence en vertu de la doctrine du *forum non conveniens* (3135 C.c.Q.). Dans l'évaluation de cette doctrine, il sera pertinent pour une partie ou

international privé, dispositions transitoires, Tome III Ste-Foy P.U.L., 1993, 669-800, p. 677; Dans l'affaire de la faillite : *Eagle River International Limited, et Azco Mining Inc.* [2000] RJQ 392 (C.A.).

l'autre de soulever l'importance et le caractère possiblement naturel que représente le domicile du défendeur comme lien de rattachement.

Les règles générales énoncées ne trouveront habituellement application qu'une fois l'évaluation sous l'article 3148 complétée, c'est-à-dire que les tribunaux québécois seront invités à déterminer s'ils devraient déclinier l'exercice de leurs compétences seulement s'il fut d'abord trouvé ou admis qu'ils sont compétents en vertu de l'article 3148. De la même façon, les tribunaux québécois n'ont pas à se prononcer sur la litispendance s'ils ne sont pas à tout événement compétents pour se saisir du litige. Finalement, ce n'est qu'après s'être trouvés sans compétence que les tribunaux québécois peuvent appliquer la règle générale prévue à l'article 3136 C.c.Q. qui veut que bien qu'une autorité québécoise ne soit pas compétente pour connaître d'un litige, elle peut néanmoins entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant avec le Québec et si une action à l'étranger se révèle impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite.

Bien que les règles générales apparaissent au *Code civil du Québec* avant les règles particulières, en pratique, les règles générales suivent toujours l'application des règles particulières. Les principes de *forum non conveniens* ou de litispendance ne seront considérés que suivant une détermination à l'effet que les tribunaux québécois sont compétents.

Nous nous proposons tout de même de respecter la structure du *Code civil du Québec* et de débiter avec l'étude des règles générales suivant l'ordre dans lequel elles apparaissent, c'est-à-dire (1) le domicile du défendeur (3134 C.c.Q.); (2) la doctrine du *forum non conveniens* (3135 C.c.Q.); (3) la possibilité pour une autorité québécoise, bien qu'elle ne soit pas compétente, de connaître un litige (3136 C.c.Q.); et (4) la litispendance (3137 C.c.Q.).

Dans un deuxième temps, les règles particulières feront l'objet d'une analyse. Il suffira pour nos fins de se pencher sur l'article 3148 C.c.Q. qui énumère les chefs de compétence pertinents à la détermination de la compétence internationale des autorités du Québec en matière d'action personnelle à caractère patrimonial.

A. RÈGLES GÉNÉRALES

1. Domicile du défendeur (3134 C.c.Q.)

L'article 3134 C.c.Q. prévoit qu'en l'absence de dispositions particulières, les autorités du Québec seront compétentes lorsque le défendeur a son domicile au Québec. Cet article établit une règle de compétence générale pour les autorités du Québec. Exprimé autrement, il pourrait être dit que le domicile du défendeur constitue le forum naturel. En effet, cette disposition traduit l'adage *actor sequitur forum rei* (celui qui agit en justice suit le tribunal du défendeur). Le caractère naturel de cette règle serait fondé sur le fait qu'on ne doit pas forcer un justiciable à se défendre loin de son domicile.

En matière d'action personnelle à caractère patrimonial, l'article 3134 C.c.Q. est rarement invoqué en ce que l'article 3148 C.c.Q., règle particulière qui énonce les chefs de compétence en matière d'action personnelle à caractère patrimonial, précise aux paragraphes 1 et 2 l'idée de domicile ou résidence ou établissement dont les activités concernent la contestation au Québec de la défenderesse. La pertinence, toutefois, de mentionner l'article 3134 C.c.Q. est de déterminer si en plus d'être une règle supplétive en l'absence de règle particulière, cette disposition a également pour effet de donner un statut particulier au domicile du défendeur comme chef de compétence dans l'analyse de l'article 3135 (*forum non conveniens*). Cette considération, comme nous le verrons, peut être déterminante en matière de recours collectif.

En 1994, alors que la Cour supérieure procédait à une analyse sous l'exception du *forum non conveniens*, elle énonçait que cette exception devait trouver application seulement dans des cas exceptionnels et donc, elle ne pouvait trouver application lorsqu'une action est intentée devant le forum naturel, soit celui du domicile du défendeur⁹⁵. À l'opposé, dans l'affaire *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*⁹⁶, la Cour supérieure ne voit aucune exception particulière lorsque le fondement de la compétence du tribunal est basé sur le domicile du défendeur. Dans cette affaire, il a été admis que la défenderesse, la Banque Royale du Canada, avait son siège social à Montréal et que le tribunal était donc compétent pour entendre le litige. Il était également admis qu'il s'agissait en l'espèce du seul chef de compétence pertinent. En effet, à l'exception de la présence du siège social de la défenderesse, il n'y avait aucun autre lien de rattachement avec le Québec.

La Cour reconnaîtra que ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'un tribunal peut exercer cette discrétion et décliner sa compétence en vertu de l'article 3135 C.c.Q. Outre le caractère exceptionnel et l'élément discrétionnaire qui semblent ressortir de l'article 3135 C.c.Q., la Cour devait se questionner sur les critères pertinents dans l'exercice de cette discrétion incluant dans quelle mesure le caractère exceptionnel de la doctrine du *forum non conveniens* influence l'analyse de ces critères.

La question qui nous occupe découle d'un argument soulevé par l'un des procureurs, soit la question de savoir si l'on doit attacher un poids plus grand au critère du domicile du défendeur. La position prise par ledit procureur veut que la règle de l'article 3135 C.c.Q. soit appliquée à

⁹⁵ *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills (Canada) Ltd.* [1994] RJQ 2227 (C.S.).

⁹⁶ [1995] R.J.Q. 213 (C.S.).

titre encore plus exceptionnel puisque le domicile du défendeur a toujours été considéré comme le forum naturel. La Cour conclut qu'il est inexact d'affirmer en droit international privé que le domicile du défendeur constitue le forum naturel. Elle avance que cette position tire son origine du droit antérieur au 1^{er} janvier 1994, date à laquelle sont entrées en vigueur les nouvelles règles de droit international privé.

La Cour supérieure prétend qu'une partie demanderesse peut n'avoir aucune attente de faire valoir ses droits aux lieux du domicile ou de la résidence de la défenderesse. Nous sommes plutôt d'avis que cette attente est toujours présente. Les parties devraient pouvoir compter sur une alternative de poursuite qui les protège avec certitude contre des arguments d'ordre juridictionnel. Ce forum devrait être celui du domicile du défendeur pour lequel il existe toujours une attente et une prévisibilité minimale de poursuite. Il est difficile d'imaginer une situation de violation flagrante des principes d'ordre et d'équité lorsque l'action est intentée au lieu du domicile du défendeur.

S'il doit exister, au nom de la certitude, un forum où le demandeur ne risque pas de se voir opposer des arguments d'ordre juridictionnel, c'est celui du domicile de la défenderesse. La certitude et la sécurité sont partie intégrante des principes d'ordre d'équité.

En matière de recours collectif, il existe un exemple jurisprudentielle d'application de la doctrine de *forum non conveniens* malgré que l'action ait été intentée devant les tribunaux du domicile de la défenderesse. Il s'agit de la cause *Recherches Internationales Québec c. Cambior Inc.*⁹⁷; cette affaire survient suite à une catastrophe environnementale survenue en Guyane en 1995. Une rupture dans un barrage situé sur le site d'une mine aurifère a causé le déversement de divers

polluants dans deux rivières de la Guyane dont l'une constituait la plus importante du pays. En réponse à cette catastrophe environnementale, 23 000 victimes guyanaises ont intenté un recours collectif au Québec contre Cambior Inc., une compagnie québécoise qui détenait la majorité des actions de la compagnie guyanaise, propriétaire de la mine et qui, pour les fins de la requête en exception déclinatoire présentée, pouvait être tenue responsable à l'égard des victimes. Bien que Cambior Inc. ait tenté d'argumenter qu'elle ne pouvait être tenue responsable des actes ou omissions posées par la compagnie guyanaise propriétaire de la mine, ce n'est pas au stade de l'exception déclinatoire que la Cour doit se prononcer sur le bien fondé du recours.

Le juge Maughan procède donc à l'analyse des questions de compétence et de *forum non conveniens* sans égard au fait que Cambior Inc. ait éventuellement un possible motif de contestation quant à sa responsabilité à titre d'actionnaire de la compagnie guyanaise ou autrement. Il ne fait aucun doute que tant les tribunaux québécois que guyanais avaient compétence.

En effet, les tribunaux québécois étaient compétents en vertu de l'article 3148 (1) C.c.Q. qui prévoit comme chef de compétence, le domicile ou la résidence du défendeur au Québec. Au surplus, il n'était pas exclu que le paragraphe 3 de l'article 3148 C.c.Q. puisse également entrer en jeu en ce qu'une faute ait pu avoir été commise au Québec; par exemple, une décision prise par le conseil d'administration de Cambior Inc. qui se réunissait au Québec.

Quant à la Guyane, l'article 3148 (3) C.c.Q. confirme la compétence de ces tribunaux en ce qu'une faute y aurait été commise et un préjudice y a été subi. C'est donc en application de la

⁹⁷ REJB 1998-08013 (C.S.).

doctrine de *forum non conveniens* que la question de juridiction se devait d'être tranchée⁹⁸. La question plus précise, et encore plus pertinente pour nos fins immédiates, était celle de déterminer dans quelle mesure l'article 3134 C.c.Q. et sa règle résiduaire prévoyant que les autorités du Québec sont compétentes lorsque le défendeur a son domicile au Québec peut influencer l'application de la doctrine de *forum non conveniens*.

De nombreux facteurs existent dans l'analyse de la doctrine de *forum non conveniens*, facteurs maintes fois repris et listés dans les diverses autorités. Le juge Maughan s'en remet à la liste adoptée dans l'affaire *Banque Toronto Dominion c. Arsenault*⁹⁹, liste déjà reprise dans plusieurs autres décisions au Québec. Les facteurs qui devront être pris en considération sont notamment le lieu de résidence des parties et des témoins, 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, 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 et l'intérêt de la justice. Le critère du lieu de formation et d'exécution du contrat qui donne lieu à la demande est remplacé, en matière extracontractuelle, par le lieu où la faute a été commise.

Il est également à noter qu'aucun de ces facteurs n'est déterminant en soi et qu'il faut rechercher un juste équilibre en tenant compte de l'ensemble des faits mis en preuve. La position prise à l'effet qu'aucun des facteurs n'est déterminant en soi, une position caractéristique de

⁹⁸ Le sujet de la doctrine de *forum non conveniens* fait l'objet d'une analyse sous la partie II) A) 2 « *Forum non conveniens* (3135 C.c.Q.) ».

⁹⁹ [1994] RJQ 2253, 2255 (C.S.).

l'application de cette doctrine en *common law*, nous fournit une première indication de l'impact qu'aura l'article 3134 C.c.Q. sur la doctrine de *forum non conveniens*.

De ne rendre aucun facteur déterminant en soi à l'avantage de favoriser la discrétion des tribunaux et de permettre une solution parfaitement adaptée aux circonstances d'espèce. Le désavantage d'une telle approche repose sur l'incertitude qui en résulte pour les parties et la multiplication des contestations juridictionnelles coûteuses.

Les deux arguments les plus importants que soulevaient les victimes guyanaises étaient le domicile de la défenderesse et l'avantage dont elle jouissait. C'est sur le lieu du domicile que la demande a insisté dans le cadre de son argumentation. Elle faisait valoir que ce seul facteur faisait du Québec le forum naturel pour le litige en cause. Le juge Maughan a reconnu que le domicile du défendeur constituait un facteur important à être considéré dans le cadre d'une analyse de la doctrine de *forum non conveniens*. Il énonce toutefois que ce facteur à lui seul doit être mis en perspective. Il est précisé, dans un premier temps, que ni l'article 3135 C.c.Q. ou toute autre disposition du *Code civil du Québec* relative à la compétence internationale des autorités du Québec ne prévoit qu'une analyse de la doctrine de *forum non conveniens* doit accorder plus d'importance au domicile du défendeur par rapport à tout autre facteur attributif de compétence.

Dans un deuxième temps, la Cour énonce qu'il n'existe pas de règle de droit international privé suggérant que le forum naturel soit celui du domicile du défendeur. À cet égard, la Cour cite l'affaire *H.L. Boulton*. Nous sommes d'avis que bien qu'il soit vrai qu'aucun statut particulier n'est conféré à ce chef de compétence par les dispositions du *Code civil du Québec* aux fins d'analyse de l'exception du *forum non conveniens*, l'importance de ce chef de compétence reconnu par la Cour supérieure a nécessairement un rôle à jouer dans la détermination d'un

exercice de compétence. De prétendre que le domicile du défendeur n'a rien d'une règle naturelle entre en conflit avec les commentaires du ministre au sujet de l'article 3134 C.c.Q. et un principe reconnu depuis longue date en droit civil.

Le ministre de la Justice, dans ses commentaires¹⁰⁰, énonce: « Cette règle est naturelle, puisqu'on ne doit pas forcer un justiciable à se défendre loin de son domicile ». Quant au principe, ce chef de compétence traduit l'adage *actor sequitur forum rei* (celui qui agit en justice suit le tribunal du défendeur).

L'un des objectifs dans l'application de la doctrine de *forum non conveniens* à l'encontre d'une compétence reconnue en raison du domicile du défendeur est d'éviter le « *forum shopping* ». C'est-à-dire que si le domicile du défendeur est le seul lien de rattachement existant avec la province, il ne serait pas approprié de permettre à un demandeur de profiter de cette juridiction à la lumière d'avantages qui s'y offrent. Nous soumettons que la crainte du *forum shopping* a son revers et que ce revers est l'incertitude dans le choix d'un forum par le demandeur. Au même titre qu'il peut être dit qu'un demandeur faisant du *forum shopping* peut surprendre un défendeur en intentant un recours dans une province dont les liens avec le litige ou les parties sont ténus, le demandeur peut se voir opposer des moyens préliminaires juridictionnels coûteux alors qu'il croyait avoir choisi un forum approprié. En d'autres termes, tout autant que certains demandeurs recherchent le forum le plus avantageux pour intenter un recours, certains défendeurs se lancent impunément dans un débat juridictionnel lorsque plusieurs liens plus ou moins importants avec plus d'une province sont en cause.

¹⁰⁰ Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, tome II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1998.

La règle *actor sequitur forum rei* et son caractère naturel auraient pu, en droit civil québécois, servir de certitude pour le demandeur qui souhaite à tout prix éviter un débat juridictionnel dans une affaire dont les liens avec de multiples provinces ne laissent pas entrevoir la possibilité d'un seul forum. Il est faux de croire que ces situations se présentent rarement. Les échanges de plus en plus nombreux et les transactions de plus en plus complexes rendent les scénarios de droit international privé beaucoup moins limpides que l'on pourrait l'espérer.

Le chef de compétence du domicile du défendeur est à notre humble avis une source potentielle de certitude que les tribunaux québécois auront décidé de ne pas exploiter. L'une des considérations qui transcende la qualité ou la pertinence d'un lien de rattachement est l'expectative d'être poursuivi dans une province donnée. Lorsqu'une expectative raisonnable d'être poursuivi dans une telle province existe, seulement des motifs très sérieux devraient pousser un tribunal à exercer sa discrétion et renvoyer l'affaire dans une autre province. Il ne devrait pas s'agir seulement de commodité mais bien de justice. La partie poursuivie chez elle ne subit pas d'injustice et ne peut prétendre avoir cru ne jamais être poursuivie chez elle. Ce facteur devrait, à notre avis, être porteur d'un poids particulier dans l'analyse de l'exception de *forum non conveniens*. Le demandeur qui choisit le domicile du défendeur pour introduire son action doit pouvoir s'assurer d'un certain niveau de sécurité quant au risque de débat juridictionnel coûteux.

Bien que cette approche soit contraire à la doctrine du *forum non conveniens* telle que développée d'abord en Écosse puis en Angleterre et dans les autres pays de tradition *common law*, elle aurait pour effet d'adapter cette doctrine à la réalité de la tradition civiliste qui reconnaît tant en droit interne qu'en droit international privé, un statut particulier au facteur de rattachement du domicile du défendeur.

Nous reprenons ici les propos des professeurs Goldstein et Groffier cités plus haut:

Cependant, le droit international privé est le produit de l'ordre juridique dans lequel il se développe et le droit international privé québécois doit refléter l'esprit civiliste du droit québécois, afin de *respecter sa cohérence interne*.¹⁰¹

2. Forum non conveniens (3135 C.c.Q.)¹⁰²

Il semblerait toutefois que cette doctrine ait été interprétée de la même façon que l'avait fait la Cour suprême du Canada dans des causes émanant de pays de *common law*. Les origines de la doctrine justifieraient l'opportunité de s'inspirer des enseignements de la Cour suprême du Canada ou d'autres tribunaux de pays de *common law*.

La doctrine du *forum non conveniens* nous vient en effet de la *common law*. Elle a d'abord été appliquée en Écosse avant d'être acceptée en Angleterre. Elle ne semble pas offrir d'origines ou de règles particulières d'inspiration purement civiliste.

¹⁰¹ GOLDSTEIN et GROFFIER, *op. cit.*, note 54, p. 42.

¹⁰² Voir généralement sur le sujet : Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire* (Québec: Ministère de la justice, 2001), pp. 215-216, G. GOLDSTEIN & E. GROFFIER, *op. cit.*, note 54, pp. 308-321, E. GROFFIER, « La doctrine du *forum non conveniens* gagne-t-elle du terrain au Québec? », (1980) 40 *R. du B.* 123, S. GUILLEMARD, F. SABOURIN & A. PRUJINER, « Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois », (1995) 36 *C. de D.* 913, P. NORMANDIN, « Les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure et la doctrine de « *forum non conveniens* » », (1987) 47 *R. du B.* 469, G. SAUMIER, « The recognition of foreign judgments in Quebec – The mirror crack'd », *op. cit.*, note 9, G. SAUMIER, « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure », (1998) 58 *R. du B.* 145, G. SAUMIER, « Les limites de la compétence internationale des tribunaux québécois », (1999) 12 *R.Q.D.I.* 1, G. SAUMIER, « Forum non conveniens, Where are We Now? », (2000) 12 *S.C.L.R.* (2d) 121, J. 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, Themis, 2001, pp. 43-51.

Indépendamment de son origine, cette doctrine demeure subordonnée aux exigences d'ordre et d'équité. Dans l'arrêt *Hunt*, la Cour suprême énonce sous la plume du juge Laforest :

Peu importe le point de vue adoptée, 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. En l'espèce, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que, d'après la jurisprudence, il y avait compétence et qu'il n'y avait aucune raison d'appliquer le *forum non conveniens*.¹⁰³

L'article 3135 C.c.Q. prévoit :

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.

Les Commentaires du ministre de la Justice fournissent de nombreux éléments pertinents à l'interprétation de cette disposition. Ces commentaires prévoient :

Cet article de droit nouveau, codifie l'exception du *forum non conveniens*, fréquemment utilisé dans les systèmes de common law. L'exception fait l'objet de controverses doctrinale et jurisprudentielle en droit québécois, relativement à sa recevabilité en l'absence de dispositions législatives permettant au tribunal de décliner sa compétence.

Le *forum non conveniens* permet, en effet, à un tribunal de décliner sa compétence quand il juge que les intérêts de la justice seraient mieux servis si l'affaire dont il est saisi était instruite par un autre tribunal.

Étant donné les avantages que peut présenter, en droit international privé, le *forum non conveniens*, notamment quant à l'efficacité des jugements à rendre, l'article 3135 étend également son application à toutes les autorités du Québec visées par ce titre troisième. L'article devrait faciliter l'administration de la justice en tenant compte de l'intérêt bien compris des parties. Son application est cependant limitée à des cas exceptionnels.

¹⁰³ *Hunt*, précité, note 33, 326.

Pourraient donner ouverture à ces cas exceptionnels, les considérations suivantes: la disponibilité des témoins, l'absence de familiarité de l'autorité appelée à trancher le litige avec le droit applicable; la faiblesse du rattachement du litige à cette autorité, le litige se trouvant en relation beaucoup plus étroite avec les autorités d'un autre État.¹⁰⁴

L'un des éléments apparaissant à ces commentaires est celui du caractère exceptionnel de la doctrine de *forum non conveniens*. Cette considération a le pouvoir de jouer un rôle déterminant dans l'application de cette doctrine. La difficulté réside toutefois dans le fait que le caractère exceptionnel d'une chose peut varier, semble-t-il, considérablement selon la personne qui interprète ce caractère. Il est d'ailleurs surprenant que la disposition elle-même, dans un contexte de droit civil, se limite à l'exposition de ce caractère exceptionnel sans procéder à une énumération de critères pertinents.

Les auteurs Sylvette Guillemard, Alain Prujiner et Frédérique Sabourin¹⁰⁵ ont les premiers noté les difficultés associées à l'application plus ou moins stricte du caractère exceptionnel de la doctrine du *forum non conveniens*. Ces auteurs constatent que les tribunaux québécois, dans leur première année d'application de l'article 3135 C.c.Q., n'ont pas toujours respecté cette condition d'application. Ils suggèrent que l'obscurité des commentaires du ministre de la Justice pourrait être la source de la confusion quant à ce qui devrait être considéré comme un cas exceptionnel. La position prise par ces auteurs se veut protectrice de la condition du caractère exceptionnel. Le principal motif invoqué au soutien de cette position est la crainte d'un affaiblissement des règles de rattachement juridictionnel du Code.

¹⁰⁴ Commentaires du ministre de la Justice, *op. cit.*, note 100, pp. 1999-2000.

¹⁰⁵ S. GUILLEMARD, F. SABOURIN & A. PRUJINER, « Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois », *loc. cit.*, note 102, 948.

Les auteurs Jeffrey Talpis et Shelley Kath ont procédé à une rigoureuse analyse du caractère exceptionnel de la doctrine du *forum non conveniens* dans un article intitulé « The Exceptional as Commonplace in Quebec *Forum non conveniens* Law : *Cambior*, a Case in Point »¹⁰⁶. Cet article propose également une analyse des différents critères jugés à ce jour pertinents dans l'application de la doctrine du *forum non conveniens*. L'approche préconisée vise à redonner un sens à l'exigence du caractère exceptionnel et favoriser la certitude et l'efficacité dans les affaires où des questions de droit international privé se posent. Cette approche semble avoir été pleinement endossée par la Cour suprême du Canada dans ses motifs du 6 décembre 2002 au soutien de sa décision dans l'affaire *Spar Aerospace*¹⁰⁷. La Cour suprême s'appuie d'abord sur les propos tenus par le juge Sopinka dans l'affaire *Amchem* où il admettait qu'en matière de commerce international il arrive que plusieurs tribunaux soient appropriés pour connaître de l'action sans qu'aucun ne se démarque avantageusement. Le juge Sopinka admettait l'existence d'une présomption dans ces circonstances en faveur du tribunal choisi par le demandeur, tribunal qui l'emporte par défaut si aucun autre tribunal n'est nettement préférable¹⁰⁸. Le libellé de l'article 3135 C.c.Q. serait compatible avec les propos tenus par le juge Sopinka mentionnés plus haut à l'effet qu'un tribunal dans le cadre d'une analyse de *forum non conveniens* doit décider si un autre tribunal est nettement plus approprié.

Le caractère exceptionnel expressément mentionné à l'article 3135 C.c.Q. semble ainsi reprendre de ses effets en laissant derrière certaines tendances jurisprudentielles exposées par les auteurs

¹⁰⁶ J. TALPIS et S. KATH, « The Exceptional as Commonplace in Quebec *Forum non conveniens* Law : *Cambior*, a Case in Point », (2000) 34 R.J.T. 761.

¹⁰⁷ Précité, note 58.

¹⁰⁸ *Amchem Products Inc. c. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S.. 897, 931.

Talpis et Kath où la discrétion du tribunal en matière de *forum non conveniens* avait parfois semblé en contravention avec le dispositif de l'article 3135 C.c.Q.

Il est de toute évidence insuffisant de déterminer la rigidité avec laquelle le caractère exceptionnel prévu à l'article 3135 C.c.Q. devra être appliqué sans également évaluer sur la base de quels critères la discrétion judiciaire devra être exercée pour décider s'il existe un autre tribunal nettement plus approprié. Ces critères font l'objet d'une énumération en jurisprudence. Les auteurs Talpis et Kath procèdent à l'analyse critique du poids à accorder à chacun de ces critères. Outre les diverses énumérations jurisprudentielles et cette analyse critique, les commentaires du ministre de la Justice¹⁰⁹ demeurent une source non sans importance de critères pertinents à l'analyse de la doctrine du *forum non conveniens*.

Plutôt que de procéder ici à une revue de la jurisprudence et à un commentaire de l'article des auteurs Talpis et Kath, nous nous proposons de nous pencher sur les commentaires du ministre de la Justice¹¹⁰ desquels il peut être tiré, nous soumettons, une approche plus civiliste à l'application de la doctrine du *forum non conveniens*.

Ces commentaires, à l'instar de la jurisprudence, énumèrent un certain nombre de critères. Comme pour toute énumération, la détermination d'un critère chapeautant les autres critères pourrait orienter de façon significative l'application de la discrétion du tribunal. Cette détermination ne semble toutefois pas avoir été faite, chacun des critères devant être, selon la jurisprudence, considéré de façon souple à la lumière de toutes les circonstances. Cette approche en vertu de laquelle on se refuse à l'avance d'élever un critère à un statut supérieur quelconque

¹⁰⁹ *Op. cit.*, note 100.

¹¹⁰ *Id.*

est typique de l'approche de *common law*. Il ressort toutefois de ces commentaires que les intérêts de la justice pourraient servir de critère global. Il est à noter que les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité ne se trouvent pas énumérés bien qu'ils soient applicables.

Sous ce critère des intérêts de la justice, une division en deux branches est, selon nous, incontournable: les intérêts propres à l'administration de la justice et les intérêts propres à la justice substantive. Il semblerait toutefois que cette distinction entre critères propres à l'administration de la justice et critères propres à la justice substantive n'ait pas été opérée. Nous la suggérons car une prise de conscience de la raison d'être du critère considéré constitue le moyen le plus efficace afin de ne pas tomber dans le piège du simple calcul des critères pour et contre les forums respectifs.

Si nous avons à dresser un système de classement des critères applicables à la doctrine de *forum non conveniens*, nous suggérions comme critère général, l'intérêt de la justice. Sous l'intérêt de la justice, nous aurions deux séries de critères: ceux relatifs à la saine administration de la justice et ceux relatifs à la justice substantive.

Les critères de nature économique, c'est-à-dire dans quelle mesure un forum alternatif permettrait d'éviter des coûts supplémentaires, temps supplémentaire et multiplication des recours pour le système de justice et les parties, relèvent généralement de l'administration de la justice. Ceci dit, si les coûts supplémentaires avaient pour effet de nier l'accès à la justice pour l'une des parties, le critère de nature économique pourrait alors tomber sous la division de la justice substantive.

Autrement dit, un critère énuméré par la jurisprudence ou les commentaires du ministre ne tombent pas dans toutes les circonstances sous la même division. Il s'agit lors de l'analyse du

critère de déterminer s'il relève dans les circonstances de l'administration de la justice ou de la justice substantive. Cet exercice permet alors d'évaluer le poids à accorder au critère.

Prenons par exemple le critère du droit applicable. Si l'on tente de déterminer à partir de la jurisprudence le poids à accorder à ce critère, on répertoriera autant d'énoncés traitant de l'importance de ce critère que d'énoncés traitant de la valeur mitigée de ce critère. Une compilation des différentes causes ayant considéré ce critère ne serait d'aucune utilité s'il n'était pas tenu compte du contexte dans lequel ce critère fut utilisé. Ce critère était-il sous la division de la saine administration de la justice (coûts associés à la nécessité de faire la preuve du droit applicable par voie d'experts) ou dans le contexte de la détermination du droit applicable au litige selon les règles de conflits appliquées et les avantages qui en découlent¹¹¹.

Au même titre, le critère des avantages conférés aux parties peut voir son importance varier dramatiquement selon les circonstances. S'agit-il d'avantages purement économiques ou d'avantages affectant les droits des parties. Les avantages purement économiques sont-ils, à la lumière des sommes en jeu, d'une importance telle qu'ils ont un effet sur l'accessibilité à la justice? Les avantages juridiques étaient-ils prévisibles? Certes ces considérations influenceront sur le poids à accorder à ce critère.

Sous la division de l'administration de la justice tombent des critères d'ordre économique. C'est-à-dire des critères où les ressources des parties et du système judiciaire sont en cause. Il va de soi que des critères d'ordre purement économique ne doivent pas avoir préséance sur des

¹¹¹ Le choix du tribunal peut en effet avoir un impact sur le droit applicable. Il n'est pas impossible que des tribunaux dans différentes juridictions arrivent à des conclusions différentes au sujet du droit applicable. Chacun de ces tribunaux appliquera ses propres règles de conflits de lois, règles qui peuvent être différentes et qui peuvent mener à l'application de lois différentes. Les parties pourraient donc soumettre les avantages à

critères trouvant leur source dans des principes directeurs tels l'ordre et l'équité ou encore sur des critères touchant directement les droits des parties, à moins que ce critère à prime abord purement économique puisse lui-même affecter les droits substantifs des parties. Par exemple, si les sommes en jeu sont telles que les coûts associés à un forum limitent l'accessibilité à la justice pour l'une des parties (poursuivre ou défendre devant ce forum en raison des coûts associés à la démarche n'en vaut pas la peine), les critères d'abord purement économiques côtoient alors les critères propres à la justice substantive. Cette banale réflexion illustre l'importance de saisir la raison d'être du critère considéré par opposition aux autres critères. Nous croyons que l'une des façons d'y arriver est de conserver à l'esprit cette division entre critères propres à l'administration de la justice et critères propres à la justice substantive. Nous devrions également éviter d'imposer une hiérarchie stricte entre les critères car leur importance peut varier selon les circonstances.

Il est intéressant de noter la remarque suivante du juge De Grandpré dans *Nationale du Canada c. Travailleurs unis des transports*, qui sans procéder à l'analyse suggérée ci-dessus, écrit :

La situation présente est particulière en ce que les éléments de rattachement à l'Ontario tiennent plus de ceux reliés aux coûts du procès et à sa logistique qu'à ceux reliés au droit; considérant l'ensemble de la situation, le Tribunal conclut que la cour supérieure du Québec est tout aussi apte à trancher le litige que la cour supérieure de l'Ontario et qu'il n'y a pas de litispendance parce que le véritable co-contractant, le Conseil, n'est pas partie aux procédures en Ontario. Les requêtes sont donc mal fondées.¹¹²

La plupart des critères énumérés sous les commentaires du ministre relèvent généralement de l'administration de la justice: la disponibilité des témoins, les coûts de déplacement des témoins,

procéder en vertu d'un droit par opposition à un autre. L'expectative des parties à procéder en vertu d'un droit plutôt qu'un autre pourrait alors également influencer sur l'appréciation du critère de l'avantage des parties.

¹¹² No. 500-05-068872-017, 12 juillet 2002 (C.S.), p. 11.

la localisation des éléments de preuve, l'absence de familiarité de l'autorité appelée à trancher le litige avec le droit applicable, incluant la nécessité de procéder à la preuve du droit applicable par le biais de témoins experts, la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger.

Les critères économiques et la saine administration de la justice devraient tenir compte à notre avis de la nature des parties, du litige et des sommes en cause. De toute évidence, la nécessité d'un expert relativement au droit applicable ne devrait pas porter le même poids dans une action de 15 000 \$ impliquant de petits entrepreneurs que dans une action de 15 000 000 \$ entre multinationales.

Quant aux critères relevant de la justice substantive, les commentaires du ministre mentionnent le degré de rattachement avec les autorités considérées. Les facteurs considérés sous 3148 C.c.Q. doivent être repris sous l'analyse de la doctrine du *forum non conveniens*.

L'application des chefs de compétence sous 3148 C.c.Q. peuvent parfois mener à des excès que la doctrine de *forum non conveniens* doit pouvoir corriger au besoin. Le caractère ténu du chef de compétence pourra donc être invoqué au soutien de l'exception de *forum non conveniens*.

Bien que le lieu de passation des documents contractuels ait été rejeté comme facteur de rattachement afin de déterminer la compétence des tribunaux québécois, il semble que ce chef autrefois reconnu ait un rôle à jouer dans l'application de l'exception de *forum non conveniens*.

Plusieurs décisions reconnaissent ce critère¹¹³. Sans discuter de sa pertinence, il fut jugé par le législateur que le lieu de passation d'un contrat est devenu trop fortuit à une époque où plusieurs contrats sont conclus à distance ou encore dans une province qui n'a rien à voir avec les parties ou la transaction. Pour quelle raison ce choix législatif ne se reflète-t-il pas dans l'application de la doctrine du *forum non conveniens*? Il ne saurait constituer d'ordinaire un facteur de rattachement important, mais il existe certes des circonstances où le lieu de passation du contrat peut encore, même aujourd'hui, indiquer une certaine attente des parties.

Il est nécessaire de considérer à nouveau les facteurs de rattachement sous 3148 C.c.Q. car le degré de rattachement comme facteur sous la doctrine de *forum non conveniens* découle des principes d'ordre et d'équité qui, comme nous l'avons vu, sont applicables à une analyse en vertu de cette doctrine. Il s'agit de rechercher et de comparer les liens de rattachement qui existent entre le litige et les parties, et le forum saisi et le forum alternatif proposé.

L'analyse sous l'exception de *forum non conveniens* est beaucoup plus subtile et complexe que celle visant à déterminer la compétence des tribunaux québécois. Il ne s'agit pas de tomber sous un chef de compétence mais bien de soupeser les différents liens de rattachement pouvant justifier la compétence, et pouvant indiquer à la lumière de toutes les circonstances un rattachement nettement plus étroit avec l'une des provinces en cause.

¹¹³ *Banque Toronto-Dominion c. Cloutier*, [1994] R.J.Q. 386 (C.S.); *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada*, [1995] R.J.Q. 213 (C.S.); *Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc.*, [1995] R.J.Q. 222 (C.S.); *2493136 Canada Inc. c. Sunburst Products Inc.*, J.E. 96-1062 (C.S.); *Société Toon Boom Technologies c. Société 2001 S.A.*, J.E. 96-474 (C.A.); *Recherches internationales Québec c. Cambior Inc.*, J.E. 98-1905 (C.S.), LPJ 98-0653 (C.S.), REJB 98-08013 (C.S.).

L'attente raisonnable des parties d'être poursuivies dans une province donnée peut également venir teinter l'analyse des facteurs de rattachement et leur importance respective. Il ne s'agit pas de rencontrer l'exigence d'un facteur de rattachement, mais également de comparer les facteurs.

En plus du degré de rattachement, certains autres critères peuvent s'inscrire, selon les circonstances, sous la division de l'intérêt de la justice substantive. La nécessité de faire reconnaître et exécuter une éventuelle décision en est un exemple. Bien que ce critère puisse être propre à la saine administration de la justice (ressources judiciaires additionnelles et ressources des parties additionnelles), ce critère relève également de la justice substantive dans la mesure où le jugement ne pourrait faire l'objet d'une reconnaissance et exécution dans l'État étranger pertinent.

Également, et tel que mentionné, le critère des avantages conférés aux parties peut concerner des avantages de nature purement économique relevant de la saine administration de la justice, mais également des avantages juridiques.

Le professeur Castel fournit des exemples de ce que peut être un avantage pour une partie:

(...) In a series of cases, English and Canadian courts have considered the following benefits to the plaintiff as possible legitimate personal or juridical advantages : a cheaper or quicker trial; security for the amount of the claim; better pre-trial discovery procedures; higher damages; higher limits of insurance; special legislation for the protection of investors; an award of interest; a more generous limitation period; a local remedy not available in the alternative forum; or a lighter burden of proof; that the court would apply choice of law rules which would result in a summary judgment for the plaintiff; that the substantive law of the forum is more favourable to the plaintiff; that there are exigible local assets, that a defense in the alternative forum is not available locally; that the substance of the transaction took place in the forum; that the local action is more comprehensive; or that there are differences in rights, remedies and procedure in the other forum. The plaintiff may also fear

arrest in the alternative forum or may be unable to collect on the judgment in the foreign forum. The possibility of a trial in the French language was held not to be a personal disadvantage. Legal aid has also been considered to be a juridical advantage.¹¹⁴

Se trouvent donc sous la division de la justice substantive les avantages que pourrait retirer l'une ou l'autre des parties dans la poursuite d'une action devant un tribunal donné. Il peut s'agir de délais de véhicules procéduraux ou même d'attitude des tribunaux en matière de dommages. Quoi qu'il en soit, le désavantage corrélatif que subit la partie adverse devrait être considéré ainsi que l'attente qu'avait les parties d'un jour bénéficier de l'avantage en cause.

L'affaire *Cambior* constitue un exemple d'application de la doctrine du *forum non conveniens* dans un contexte de recours collectif. Cette décision a déjà fait l'objet d'une analyse approfondie par les auteurs Talpis et Kath¹¹⁵. Nous ajoutons toutefois ici quelques remarques particulièrement intéressantes aux fins du droit des recours collectifs.

La Cour supérieure dans l'affaire *Cambior* semble avoir tenu compte de l'inconvénient pour le demandeur de poursuivre au Québec. La Cour écrit : « The inconvenience to the victims of having to litigate in Quebec is far greater than that of Cambior's board members and executive officers who would be called upon to testify in Guyana. ». Il s'agit là d'un énoncé surprenant. Il semblerait qu'en intentant son action, le demandeur ait en quelque sorte consenti à assumer les inconvénients qui résultent de son choix. Ce sont plutôt les inconvénients causés à la défenderesse qui, selon nous, devraient être pertinents dans la décision de renvoyer un litige dans une autre province. Dans ce cas, la défenderesse ne subissait aucune injustice en étant poursuivie au lieu de son domicile.

¹¹⁴ CASTEL, *op. cit.*, note 48, pp. 258-259.

Ce passage de la décision pourrait nous laisser croire qu'il existe un sous-critère d'analyse *a contrario* sous le critère de l'avantage conféré aux parties. Bien que cela n'ait jamais été, à notre connaissance, suggéré par la jurisprudence, on pourrait croire que l'absence de préjudice subi par la défenderesse résultant du choix de forum par la partie demanderesse constitue un sous-critère pertinent.

Le véritable avantage dont jouissait la demanderesse dans le forum choisi dans l'affaire *Cambior* était celui de la procédure du recours collectif existant en droit québécois mais absente du droit guyanais. La Cour supérieure s'appuie sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers Compensation Board)*¹¹⁶, dans laquelle le juge Sopinka s'appuie lui-même sur une position prise par la Chambre des Lords dans la cause *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex L Ltd*¹¹⁷. Le juge Sopinka y énonce que la simple perte d'un avantage pour le demandeur ne doit pas correspondre à une injustice si les tribunaux sont satisfaits que justice sera rendue devant le forum approprié.

La Cour supérieure, en empruntant cette approche, vient qualifier le critère de l'avantage pour les parties. Elle le qualifie d'une façon si restrictive que ce critère se trouve purgé de toute utilité. Comme nous le verrons, l'article 3136 C.c.Q. couvre déjà en partie les cas où le renvoi à une autre province équivaut à un déni de justice.

Afin donc que l'argument de la perte d'un avantage juridique puisse valoir, un demandeur devra démontrer de façon objective qu'il ne pourrait obtenir justice dans la province étrangère. En

¹¹⁵ TALPIS et KATH, *loc. cit.*, note 106.

¹¹⁶ Précité, note 108.

¹¹⁷ [1987] A.C. 460 (Chambre des Lords).

l'espèce, la plus grande accessibilité à la justice vu l'existence du mécanisme de recours collectif au Québec ne constitue pas un avantage juridique justifiant le choix du Québec comme forum. Il aurait fallu démontrer que les tribunaux de la Guyane étaient incapables de rendre justice. Il s'agit donc d'une analyse axée non pas sur les avantages juridiques propres au forum choisi par le demandeur, mais plutôt d'une analyse de la capacité de l'autre forum, à rendre justice au fond. C'est-à-dire que de simples avantages, quant au véhicule procédural, au niveau des dommages ou encore au fardeau de la preuve, ne sauraient justifier un écart du forum le plus approprié.

De façon plus significative pour nos fins, cette approche se distingue nettement de celle prise à ce jour par les tribunaux ontariens en matière de recours collectifs nationaux. Tel qu'il sera discuté plus abondamment sous le titre sur le droit des recours collectifs, ces tribunaux, au nom de l'accessibilité à la justice, ont autorisé des recours collectifs à portée nationale bien que certains des membres visés ne soient certainement pas devant le forum le plus approprié. L'avantage que retire le membre constitue un motif au soutien de l'autorisation ou la certification du recours collectif à portée nationale. Il s'agit d'un exemple où le droit international privé et le droit des recours collectifs divergent quant à leurs objectifs. L'accessibilité à la justice prime en matière de recours collectifs alors que l'ordre et l'équité prime en droit international privé.

3. Bien qu'elle ne soit pas compétente, la possibilité pour une autorité québécoise de connaître un litige (3136 C.c.Q.)

Indépendamment des influences de la *common law*, l'application stricte du critère de l'avantage conféré aux parties est déjà prévu à l'article 3136 C.c.Q. Cette disposition prévoit :

Bien qu'une autorité québécoise ne soit pas compétente pour connaître d'un litige, elle peut, néanmoins, si une action à l'étranger serait dans l'impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant avec le Québec.

Cette position établit une nouvelle compétence dans le cas où une procédure à l'étranger s'avère impossible ou lorsqu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, et ce, bien que les autorités du Québec ne soient pas compétentes. Lorsque les tribunaux québécois ne sont pas compétents, la partie demanderesse devra démontrer qu'elle ne pourra obtenir justice devant les tribunaux d'un autre état. Si cette condition existe déjà dans les cas où les tribunaux québécois ne sont pas compétents, pourquoi l'importer dans l'application de la doctrine du *forum non conveniens* sous laquelle les tribunaux sont compétents, mais décident de décliner leur compétence de façon exceptionnelle. Il nous semble surprenant que les critères de l'intérêt des parties, et plus précisément, de l'impossibilité d'obtenir justice dans une autre province, soit interprétés de façon tout aussi restrictive dans les cas où les tribunaux québécois sont compétents que dans ceux où ils ne le sont pas. Nous avons déjà traité de l'importance de préserver la cohérence du droit civil lorsqu'une notion de droit étranger y est incorporée.

4. Litispendance (3137 C.c.Q.)¹¹⁸

L'article 3137 C.c.Q. prévoit les cas de litispendance internationale :

Art. 3137. L'autorité québécoise, à la demande d'une partie, peut, quand une action est introduite devant elle, surseoir à statuer si une autre action entre les mêmes parties, fondée sur les mêmes faits et ayant le même objet, est déjà pendante devant une autorité étrangère, pourvu qu'elle puisse donner lieu à une décision pouvant être reconnue au Québec, ou si une telle décision a déjà été rendue par une autorité étrangère.

¹¹⁸ Voir généralement sur le sujet : G. GOLDSTEIN & E. GROFFIER, *op. cit.*, note 54, pp. 321-333, G. SAUMIER, « The recognition of foreign judgments in Quebec – The mirror crack'd », *loc. cit.*, note 9, G. SAUMIER, « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure », (1998) 58 *R. du B.* 145, G. SAUMIER, « Les limites de la compétence internationale des tribunaux québécois » (1999) 12 *R.Q.D.I.* 1., G. SAUMIER, « Forum non conveniens, Where are We Now? », (2000) 12 *S.C.L.R.* (2d) 121, J. 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*, *op. cit.*, note 102, pp. 51-58.

Selon les commentaires du ministre de la Justice, cet article est de droit nouveau. En effet, la litispendance n'était reconnue en droit québécois que dans les cas interprovinciaux et non dans les cas internationaux. L'article 3137 C.c.Q. fait de la litispendance un moyen pouvant être invoqué lorsqu'une action est pendante tant au Canada qu'à l'étranger. L'objectif d'une telle disposition est de favoriser la sécurité du droit en restreignant la possibilité que des décisions contradictoires soient rendues. L'article, tel que rédigé, offre aux autorités québécoises une certaine latitude dans l'application de cette exception de litispendance¹¹⁹.

Certains des éléments de cette disposition sont plus pertinents aux fins d'une discussion dans le contexte du recours collectif. D'abord, l'identité des parties: la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Hotte c. Servier Canada Inc.*¹²⁰, juge que l'identité des parties en matière de recours collectif ne doit pas être l'identité des individus cherchant à obtenir le statut de représentant. L'identité des parties renvoie à la qualité de membre d'un groupe. L'explication fournie par la Cour d'appel repose sur la distinction entre identité juridique et identité physique des parties. C'est l'identité juridique des parties qui est exigée pour l'application de la présomption de la chose jugée. Les parties ne doivent pas être physiquement identiques. C'est plutôt l'identité juridique qui doit être rencontrée. Il y a identité juridique chaque fois qu'une personne représente une autre personne ou est représentée par elle.

La Cour d'appel ne voit pas de difficulté dans le fait que les requérants n'ont pas encore le statut de représentant du groupe, puisqu'il s'agit précisément de cette reconnaissance qu'ils recherchent et que c'est en leur qualité de membre d'un groupe qu'ils formulent leur requête.

¹¹⁹ Commentaires du ministre de la Justice, *op. cit.*, note 100, p. 2001.

¹²⁰ [1999] R.J.Q. 2598 (C.A.).

Le second élément pertinent est celui qui veut que l'action soit fondée sur les mêmes faits. Il s'agit d'une distinction entre la litispendance internationale et la litispendance interne. En effet, en matière interne, il doit y avoir identité de cause afin de justifier l'exception de litispendance. En matière internationale, l'article 3137 C.c.Q. réduit cette exigence à une identité de faits. Ensemble de faits et cause d'action sont deux notions distinctes¹²¹. La cause d'action est la qualification juridique que l'on donne à l'ensemble de faits générateurs d'obligations¹²². Un ensemble de faits ne constitue pas en soi une cause d'action. Cet ensemble ne devient cause d'action qu'en raison d'une qualification qu'on lui donne à la lumière du droit. En effet, un même ensemble de faits peut se voir attribuer diverses qualifications donnant lieu à diverses causes d'action distinctes.

L'utilisation de la notion d'identité de faits par opposition à identité de cause s'explique aisément dans un contexte international où, d'un droit à l'autre, les causes d'actions et concepts juridiques peuvent varier et qualifier distinctement un même ensemble de faits¹²³. En matière de recours collectif multi-juridictionnel, cette remarque est pertinente bien que différents droits puissent être applicables à différents groupes de demandeurs¹²⁴. Ces droits applicables et les causes d'actions qui leur sont propres n'apparaîtront qu'à un stade ultérieur à la requête en autorisation.

¹²¹ G. GOLDSTEIN & E. GROFFIER, *op. cit.*, note 54, p. 326, J. 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*, *op. cit.*, note 118, p. 54, *Nationale du Canada c. Travailleurs unis des transports*, REJB 2002-32732 (C.S.), *DirectTV Inc. c. Reginald Scullion*, REJB 2002-32664 (C.S.).

¹²² *Rocois Construction c. Quebec Ready Mix*, précité, note 65, 448.

¹²³ G. GOLDSTEIN & E. GROFFIER, *op. cit.*, note 54, p. 326, J. 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*, *op. cit.*, note 102, p. 54, *Nationale du Canada c. Travailleurs unis des transports*, précité, note 121, au para. 22, *DirectTV Inc. c. Reginald Scullion*, précité, note 121, aux paras 35-36.

¹²⁴ Certaines législations en matière de recours collectif permettent la création de sous-groupes afin de tenir compte des différents droits qui pourraient être applicables en vertu des règles de conflits de lois au Québec.

Un troisième élément pertinent est celui de l'identité d'objet. Dans l'affaire *Hotte c. Servier*¹²⁵, on conclut à l'identité d'objet sur la base que le véritable objet des requêtes en cause est d'obtenir l'autorisation d'exercer un recours collectif. C'est-à-dire que dans le cas d'un recours collectif, le recours lui-même n'est pas formé avant l'autorisation. La procédure se décompose en plusieurs étapes. La requête en autorisation constitue la première étape et est un mécanisme de filtrage et de vérification: un jugement favorable permet la formation du recours. Avant que l'autorisation ne soit accordée, le recours n'existe pas.

L'article 3137 C.c.Q. nous informe que l'une des conditions à l'application de l'exception de litispendance internationale est qu'une action soit déjà pendante devant une autorité étrangère. Il est donc impossible d'invoquer la litispendance si l'action est intentée à l'étranger après qu'elle ne l'ait été au Québec. La problématique est plus subtile. Qu'en est-il si l'action à l'étranger en est au stade pré-autorisation. S'agit-il véritablement d'une action? Il faudrait alors s'en remettre au droit de l'autorité étrangère afin de déterminer si la demande d'autorisation ou de certification fait de cette demande une action. De façon réaliste, quelle que soit la réponse, nous sommes d'avis que pour les fins d'application de l'article 3137 C.c.Q., une demande d'autorisation ou de certification doit tomber sous la notion d'action.

Le problème n'en reste toutefois pas là. Si le recours à l'étranger est en effet autorisé ou certifié et qu'il a acquis son statut d'action, peut-on prétendre qu'il y a identité d'objet entre cette action et la demande d'autorisation présentée au Québec? La Cour d'appel dans *Hotte c. Servier* nous enseigne qu'il y a identité d'objet car dans ce cas le véritable objet des deux requêtes en

Voir discussion sous la section III) B) 1 « Multiplicité des droits applicables dans le contexte du recours collectif ».

¹²⁵ Précité, note 120.

autorisation est d'obtenir l'autorisation d'exercer un recours collectif. Dans le cas soumis, un recours est déjà autorisé alors que l'autre cherche à être autorisé. Pouvons-nous alors parler d'identité d'objet.

En vérité, il faudra à nouveau créer une fiction pour les fins du droit des recours collectifs afin de déterminer l'objet de l'éventuel recours autorisé plutôt que de s'en tenir à l'objet de la requête en autorisation. Cette fiction nous semble nécessaire. Il serait absurde de ne pas autoriser l'exception de litispendance dans les cas où l'action à l'étranger a franchi le stade de l'autorisation jusqu'à ce que la requête en autorisation au Québec soit elle-même accordée. Il s'agirait d'une dilapidation des ressources judiciaires et des ressources des parties que de forcer la défenderesse à se défendre au stade de l'autorisation, pour ensuite accorder l'exception de litispendance. Le stade de l'autorisation en est un de filtrage mais exige dans les faits une préparation considérable. L'exception de litispendance est donc d'autant plus justifiée si le recours à l'étranger est à un stade plus avancé.

Ce débat, bien qu'intéressant d'un point de vue théorique, risque de ne pas être soulevé en pratique. La volonté et l'intérêt des tribunaux étrangers d'inclure des non-résidents dans un recours collectif multi-juridictionnel et de leur créer un sous-groupe aux fins du droit applicable, se limite au cas où ces non-résidents n'auraient autrement la possibilité d'intenter un recours collectif dans leur propre province, à supposer que cette dernière soit compétente pour entendre le recours de ces résidents. De la même façon que certains tribunaux canadiens ont, comme nous le verrons, adopté une approche très pratique dans l'autorisation de recours collectif à portée nationale, souvent pour permettre à tous les Canadiens, incluant ceux n'ayant pas dans leur province la procédure du recours collectif, d'intenter un tel recours à moindre coût, ces tribunaux laissent entendre que c'est avec déférence qu'ils considéreraient l'introduction d'un recours collectif dans une autre province pour des résidents de celle-ci. C'est-à-dire qu'un tribunal, à la

demande d'une défenderesse, pourrait réduire le groupe afin de ne pas inclure les non-résidents également parties, quoique subséquemment, à un recours collectif dans leur propre province.

C'est d'ailleurs ce que font généralement les tribunaux à l'égard des membres résidant dans une province où un autre recours collectif a déjà été intenté¹²⁶.

Si toutefois la défenderesse souhaite se défendre dans une seule province, elle pourra tenter d'invoquer l'exception de litispendance dans l'autre province. Dans un tel cas, diverses considérations pratiques relativement à l'organisation du recours, à l'existence de différents droits applicables, à la reconnaissance à l'exécution du jugement, à la preuve de dommages pour chacun des membres, pourront faire l'objet d'un débat. Il nous semble même que la coopération entre les tribunaux puisse alors devenir nécessaire.

B. RÈGLES PARTICULIÈRES

1. La compétence internationale des autorités du Québec en matière d'action personnelle à caractère patrimonial (3148 C.c.Q.)¹²⁷

Comme l'article 3148 C.c.Q. constitue la pierre angulaire de la compétence des tribunaux québécois dans les matières qui nous occupent, il est à propos de reproduire cette disposition :

¹²⁶ Voir par exemple *Parsons c. Canadian Red Cross Society*, [1999] O.J. No. 3572 (S.C.); *Webb c. K-Mart*, (2000) 45 O.R. (3d) 389 (S.C.); *Wilson c. Servier*, [2000] O.J. No. 3392 (S.C.); *Harrington c. Dow Corning Corp.*, [1997] B.C.J. No. 400 (B.C.S.C.).

¹²⁷ Voir généralement sur le sujet : C. EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, P. GLENN, « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, loc. cit., note 94, 669, G. GOLDSTEIN & E. GROFFIER, *op. cit.*, note 54, pp. 348-363, G. GOLDSTEIN & E. GROFFIER, *Droit international privé : Règles spécifiques*, tome 2, Cowansville, Yvon Blais, 1998, pp. 539-547 et 866-870, J. 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*, *op. cit.*, note 102, pp. 19-42, J.A. TALPIS & J.-G. CASTEL, « Le Code civil du Québec – Interprétation des règles de droit international privé », dans *La Réforme du Code civil*, t. 3, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 801.

Art. 3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

- 1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;
- 2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;
- 3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;
- 4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;
- 5° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

Le premier commentaire qui se doit d'être fait est que la forme alternative s'applique entre chacun de ces paragraphes. Il ne suffit que d'un lien énuméré à cette disposition pour que les tribunaux québécois soient compétents.

Le même commentaire s'applique à l'intérieur du 3^e paragraphe selon lequel il n'est pas nécessaire que toute la cause d'action ait pris naissance au Québec, comme c'était le cas avant l'entrée en vigueur de l'article 3148 C.c.Q. Une faute commise au Québec suffit, un préjudice subi au Québec suffit, un fait dommageable s'étant produit au Québec suffit, ainsi que suffit le fait que l'une des obligations découlant d'un contrat devait être exécutée au Québec.

Ce sont les trois premiers paragraphes qui occuperont nos discussions en matière de recours collectif. Avant toutefois de débiter avec ces paragraphes, quelques commentaires d'ordre général s'imposent. D'abord cet article reprend des critères de compétence déjà prévus à l'article 68 du C.p.c. Il ne retient toutefois pas ceux qui furent jugés comme établissant des liens trop

ténus avec les autorités du Québec. De façon notable, la présence de biens du défendeur et la conclusion du contrat au Québec ne se retrouvent pas sous l'article 3148 C.c.Q.

Bien que l'article 3135 C.c.Q. codifiant la doctrine du *forum non conveniens* permette de tempérer une reconnaissance de la compétence des tribunaux québécois en vertu de l'article 3148 C.c.Q., la Cour d'appel a jugé que l'article 3135 C.c.Q. n'autorise pas à donner à l'article 3148 C.c.Q. une interprétation large. On doit interpréter de façon raisonnable l'article 3148 C.c.Q. Dans l'affaire *Québecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*¹²⁸, dont il sera question plus loin, la Cour d'appel a jugé que l'article 3148 C.c.Q. devrait être interprété d'une façon raisonnable, que l'on devait donner un effet utile aux chefs de compétence qui s'y trouvent énumérés. Dans ce cas, l'interprétation suggérée aurait eu pour effet de rendre automatique la compétence des tribunaux dans les cas où le demandeur est résident du Québec.

L'esprit des nouvelles règles relatives à la compétence internationale des autorités québécoises se reflète dans l'article 3148 C.c.Q. D'abord, tant le droit international privé que le droit constitutionnel canadien requièrent un lien raisonnable entre la province et le litige ou encore la province et les parties. L'article 3148 C.c.Q. cherche à énoncer les liens qui sont généralement raisonnables et, de ce fait, exclure ceux qui ne le sont pas.

Les deux premiers paragraphes concernent le rattachement qui existe contre la défenderesse et le Québec. La discussion sur l'article 3134 C.c.Q. présentée précédemment n'est pas étrangère au premier paragraphe, du moins dans la mesure où celui-ci prévoit que le domicile de la défenderesse est un facteur de rattachement pertinent. Ce premier paragraphe ajoute toutefois au domicile déjà prévu à la règle générale de l'article 3134 C.c.Q., soit la résidence.

Pour la personne morale (qui fait généralement l'objet de recours collectifs) le domicile correspond, en droit civil québécois, au lieu et adresse de son siège social (voir art. 307 C.c.Q.).

Le concept de résidence est quant à lui plus difficile à appliquer à une personne morale. C'est peut-être pour cette raison que le second paragraphe de l'article 3148 C.c.Q. traite de façon spécifique du rattachement entre la défenderesse, personne morale, et le Québec. Plutôt que d'appliquer le concept de résidence plus difficilement transposable à la réalité de la personne morale, le paragraphe 2 énonce qu'un établissement au Québec combiné à des activités de la personne morale au Québec, à condition que ces activités soient liées au litige, donne compétence aux autorités québécoises. Tel que rédigé, ce paragraphe soulève la question suivante: les activités de la personne morale au Québec doivent-elles, en plus d'avoir un lien avec le litige, avoir un lien avec l'établissement au Québec?¹²⁹ Il peut être imaginé un scénario où une personne morale possède plusieurs secteurs d'activités et où elle possède certes un établissement au Québec, mais un établissement qui n'a absolument rien à voir avec les activités en cause.

Une interprétation textuelle de ce paragraphe nous laisse croire qu'un lien entre les activités en cause et l'établissement n'est pas nécessaire. Cette problématique pourrait se poser dans le cadre du recours collectif contre la compagnie Nortel¹³⁰. Cette dernière a des établissements au

¹²⁸ REJB 2001-23913 (C.A.).

¹²⁹ Cette question fut soulevée dans *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Ins. Co. Of Canada*, [1994] R.J.Q. 2966 (C.S.). La Cour supérieure conclut qu'il n'est pas nécessaire que l'activité en cause soit liée à l'établissement de la défenderesse au Québec. Les auteurs G. Goldstein et E. Groffier critiquent le bien-fondé de cette décision (G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.* note 54, p. 349). Ils écrivent avec raison qu'une compétence entièrement fondée sur une dissociation entre l'activité au Québec et la présence d'un établissement non lié à cette activité ne signifie rien. Il s'agirait d'un rattachement exorbitant, précisément ce que l'article 3148 C.c.Q. visait à éliminer. Nous souscrivons entièrement à cette critique.

¹³⁰ *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (A.P.E.I.Q.) c. Corporation Nortel Networks*, No 500-06-000126-017.

Québec, mais ce qu'on lui reproche n'est aucunement lié aux activités de ces établissements. On allègue qu'elle n'a pas divulgué toute l'information qu'elle aurait dû au sujet de la compagnie. Cette omission découle d'activités ou d'omissions au siège social de la compagnie situé en Ontario. Cette question n'est donc pas entièrement théorique. Dans le cas du recours collectif contre Nortel toutefois, le paragraphe 3 de l'article 3148 C.c.Q. en énonçant qu'un préjudice subi au Québec constitue un facteur de rattachement valable, donne compétence aux tribunaux québécois. Ce sera sous l'article 3135 C.c.Q. et la doctrine de *forum non conveniens* que le débat portera.

Quant à la notion d'établissement, dans *MNC Multinational Consultants Inc. c. Dover Corp.*¹³¹, il fut décidé que la détention d'actions d'une compagnie américaine dans une compagnie ontarienne qui elle-même détient des action dans une compagnie du Québec constitue un lien beaucoup trop éloigné pour conclure que la défenderesse a un établissement au Québec.

Ceci nous amène au paragraphe 3 de l'article 3148 C.c.Q., une disposition clef qui énonce plusieurs facteurs de rattachement et qui fait l'objet d'un traitement beaucoup plus volumineux en jurisprudence. Le paragraphe 3 de l'article 3148 C.c.Q. prévoit quatre facteurs de rattachement: la faute commise au Québec, le préjudice subi au Québec, le fait dommageable s'étant produit au Québec, et lorsque l'une des obligations découlant d'un contrat devait être exécutée au Québec. En vérité, il pourrait ne s'agir que de trois facteurs de rattachement puisque la faute et le fait dommageable sont des qualifications juridiques exprimant un même ensemble de faits. C'est-à-dire, comme il est souligné dans les commentaires du ministre, le fait dommageable n'est pas nécessairement fautif. Il existe des cas où un fait peut causer un

¹³¹ REJB 1998-06356 (C.S.).

préjudice et engager la responsabilité sans que ce fait ne soit nécessairement une faute, tel que l'entend le droit civil québécois.

La Cour suprême du Canada adopte cette approche dans l'affaire *Spar Aerospace*. Elle écrit :

Si l'on veut interpréter le « fait dommageable » d'une manière conforme à l'évolution de la règle et de façon à éviter la redondance des trois autres motifs énoncés au paragraphe 3148(3), celui-ci doit se rapporter à un événement qui, donnant naissance à un préjudice, attire une responsabilité sans faute.¹³²

Le lieu de commission de la faute ou du fait dommageable peut être difficile à déterminer dans les cas où le fait dommageable ou la faute résulte d'une omission. Par exemple, dans le cas du recours collectif intenté contre Nortel mentionné plus haut, en reprochant à Nortel de ne pas avoir fourni toutes les informations qu'elle avait en sa possession et qu'elle devait fournir, on se trouve à lui reprocher d'avoir omis d'informer. Cette omission doit-elle alors être localisée au lieu où les décisions de ne pas informer ont été prises ou au lieu où ces informations auraient dû être divulguées. Dans un esprit de *common law*, l'on pourrait soulever l'argument qu'il n'y a pas de faute ou de fait dommageable à moins qu'il y ait eu un devoir d'informer, et c'est ce devoir (« duty of care ») qui constitue l'élément essentiel de l'idée de faute. C'est-à-dire qu'un geste ne peut pas être une faute ou un fait dommageable sans qu'il y ait un devoir et ce devoir ne peut être localisé que là où il est dû. Si Nortel avait le devoir d'informer les actionnaires québécois, c'est au Québec que ce devoir devait être rempli. Ceci dit, on peut également avancer que le centre décisionnel de la personne morale à qui l'on reproche une omission est le lieu duquel on pourrait s'attendre à ce que l'information ait été divulguée.

¹³² Précité, note 58, 17.

Dans *Richter & Associés Inc. c. Stolzenberg*, la Cour supérieure a rejeté une requête en exception déclinatoire contestant sa compétence territoriale en localisant une omission de la façon suivante:

The site of an omission is the place where the acts omitted ought to have been performed. In the Court's opinion there can be no more natural site for a company director to exercise his or her duties than at the Board meetings of the company in question.¹³³

Cette discussion illustre la difficulté dans la localisation de la faute et du fait dommageable. Dans la réalité toutefois, le centre décisionnel ou le siège social de la personne morale constitue un facteur de rattachement pour l'Ontario alors que le préjudice subi par les actionnaires québécois constitue un facteur de rattachement pour le Québec.

Les fautes commises sur l'Internet peuvent être encore plus difficile à localiser. Qu'il s'agisse d'un acte ou d'une omission, plusieurs états peuvent être impliqués. Le Professeur Talpis donne l'exemple suivant :

Where is the relevant act or omission where for example, the content of the information or message is negligently prepared in State A, posted on a web-site located in State B by a provider operating in State C on a server physically situated in State D, which is accessed from and relied upon in State E?¹³⁴

Ces quelques propos ne visent qu'à illustrer la problématique qui entoure la localisation de la faute ou du fait dommageable dans certaines circonstances. En raison de la complexité des litiges contemporains en matière de responsabilité civile, le rôle que pourra venir jouer la doctrine du *forum non conveniens* est capital. C'est d'ailleurs sous cette doctrine que le débat dans l'affaire du recours collectif contre Nortel devrait avoir lieu.

¹³³ REJB 1997-04001 (C.S.).

¹³⁴ J. TALPIS, « *If I am from Grand-Mère, Why am I being sued in Texas?* », *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec – United States Cross-Border Litigation*, op. cit., note 118, p. 28.

Le facteur de rattachement le plus important en matière de recours collectif est certainement celui du lieu où le préjudice est subi. En matière de responsabilité du fabricant en raison de produits défectueux ou dangereux, le lieu du préjudice peut devenir le facteur de rattachement crucial. Il n'est pas difficile d'imaginer une situation où le fabricant étranger dont le produit est conçu et fabriqué à l'étranger, n'a aucun agent ou point de vente au Québec bien que son produit y soit distribué par le biais de distributeurs indépendants. En *common law*, dès 1975 la Cour suprême du Canada décidait dans l'arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*¹³⁵ que lorsqu'une défenderesse étrangère conçoit et fabrique un produit dans une province étrangère, produit qui par les voies normales du commerce est distribué dans une autre province et que le fabricant sait ou aurait dû savoir que son produit pourrait y être utilisé, le tribunal du lieu où le demandeur subit le préjudice est en droit d'exercer sa compétence sur la défenderesse étrangère.

Cette règle de *common law* trouve son équivalent en droit québécois sous l'article 3148(3) C.c.Q. Il s'agit du lieu où le préjudice est subi. Certes la règle de *common law* fait état d'une attente de la part de la défenderesse ou d'une certaine prévisibilité alors que le facteur de rattachement tel qu'énoncé sous l'article 3148(3) C.c.Q. ne fait état que du lieu du préjudice. Si toutefois la prévisibilité ou l'attente s'avérait entièrement nulle, la doctrine du *forum non conveniens*, telle que mentionnée précédemment, pourrait venir tempérer l'effet de l'article 3148(3) C.c.Q.

Deux débats se doivent d'être mentionnés au sujet de ce facteur de rattachement. Le premier concerne l'importance du préjudice. Dans l'affaire *Spar Aérospace*¹³⁶, la partie contestant la compétence des tribunaux québécois tentait d'introduire certaines restrictions à la notion de

¹³⁵ [1975] 1 R.C.S. 393.

¹³⁶ Précité, note 58.

préjudice sous l'article 3148 C.c.Q. Plus spécifiquement, il s'agissait de restrictions quant au montant et à la nature du préjudice subi. La Cour suprême s'oppose à ces restrictions sur la base que leur analyse obligerait indûment les tribunaux à se prononcer prématurément sur le fond du litige.

La première restriction argumentée découle du caractère indirect du préjudice¹³⁷. On prétendait que le préjudice à la réputation était trop indirect ou trop symbolique pour satisfaire aux conditions d'établissement de la compétence. La réaction de la Cour fut qu'une telle qualification de la notion de préjudice commanderait une appréciation prématurée de la preuve. Au même titre, le montant réclamé à titre de dommages-intérêts, bien qu'il ne soit qu'une partie du montant total réclamé, n'empêche pas que le préjudice ait été subi au Québec. La Cour s'empresse toutefois de remarquer qu'il pourrait s'agir là d'un des nombreux facteurs à considérer dans une demande fondée sur le *forum non conveniens*. Il n'y a donc pas lieu de qualifier la notion de préjudice autrement que ce que prévoit l'article 3148(3) C.c.Q.

Le second débat, aujourd'hui entièrement réglé, est celui du préjudice subi dans le contexte d'une relation contractuelle. Le dernier facteur de rattachement prévu au paragraphe 3 de l'article 3148 C.c.Q. prévoit que les autorités québécoises sont compétentes lorsque l'une des obligations découlant d'un contrat devait être exécutée au Québec. On pourrait d'abord croire que ce facteur de rattachement couvre les scénarios contractuels alors que la faute, le préjudice et le fait dommageable concernent les situations extra-contractuelles. Ceci dit, en vertu de l'article 1458 C.c.Q., la personne qui manque à son devoir d'honorer les engagements contractés est responsable du préjudice qu'elle cause à son co-contractant. Il peut donc être dit que le préjudice

¹³⁷ *Id.*, 7.

comme facteur de rattachement peut s'appliquer tant dans les situations contractuelles qu'extra-contractuelles. C'est pour cette raison qu'on a d'abord tenté d'argumenter qu'un manque à gagner au Québec dans le contexte d'une relation contractuelle pouvait constituer un préjudice subi au Québec.

La Cour d'appel du Québec a mis fin à cet argument dans l'affaire *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*¹³⁸. Il fut jugé que le manque à gagner d'un créancier québécois en raison du refus d'un débiteur étranger d'exécuter son obligation de payer ne constituait pas un préjudice subi au Québec. De toute évidence, si l'obligation de payer devait être exécutée au Québec, le chef de compétence purement contractuel prévu à l'article 3148 C.c.Q. aurait été appliqué. Dans ce cas toutefois, le paiement n'était pas dû au Québec et le demandeur québécois ne pouvait pas du seul fait de son manque à gagner au Québec invoquer le préjudice subi au Québec comme facteur de rattachement pouvant justifier la compétence des tribunaux québécois.

Le fondement derrière cette prise de position est l'interprétation raisonnable de l'article 3148 C.c.Q. En effet, la Cour conclut que si le préjudice tel qu'entendu à l'article 3148 pouvait signifier tout appauvrissement au Québec, le demandeur québécois pourrait automatiquement, et dans tous les cas, s'adresser aux tribunaux québécois afin de faire valoir ses droits. Dans tout litige où une somme est en jeu, la partie demanderesse québécoise a un manque à gagner au Québec. Pour éviter donc que le reste de l'article 3148 C.c.Q., ou même l'article 3134 C.c.Q., soit privé d'un effet utile, la Cour restreint la notion de préjudice. Il suffirait en effet qu'un demandeur ait un compte de banque au Québec et qu'il allègue s'être appauvri pour donner

¹³⁸ [2001] R.J.Q. 966 (C.A.).

juridiction aux tribunaux québécois à l'égard d'un défendeur étranger. Cette approche a été à maintes fois reprise depuis l'affaire *Quebecor Memphis*¹³⁹.

Bien qu'il puisse être argumenté que cette position prise par la Cour d'appel ajoute au texte de l'article 3148(3) C.c.Q., nous sommes d'avis que le résultat auquel en arrive la Cour est entièrement justifié. La Cour aurait pu en venir à cette conclusion par le biais d'une application de la doctrine de *forum non conveniens* mais cette interprétation de 3148(3) C.c.Q. a pour avantage d'envoyer un message clair à l'effet que l'on ne doit pas se présenter devant les tribunaux québécois lorsque le seul rattachement avec le Québec est l'appauvrissement du demandeur québécois.

Nous en venons donc au dernier facteur de rattachement prévu au paragraphe 3 de l'article 3148 C.c.Q., celui spécifique aux situations contractuelles, soit qu'une obligation contractuelle devait être exécutée au Québec. Tel que nous l'avons déjà mentionné, une seule obligation contractuelle suffit. Cette obligation ne doit pas nécessairement, semble-t-il, constituer une obligation caractéristique ou significative du contrat. C'est plutôt au niveau de l'analyse de la doctrine du *forum non conveniens* que le caractère accessoire de l'obligation pourra faire l'objet d'un débat. L'article 3148(3) C.c.Q. mentionne bien que l'une des obligations découlant du contrat devait être exécutée au Québec et non que l'obligation en cause devait être exécutée au Québec, ou encore que l'une des obligations du contrat qui restent à être exécutées doit l'être au Québec. Ou même, encore, qu'une obligation ait été effectuée au Québec indépendamment de ce qui est prévu au contrat. Sur ce dernier point, la Cour d'appel du Québec, le 4 juillet 2002, a rendu une

¹³⁹ Voici deux exemples où cette approche fut adoptée en 2002 : *Converpro Inc. c. Laferrrière*, No. 750-05-002201-019, 18 juin 2002, (C.S.), et *Ace/Clear Défense Québec Inc. c. Martin*, No. 760-05-003080-999, 29 avril 2002 (C.S.).

décision dans l'affaire *DDH Aviation Inc. c. Fox*¹⁴⁰ dans laquelle on énonce que le contrat entre les parties est pertinent par opposition à l'exécution des obligations dans les faits. La Cour écrit :

26. ... Although it is mentioned that the Challenger Aircraft were to be refurbished, it is not alleged that it was part of the Agreement that they were to be refurbished in Quebec. Neither is it alleged that arising from the agreement Fox had a duty to perform in Quebec with respect to the refurbishing. As it turned out, only two of the eight Aircraft were brought to Dorval for that purpose, after the purchase, and apparently, according to Fox, after the date that the consulting fee should have been paid.

27. The crucial point is that there is no basis for concluding from the allegations in the Declaration, that according to Fox's Agreement with Appellants, he had an obligation to perform in Quebec. The allegation that Fox assisted with the refurbishing process does not confer jurisdiction on the Superior Court. In order to confer jurisdiction, there has to exist an obligation to perform in Quebec which arises from the agreement.

28. Indeed, if a duty on Fox to attend in Dorval (or elsewhere in Quebec) and perform services here, arises from that Agreement, his actual performance of the services might well be irrelevant, because it is the place where the obligation is to be executed which is determinative for the purpose of establishing jurisdiction rather than the mere fact of his physical presence. As a corollary, even if Fox performed services in Quebec, if he had no obligation to do so arising from the Agreement, then no jurisdiction is conferred on the Superior Court by article 3148 (3) C.C.Q.¹⁴¹

Il semblerait donc que c'est le contrat qui est pertinent par opposition à toute exécution dans les faits. Ceci dit, dans le cas d'un contrat verbal ou d'un simple bon d'achat qui ne prévoit pas les modalités d'exécution des obligations, il va de soi que la façon dont les obligations ont été exécutées dans les faits portera un poids significatif dans la détermination du lieu où devait être exécutées les obligations contractuelles.

¹⁴⁰ No. 500-09-011686-011, 4 juillet 2002, (C.A.Q.).

¹⁴¹ *Id.*, 9-10.

Qu'en est-il du fardeau de preuve dans le cadre d'un débat sur la compétence des tribunaux du Québec en vertu de l'article 3148. Lorsque le défendeur conteste la compétence d'un tribunal québécois, c'est au demandeur qu'il revient d'alléguer et de prouver les faits attributifs de compétence, et tout doute à ce sujet devra être interprété contre le demandeur¹⁴².

De toute évidence, les problématiques soulevées ci-dessus relativement aux divers facteurs de rattachement sous l'article 3148 C.c.Q. ne sont que quelques exemples des difficultés que peut soulever cette disposition. Ces exemples sont toutefois ceux qui ont occupé la jurisprudence et qui pourraient se présenter dans un contexte de recours collectif.

Comme nous le verrons sous le titre suivant, certains tribunaux d'autres provinces sont venu élargir ou même adapter leurs règles de droit international privé à la réalité du recours collectif. Ces efforts d'adaptation ont été entrepris dans des provinces pour lesquelles les règles de compétence, comme nous l'avons vu, se distinguent, à tout le moins dans l'approche, des règles prévues en droit international privé québécois. Il s'agira donc de voir dans quelle mesure l'adoption du recours collectif à portée nationale, malgré les difficultés relatives aux règles de compétence, soient-elles de nature constitutionnelle ou de droit international privé, pourra être transposée dans le contexte québécois brièvement présenté ci-dessus.

¹⁴² *Alex Co. Food International Inc. c. Van Barneveld Gouda B.V.*, REJB 1997-00521, appel rejeté le 26 octobre 1998. Voir également *Baird c. Matol Botanical International Ltd.*, [1994] R.D.J. 282 (C.A.).

III. INFLUENCE DU DROIT DES RECOURS COLLECTIF SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

Le fait d'inclure des non-résidents dans un recours collectif a fait couler beaucoup d'encre. Il faut bien comprendre que cette problématique s'inscrit à deux niveaux distincts qui ont parfois été abordés comme s'il s'agissait d'une seule et même problématique. À un premier niveau, il s'agit de l'inclusion de non-résidents dans un recours collectif sans leur consentement. La difficulté réside dans les effets extra-territoriaux d'une législation sur les recours collectifs permettant l'inclusion de non-résidents sans leur consentement. Il s'agit d'un problème qui relève davantage du droit constitutionnel et qui a déjà fait l'objet d'une discussion sous le titre premier. Cette question fait l'objet d'ajustements législatifs (formule *opt-in* en Colombie britannique par exemple) ou l'objet de décisions qui légitiment une inclusion des non-résidents selon une formule *opt-out* à condition que certaines garanties procédurales soient respectées.

Ce qui nous intéresse sous le présent titre n'est pas l'inclusion de non-résidents sous l'angle de leur consentement, mais plutôt l'inclusion de non-résidents, indépendamment de leur consentement, à un recours collectif dans une province où le tribunal n'a pas la compétence internationale requise à l'égard des non-résidents pris isolément. En d'autres termes, si nous isolions le recours des non-résidents, il ne pourrait être entendu par les tribunaux saisis en application du critère du lien réel et substantiel. Ce n'est qu'en raison de leur inclusion dans un groupe qui comprend des résidents que les tribunaux saisis s'autorisent compétence, le tout en application du critère du lien réel et substantiel tel qu'adapté à la réalité du recours collectif. C'est à cette influence du droit des recours collectifs sur le droit international privé que s'intéresse le présent titre.

Il existe des cas où le seul facteur de rattachement qui existe à l'égard de non-résidents est le fait qu'ils soient inclus dans un groupe dont une partie seulement tomberait ordinairement sous la compétence du tribunal saisi en vertu des règles de droit international privé généralement applicables.

Cette problématique fera l'objet de la partie (A) sous laquelle nous examinerons (1) les cas où les tribunaux ont autorisé des recours alors qu'ils n'avaient pas la compétence internationale requise pour entendre le recours de tous les membres pris individuellement. Nous verrons alors précisément dans quelle mesure le droit propre au recours collectif, ou la réalité du recours collectif, est venu permettre cette anomalie, s'il en est une. Nous verrons ensuite (2) dans quelle mesure le phénomène exposé ci-dessus pourrait voir le jour en droit québécois.

Sous la partie (B), nous nous pencherons sur deux questions procédurales propres au droit du recours collectif au Québec, pertinentes en matière de droit international privé: (1) la possibilité de scinder le groupe pour tenir compte des différents droits applicables et (2) le moment auquel l'absence de compétence internationale peut être soulevée.

A. COMPARAISON ENTRE L'APPROCHE CANADIENNE ET QUÉBÉCOISE

1. Cas où les tribunaux ont autorisé des personnes à se joindre comme membres d'un recours collectif alors qu'elles n'auraient pas pu, individuellement, saisir ce tribunal de leurs réclamations

La première décision qui se doit d'être mentionnée est celle de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Phillips Petroleum Co. c. Shutts*¹⁴³. Cette décision a été maintes fois reprise tant par la jurisprudence canadienne que les auteurs et constitue le point de départ de l'évolution des

¹⁴³ Précité, note 69.

règles de compétence internationale en matière de recours collectif. L'équivalent aux États-Unis du critère du lien réel et substantiel est celui du « *minimum contacts* ». La Cour suprême des États-Unis a examiné dans l'affaire *Phillips Petroleum* les effets du recours collectif sur la doctrine du *minimum contacts*. Dans cette affaire, le groupe proposé afin d'intenter un recours collectif dans l'État du Kansas incluait des demandeurs d'autres états américains, ainsi que des demandeurs étrangers. La défenderesse était incorporée au Delaware et son établissement principal était situé dans l'État d'Oklahoma. La Cour ne s'est pas objectée à la compétence du tribunal du Kansas et de l'application douteuse de la doctrine du *minimum contacts*, du moins au stade de la compétence du tribunal. C'est plutôt des inquiétudes d'ordre procédural qui ont animé l'esprit de la Cour. Cette dernière craignait davantage la situation où un demandeur non-résident se voit inclus dans le recours sans son consentement. Cette position est clairement exprimée dans le passage suivant de la décision :

A forum state may exercise jurisdiction over the claim of an absent class-action plaintiff without violating the due process clause, even though that plaintiff may not possess the minimum contacts with the forum which would support personal jurisdiction over a defendant; however, if the forum state wishes to bind an absent plaintiff concerning a claim for money damages or similar relief at law, it must provide minimum due process protection, which requires that such a plaintiff receive the best practicable notice of the pendency of the action, an opportunity to be heard and to participate in the litigation, an opportunity to remove himself or herself from the class by executing and returning an "opt out" or "request for exclusion" form to the court, and adequate representation by the named plaintiff; due process does not require that absent plaintiffs affirmatively "opt in" to the class rather than be deemed members of the class if they do not "opt out."¹⁴⁴ [nous soulignons]

À la lumière du passage, ce n'est pas tant la doctrine du *minimum contacts* qui est importante dans le contexte de recours collectifs, mais bien une protection procédurale suffisante afin que

¹⁴⁴ *Id.*, 630.

chaque demandeur reçoive une notification convenable quant à l'existence du recours, l'opportunité d'être entendu et de participer au recours, et l'opportunité de se retirer de ce recours. Le représentant doit également être en mesure d'offrir une représentation adéquate. Nous voyons donc que la préoccupation de la Cour suprême des États-Unis n'en est pas une de compétence internationale du tribunal saisi, mais bien de garantie procédurale pour les membres d'un recours collectif où qu'ils se trouvent.

La première décision au Canada adoptant une attitude similaire est celle du juge Brokenshire de la Cour de l'Ontario. Dans l'affaire *Nantais c. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.*¹⁴⁵ le groupe proposé était composé de toutes les personnes au Canada ayant subi l'implantation d'une électrode pour stimulateur cardiaque fabriquée par la défenderesse aux États-Unis. Une majorité des personnes visées résidaient en Ontario et le produit avait été mis en marché via l'Ontario. La décision ne fait pas autrement référence à cette mise en marché. Elle ne traite pas non plus de liens pouvant exister avec l'Ontario (autre que le lieu de résidence des demandeurs). L'exercice du recours est autorisé malgré l'existence de demandeurs résidant en dehors de l'Ontario; des demandeurs qui n'ont pas subi de préjudice en Ontario, qui n'ont pas fait usage du produit en Ontario, et qui poursuivent une compagnie qui, semble-t-il, n'a pas d'établissement en Ontario.

La principale objection de la défenderesse à la certification de cette classe nationale reposait sur le caractère non exécutoire d'un éventuel jugement à l'égard des non-résidents. La défense ne semble pas avoir insisté sur la compétence internationale du tribunal ontarien, elle a préféré s'attaquer au problème de compétence que les juridictions d'exécution y verraient. Aux yeux de

¹⁴⁵ Requête pour certifier le recours collectif, (1996), 25 O.R. (3d) 331 (Gen. Div.); permission d'appeler à la *Divisional Court* refusée, (1996) O.R. (3d) 347 (Div. Ct.); permission d'appeler à la Cour d'appel refusé, (1996) 7 C.P.C. (4th) 206 (Ont. C.A.).

la Cour toutefois, si les non-résidents se voient accordés l'opportunité de se retirer du recours collectif, tout doute quant à la compétence des tribunaux se trouve dissipé.

Cette approche est à bien des égards similaire à celle adoptée par la Cour suprême des États-Unis. C'est-à-dire que la préoccupation en matière de recours collectif multi-juridictionnel n'est pas celle de la compétence internationale du tribunal saisi à l'égard de tous les membres du groupe, mais plutôt l'efficacité du véhicule permettant aux membres d'un groupe de se retirer du recours. Ceci n'est pas surprenant, car ce sont les problèmes d'exécution d'un éventuel jugement qui ont été soulevés par la défense à titre d'obstacles à la certification du recours.

Le consentement d'un non-résident, via une formule *opt in* ou *opt out*, n'est toutefois pas la seule barrière à l'exécution d'un éventuel jugement. Un tribunal saisi d'une décision à exécuter devra se pencher sur l'exercice de la compétence du tribunal duquel émane la décision. Le juge Brokenshire en vient à la conclusion que si ce débat existe véritablement, il devra être tenu lors de l'exécution du jugement.

Il n'est pas surprenant que le débat ait été transposé dans une perspective d'exécution par opposition à une perspective de compétence pure et simple. En effet, l'une des façons concrètes de mettre en valeur l'importance du respect des règles de compétence internationale est d'exposer les conséquences qui en résultent lors de l'exécution. Le juge Brokenshire approche la problématique avec pragmatisme. D'abord, il ne trouve pas cette problématique mûre pour discussion. Il préfère que la question soit résolue à une étape ultérieure :

[...] If, indeed, class members outside of Ontario are free to sue despite a class judgment here, how are the defendants any worse off than if the class was limited to residents of Ontario? Would the defendants, being aware of the potential possible problem, be any worse off if non-resident class members should later argue they were not bound by a decision, than if those persons simply opted out now?

Further, is this potentially possible problem really relevant to this action? It seems to me to be something to be resolved in another action (by a non-resident class member) before another court in another jurisdiction.

[...]

[...] I do not see the possibility of a future adverse finding on jurisdiction as a present bar to certification of all affected Canadian residents.¹⁴⁶

Dans son jugement refusant le pourvoi en appel, le juge Zuber confirme l'opinion du juge

Brokenshire :

It is clear that the Ontario legislature and the Ontario courts are not simply imposing jurisdiction on non-residents. Those outside the jurisdiction who are included in the class are free to opt out in the same manner as those inside Ontario may do. Whether the result reached in Ontario court in a class proceeding will bind members of the class in other provinces who remained passive and simply did not opt out, remains to be seen. The law of *res judicata* may have to adapt itself to the class proceeding concept.¹⁴⁷

La seconde piste que le juge Brokenshire emprunte afin de contourner l'obstacle que représente la possible non exécution du jugement à venir est celle des principes élaborés dans *Morguard*.

Le juge Brokenshire nous renvoie aux propos tenus par le juge La Forest concernant la nécessité de traiter de certains problèmes avec une perspective nationale. Il est nécessaire que les tribunaux canadiens accordent aux décisions des autres tribunaux canadiens « *full faith and credit* ». Le principe de *res judicata* devra s'adapter, selon le juge Brokenshire, à la réalité du recours collectif.

Cette approche a pour effet de nuire à la possibilité d'un règlement. Il est essentiel que les parties sachent à l'égard de qui un éventuel jugement aura force de chose jugée. Un défendeur qui

¹⁴⁶ (1996) O.R. (3d) 331 (Gen. Div.), 346-347.

¹⁴⁷ (1996) O.R. (3d) 347 (Div. Ct.), 350.

accepterait de régler un litige hors cour doit savoir exactement qui est visé par le jugement qui entérine une entente.

Le jugement dans l'affaire *Nantais* est suivi par celui dans *Carom c. Bre-X Minerals Ltd.*¹⁴⁸ Dans cette affaire, le recours collectif que l'on tente de faire certifier vise un groupe de compagnies, leurs dirigeants, les courtiers, les compagnies de cautionnement ayant fait la promotion de la vente des actions de Bre-X, ainsi que certains analystes financiers. La description du groupe inclut tous les investisseurs canadiens ayant transigé des actions de Bre-X sur le marché canadien. Le juge Winkler de la Cour de l'Ontario conclut que des non-résidents peuvent être inclus dans un groupe sujet aux considérations constitutionnelles élaborées dans *Morguard et Hunt*¹⁴⁹.

[...] To the contrary, the absence of a provision limiting its application to Ontario residents permits the inclusion of any person with a right of action, regardless of the location of his or her residence, in the class, *subject to the constitutional considerations dealt with below.*¹⁵⁰

Le juge Winkler semble accepter que la certification du groupe est sujette à l'application du critère du lien réel et substantiel. Cette analyse est toutefois conduite globalement sans établir de distinctions entre résidents et non résidents. Puisqu'il existe un lien réel et substantiel entre les résidents et le *for* saisi, la Cour conclut qu'elle a compétence à l'égard de tous les membres.

Les corporations défenderesses étaient soit des corporations ontariennes, soit des corporations possédant des filiales en Ontario ou faisant affaires à l'intérieur de la province. Au surplus, les actions de Bre-X sont aussi échangées sur le marché de la bourse de Toronto. Les maisons de

¹⁴⁸ (1999), 43 O.R. (3d) 441 (Gen. Div.).

¹⁴⁹ *Id.*, 447.

courtage ayant disséminé l'information corporative ont leur siège social à Toronto. Dans ces circonstances, il semblerait que les tribunaux ontariens aient effectivement eu compétence indépendamment du lieu de résidence des demandeurs, même pris individuellement. Ceci dit, l'analyse succincte de la Cour n'indique pas une approche où l'on tente de s'assurer de la compétence internationale pour chacun des membres du groupe, mais laisse plutôt entrevoir une approche globale évoquant des liens de rattachement applicables à l'ensemble du groupe.

Il ne ressort pas clairement de la décision ontarienne dans l'affaire *Bre-X* que l'analyse du lien réel et substantiel doit être appliquée à chacune des parties prises individuellement, par opposition au groupe pris comme un tout. Tel que noté par le professeur Glenn dans son commentaire de l'arrêt *Bre-X*¹⁵¹, le jugement américain dans l'affaire *Bre-X* insiste, à l'inverse, sur la divisibilité du groupe et la nécessité que la compétence soit établie pour chacune des relations de nature juridique existant entre les membres pris individuellement et les défenderesses.

L'approche globale qui n'apparaît que subtilement dans l'affaire *Bre-X* au Canada se trouve plus clairement appliquée lors de la certification d'un autre recours collectif à portée nationale, l'affaire *Webb c. K-Mart*¹⁵². Le groupe était formé d'employés canadiens congédiés des magasins K-Mart, à l'exclusion des employés de la Colombie britannique et du Québec. La compagnie défenderesse était incorporée en Nouvelle-Écosse sans que ce lieu ne reflète la réalité de l'activité de l'entreprise et possédait des places d'affaires partout au Canada. Au motif que la

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ GLENN, *loc. cit.* note 1, 282.

¹⁵² Requête pour certifier le recours collectif, (2000) 45 O.R. (3d) 389 (S.C.); demande d'autorisation d'appel refusé, [1999] O.J. No. 3286 (S.C.).

moitié des magasins fermés étaient en Ontario et vu l'absence de législation sur le recours collectif dans les autres provinces, la Cour adopte une approche globale et certifie un recours collectif pour tous les employés canadiens, incluant des non-résidents qui n'ont jamais été employés par des magasins K-Mart en Ontario. On ne considère donc pas la situation individuelle des membres du groupe. On considère plutôt le groupe comme un tout duquel ressort certains facteurs de rattachement avec l'Ontario.

Dans l'affaire *Harrington c. Dow Corning Corp.*¹⁵³, certaines compagnies américaines distribuaient au Canada leurs produits, des implants mammaires. La Cour d'appel de la Colombie britannique en est venue à la conclusion que les femmes non-résidentes de la Colombie britannique ayant souffert du produit en cause pouvaient être parties à un recours collectif intenté en Colombie britannique. Selon la majorité de la Cour d'appel, cette décision est conforme aux principes de droit international privé bien que ceux-ci aient été transformés pour tenir compte de la réalité du recours collectif. Le juge Huddart énonce à ce sujet :

New types of proceedings require reconsiderations of old rules if the fundamental principles of order and fairness are to be respected. To permit what the appellants call "piggy backing" in a class proceeding [i.e., plaintiffs outside British Columbia joining a resident class] is not to gut the foundation of conflict of laws principles. Rather, as I have tried to explain, it is to accommodate the values underlying those principles. To exclude those respondents who do not reside in British Columbia from this action because they have not used the product in British Columbia would, in these circumstances, contradict the principles of order and fairness that underlie jurisdictional rules.¹⁵⁴

Dans ce cas, les défenderesses n'ont aucun établissement en Colombie britannique, et les non-résidentes n'ont jamais acheté ou utilisé le produit en Colombie britannique. Il n'existe donc,

¹⁵³ (2000), 82 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.).

¹⁵⁴ *Id.*, au para. 99.

semble-t-il, aucun lien entre la Colombie britannique, les défenderesses et les non-résidentes. On s'en remet toutefois, tel que l'indique la citation, aux principes d'ordre et d'équité qui sous-tendent les règles de compétence et le critère du lien réel et substantiel.

Cette approche est tout à fait extraordinaire puisque l'exigence du lien réel et substantiel est elle-même fondée sur les principes d'ordre et d'équité. Les principes d'ordre et d'équité invoqués par la Cour d'appel de la Colombie britannique semblent être porteurs d'autres valeurs, des valeurs propres au recours collectif telles qu'offrir une plus grande accessibilité à la justice et donner ouverture à la procédure du recours collectif pour des Canadiens qui n'auraient pas autrement accès à cette procédure. Ce passage est d'autant plus mystérieux en ce que des principes fondamentaux qui sous-tendent l'exigence constitutionnelle du lien réel et substantiel sont employés afin d'adoucir cette exigence pour favoriser l'épanouissement d'un véhicule procédural.

C'est dans ce passage que l'on comprend toute la force du droit propre au recours collectif. Ce droit à prime abord procédural découlerait directement des principes d'ordre et d'équité. En l'absence de quelque hiérarchie entre les valeurs propres au recours collectif et l'exigence d'un lien réel et substantiel, il est devenu impossible de prévoir les limites territoriales du recours collectif. La Cour d'appel de la Colombie britannique ne prétend pas qu'une analyse de la compétence internationale ne devrait pas être entreprise. Elle est plutôt d'avis, comme l'écrit le juge Huddart, que l'existence d'un recours collectif ne peut être ignorée dans la détermination de la compétence internationale d'un tribunal. Selon la Cour, l'existence du recours collectif « *may*,

*depending on the nature of the cause of action and the certified common issues, provide a sufficient connection to justify a claim to jurisdiction. »*¹⁵⁵.

Il semblerait que la Cour d'appel de la Colombie britannique considère le Canada comme une seule entité lorsqu'un recours collectif est en cause. Le juge Huddart écrit :

When a manufacturer puts a product into the marketplace in any province in Canada, it must be assumed that the manufacturer knows the product may find itself anywhere in Canada if it is capable of being moved. [...] By the action of sale, the manufacturer risks an action in any province. In these circumstances, there can be no injustice in requiring a manufacturer to submit to judgment in any province.¹⁵⁶

À la lecture de ce passage, on a l'impression que ce n'est pas seulement les principes d'ordre et d'équité qui font du recours collectif une considération capable de venir bouleverser le droit international privé mais également le fédéralisme canadien et la réalité du commerce national. Les tribunaux de la Colombie britannique ne souhaitent pas entièrement éliminer les exigences de droit constitutionnel, ils tentent plutôt d'en suggérer une application souple dans le contexte du recours collectif, et ce tant en raison des principes d'ordre et d'équité qu'en raison de la réalité de la fédération canadienne.

Cette approche, bien que plus subtile, est plus élaborée que celle des affaires *Nantais*, *Bre-X*, et *K-Mart*. Elle nous renvoie toutefois à une même solution. L'existence de questions communes entre résidents et non-résidents devient un facteur de rattachement suffisant entre non-résidents et la juridiction du tribunal saisi. La décision dans *Harrington c. Dow Corning Corp.* a fait l'objet d'une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada concernant entre

¹⁵⁵ *Id.*, au para. 96.

¹⁵⁶ *Id.*, au para. 92.

autres la possibilité d'inclure des membres qui n'ont subi aucun préjudice en Colombie britannique. Cette demande d'autorisation a été rejetée par la Cour suprême du Canada.

La Cour d'appel de la Colombie britannique, en concluant qu'il n'y avait aucune raison de tenir le débat factuel dans diverses provinces si ce débat pouvait être tenu en Colombie britannique est venu affirmer que l'existence de questions communes pouvait suffire à établir un lien réel et substantiel avec la Colombie britannique. Lorsque les défenderesses font valoir que la certification d'une classe nationale les privait du droit de défendre leur cause séparément dans diverses provinces, la Cour a jugé que si ce préjudice en est véritablement un, il est surpassé par l'avantage que représente pour les membres du groupe la possibilité de voir juger une question complexe qui ne peut être que décidée à coûts élevés. C'est donc un objectif traditionnellement associé au recours collectif qui vient assouplir l'exigence constitutionnel du lien réel et substantiel.

La Cour d'appel explique de quelle façon l'assouplissement de l'exigence d'un lien réel et substantiel s'opère :

Nitsuko, supra and *Con Pro, supra*, clearly state that this court has no jurisdiction over non-resident claims standing alone. However, those decisions do not address the problem of mass tort claims spreading across provincial lines which raise the same issue of liability. The common issue in this case has already been defined: "Are silicone gel breast implants reasonably fit for their intended purpose?" Does that common issue establish a "real and substantial connection" sufficient to found jurisdiction over claims otherwise beyond this court's jurisdiction?

[...]

It is that common issue which establishes the real and substantial connection necessary for jurisdiction.¹⁵⁷

Dans l'affaire *Wilson c. Servier*¹⁵⁸, un groupe national est également certifié. Il s'agit d'une action en dommages contre le fabricant d'un médicament. Le groupe était formé de toutes les personnes ayant consommé le médicament au Canada (à l'exclusion des résidents du Québec où des recours collectifs avaient déjà été intentés). Approximativement la moitié des demandeurs résidaient en Ontario et le médicament en question avait été distribué à travers le Canada. La défenderesse était une compagnie française. Consciente de l'inexistence d'un lien entre la personne non-résidente qui consomme le produit de la compagnie française et l'Ontario, le juge Cumming fonde le lien réel et substantiel entre l'objet du litige et la province de l'Ontario sur le seul fait que les membres non-résidents ont une question commune avec celle soulevée par les membres ontariens. De nouveau, le critère du lien réel et substantiel est appliqué dans le contexte du recours collectif de façon globale par opposition à individualisée.

Il est intéressant de noter la façon dont le juge Cumming utilise les principes constitutionnels élaborés par la Cour suprême pour assouplir l'exigence constitutionnel du lien réel et substantiel. Le juge Cumming fait observer que dans l'arrêt *Morguard*, la Cour suprême avait avancé que la richesse, le talent et les individus circulaient à travers les frontières d'une façon équitable et ordonnée et, conséquemment, que le principe de la courtoisie devait être ajusté à la lumière de ce nouvel ordre économique. Tant et aussi longtemps qu'il existe un lien réel et substantiel découlant de la participation des membres résidents, il est conforme avec le principe de la

¹⁵⁷ *Id.*, 29.

¹⁵⁸ [2000] O.J. No. 3392 (S.C.).

courtoisie que les tribunaux ontariens puissent prendre compétence afin de juger d'un recours collectif à portée nationale. Le juge Cumming écrit :

The CPA recognizes and affirms the court's inherent jurisdiction to include non-resident claimants within an Ontario action where jurisdiction in respect of that action is rooted constitutionally, as in the case at hand, i.e., where there is a real and substantial connection between the subject matter of the action and the representative plaintiff and Ontario class members.¹⁵⁹

Il est évident de cette citation que le test du lien réel et substantiel ne sera conduit qu'à l'égard des membres résidents dans la province du tribunal saisi et que la compétence sur les non-résidents sera étendue sur la base de la nature unique du recours collectif. Le juge Cumming ajoute :

Increasing demands for access to justice, litigation convenience and judicial economy, especially with the advent of multi-province class proceedings, provide a strong practical impetus and sound reason to create a "national class" where appropriate in an Ontario class action. This is the sensible way to deal with the 'common issues' that arise with respect to the distribution of allegedly defective products and services throughout Canada.

This procedural approach accords with the public policies of access to justice, judicial economy and deterrence of wrongful conduct for all Canadians. Hence, the creation of a national class is consistent with, and in furtherance of, the principles of comity, order and fairness.¹⁶⁰

En somme, donc, le lien réel et substantiel s'évalue entre le litige et les membres résidents dans la province du tribunal saisi. La relation entre cette approche et le principe de la courtoisie demeure, de notre humble avis, obscure.

¹⁵⁹ *Wilson c. Servier* [2002] O.J. No 2032 (S.C.).

¹⁶⁰ *Id.*, aux paras 64-65.

La compétence des tribunaux à l'égard des résidents ontariens majoritaires suffirait pour étendre cette compétence aux membres non-résidents. On reconnaît toutefois que si un recours collectif est initié et autorisé dans les autres provinces connaissant le recours collectif, le recours autorisé dans ces provinces aura préséance pour les résidents de cette province¹⁶¹. La Cour suprême du Canada n'a pas autorisé l'appel de cette décision.

Plusieurs autres décisions ont par la suite autorisé des recours collectifs à portée nationale où l'existence de questions communes pouvait servir de lien réel et substantiel aux fins de l'analyse de la compétence internationale du tribunal saisi. Dans ces décisions, on ne semble parfois même plus s'attarder à la question de compétence vu la notoriété qu'ont acquies des décisions telles *Nantais* et *Harrington*. À titre d'exemple nous renvoyons le lecteur aux décisions suivantes : *Hoy c. Medtronic*¹⁶², *McDougall c. Collinson*¹⁶³ et *Elms c. Laurentian Bank of Canada*¹⁶⁴.

Qu'en est-il de l'application de la doctrine de *forum non conveniens* dans le cadre de recours collectifs? Dans l'affaire *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-Laroche Ltd.*¹⁶⁵, les défenderesses, en plus de contester la juridiction des tribunaux ontariens, ont invoqué que ces derniers étaient *forum non conveniens*. Il s'agissait, pour la plupart de ces défenderesses, de compagnies basées à l'étranger. Dans son analyse de la doctrine de *forum non conveniens*, le juge Cumming a considéré les facteurs de rattachement de l'action en Ontario, mais a surtout considéré la disponibilité de la procédure du recours collectif en Ontario, un avantage juridique qui aurait été perdu si l'action devait être entendue devant un autre forum. Il est donc possible de

¹⁶¹ Précité, note 158, 244.

¹⁶² 91 B.C.L.R. (3d) 352.

¹⁶³ [2000] B.C.J. No. 571.

¹⁶⁴ [2001] B.C.J. No. 1284.

dire que le la réalité du recours collectif est venu, dans ces circonstances, influencer l'application de la doctrine du *forum non conveniens*.

Cette approche entre en flagrante contradiction avec celle adoptée par la Cour Supérieure du Québec dans l'affaire *Cambior* discuté sous le titre précédent. Dans cette affaire, on avait jugé que l'existence d'un véhicule procédural plus avantageux dans une province ne pouvait constituer un avantage juridique aux fins de l'analyse de la doctrine de *forum non conveniens*. Il fallait démontrer que le forum alternatif n'allait pas permettre que justice soit rendue. Le juge Cumming a reconnu que le droit international privé, et plus précisément le droit relatif à la compétence internationale des tribunaux doit être plus souple en matière de recours collectif lorsque des défenderesses transigent à une échelle mondiale et possèdent des clients à travers tout le Canada.

Dans une autre affaire, *Ontario New Home Warranty Program c. General Electric Co.*¹⁶⁵, le juge Winkler a également rejeté la requête de la défenderesse sur la base de la doctrine de *forum non conveniens*. Le forum alternatif considéré dans cette cause était une cour aux États-Unis où un recours collectif avait déjà été intenté. C'est un tuyau installé dans les nouvelles maisons en Ontario qui faisait l'objet du litige. La défenderesse était la fabricante d'un des produits desquels les tuyaux étaient fabriqués. La défenderesse était basée aux États-Unis et vendait son produit aux États-Unis à d'autres fabricants basés aux États-Unis. La preuve ainsi que les témoins de la défenderesse se trouvaient tous aux États-Unis. D'un autre côté, les demandeurs ontariens avaient subi un préjudice en Ontario. Le juge Winkler en est arrivé à la conclusion que les

¹⁶⁵ [2002] O.J. No. 298 (S.C.).

¹⁶⁶ (1998) 36 O.R. (3d) 787 (Gen. Div.).

tribunaux ontariens constituaient un forum approprié. Pour en arriver à cette décision, la Cour a considéré le fait que la demande est un recours collectif comme un élément pertinent bien que non déterminant dans sa décision de rejeter la requête de la défenderesse. La Cour écrit :

This class proceeding by its very nature, involving as it does the claims of thousands of Ontario residents, must have a real and substantial connection to this jurisdiction. While GE has also demonstrated a connection between the claim and the foreign jurisdiction, in my view, based on all the evidence before me, the U.S. cannot be said to be clearly more appropriate than the forum chosen by the plaintiff.¹⁶⁷

Le fait que des milliers de résidents ontariens avaient semble-t-il subi un préjudice en Ontario venait renforcer le lien réel et substantiel avec la province saisie. Ce fut le choix de groupe, soit tous les résidents ontariens, qui, de façon importante, est venu établir l'existence d'un lien réel et substantiel avec l'Ontario. Si une action individuelle avait été intentée, il n'est pas évident que la situation aurait été la même, surtout considérant les liens étroits entre la défenderesse et les États-Unis et l'absence de lien avec l'Ontario. Il semblerait donc que le recours collectif soit à lui seul un facteur pertinent dans le cadre d'une analyse de la doctrine du *forum non conveniens*, soit sous le critère d'avantage pour les parties ou encore le critère de l'importance des liens de rattachement.

En somme, les quelques jurisprudences discutées ci-dessus nous permettent de tirer les conclusions suivantes. L'existence d'une question commune entre les membres résidents et non-résidents de la province saisie du litige suffirait pour donner compétence aux tribunaux de cette province. Il s'agit donc dans un premier temps de faire la preuve d'un lien réel et substantiel entre les réclamations des membres résidents et la province à trancher le différend. Suivant une

¹⁶⁷ *Id.*, au para. 29.

telle preuve, il suffira de démontrer qu'il existe une ou des questions communes entre les membres résidents et non-résidents. Dans l'affirmative, le *for* saisi du litige pourra exercer sa compétence à l'égard de tous les membres du groupe, incluant les non-résidents.

Pour en arriver à une telle conclusion, à tort ou à raison, les tribunaux ont trouvé le soutien nécessaire dans les affaires *Moran c. Pyle*, *Morguard* et *Hunt*. Nous soumettons que l'utilisation de ces arrêts n'est qu'une façon de justifier la certification de certains recours collectifs à portée nationale, mais que ce sont en vérité des considérations pratiques propres au droit du recours collectif qui orientent véritablement les tribunaux.

Les arrêts *Moran c. Pyle*, *Morguard* et *Hunt* ont été les victimes d'une application douteuse. Les arrêts *Morguard* et *Hunt* sont limpides à l'effet que, pour qu'il y ait reconnaissance et exécution de jugement entre provinces, le tribunal ayant rendu le jugement doit avoir exercé sa compétence de façon raisonnable et appropriée. La question de la compétence internationale du tribunal ne peut dans ces circonstances que se poser au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Les tribunaux ont un devoir en vertu de ces arrêts de n'exercer leur compétence que de façon appropriée et raisonnable, d'où l'élaboration du critère du lien réel et substantiel. De suggérer que la question de la compétence internationale peut être laissée pour détermination ultérieure par une autre cour dans une autre province nous semble tout à fait contraire aux arrêts *Morguard* et *Hunt*.

Dans l'arrêt *Moran c. Pyle*, la Cour suprême s'est penchée sur la compétence internationale d'un tribunal à l'égard d'une défenderesse non-résidente. Elle a reconnu que le préjudice subi par la demanderesse dans la province du tribunal saisi pouvait constituer un lien réel et substantiel et justifier la compétence internationale de ce tribunal, le tout à condition qu'il ait été prévisible que les produits de la défenderesse soient distribués dans la province saisie. Cette situation est bien

différente de demandeurs non-résidents partie à un groupe qui n'ont aucun rattachement pris individuellement à la province saisie. Dans *Moran c. Pyle* le préjudice a été subi dans la province saisie.

Nous avons mentionné que les facteurs qui ont influencé les tribunaux découlent véritablement de considérations propres au droit du recours collectif. Ces considérations ont été résumées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centers Inc. c. Dutton*.

1. By aggregating individual actions, class actions served judicial economy by avoiding unnecessary duplication in fact finding and legal analysis.
2. By allowing fixed litigation costs to be divided over a large number of plaintiffs, class actions improve access to justice by making economical the prosecution of claims that would otherwise be too costly to prosecute individually;
3. Class actions serve as a deterrent by insuring that actual and potential wrongdoers do not ignore their obligations to the public.¹⁶⁸

Bien que les tribunaux tentent de façonner leurs décisions en des termes qui tiennent compte des principes de droit constitutionnel et de droit international privé, les véritables motifs justifiant l'endossement d'un recours collectif multi-juridictionnels ne sont ni des principes de droit international privé ni des principes de droit constitutionnel, mais bien une considération des objectifs ci-dessus exposés.

Ce subterfuge distingue l'approche canadienne de l'approche américaine. Les tribunaux américains n'ont pas tenté de façonner ou de revoir la notion de « minimum contacts » de façon à

¹⁶⁸ [2001] 2 R.C.S. 534, aux paras. 26 à 29.

ce qu'elle puisse tenir compte de la réalité du recours collectif. Les tribunaux américains ont accepté qu'il pouvait ne pas y avoir de « minimum contacts » pour les non-résidents partie à un groupe et, que dans ces cas, il ne s'agissait que de dispenser le recours de cette exigence et d'écarter les règles traditionnelles de compétence internationale au profit de considérations pratiques. Toujours dans un esprit de protection des membres du groupe absents, les considérations pratiques ne sont pas confondues avec les notions de compétence internationale, c'est-à-dire qu'elles ne viennent pas influencer l'analyse de droit international privé que ce soit au stade de la compétence ou de la doctrine de *forum non conveniens*. Les tribunaux américains ont préféré reconnaître que les principes traditionnels de droit international privé n'étaient pas adaptés à la réalité du recours collectif.

2. L'approche des tribunaux québécois en matière de recours collectif à portée nationale¹⁶⁹

Ce n'est pas un hasard qu'aucune des décisions discutées jusqu'à présent n'émane du Québec. Comme nous le verrons, l'approche québécoise à ce jour emprunte une voie différente. La première affaire impliquant un recours collectif multi-juridictionnel date de 1980. Il s'agit de

¹⁶⁹ Voir généralement sur le recours collectif : L. DUCHARME & Y. LAUZON, *Le recours collectif québécois : Code de procédure civile du Québec et Loi sur le recours collectif annotés et commentés*, Cowansville, Yvon Blais, 1988. P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996, Y. LAUZON, *Le recours collectif*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996, Y. LAUZON, *Le recours collectif*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Développement récents sur les recours collectifs (2001) Cowansville, Yvon Blais, 2001, Développement récents sur les recours collectifs (1999), Cowansville, Yvon Blais, 1999, K. DELANEY-BEAUSOLEIL, « Le recours collectif et l'État », dans Acte de la XIV^e Conférence des juristes de l'État, Cowansville, Yvon Blais, 2000, L. L'HEUREUX, « Proposition d'un recours collectif pour la Cour fédérale du Canada », (1997) 11 R.J.U.L. 87; R. ROGERS, « Vers une loi uniforme sur les recours collectif », dans Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada : Compte-rendu de la soixante-dix-septième réunion annuelle, Ottawa, 1995, Annexe O, A. PRUJINER et J. ROY, Les recours collectif en Ontario et au Québec, Actes de la Première Conférence Yves Pratte, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, M. BEAUMIER, « Le recours collectif au Québec et aux États-Unis », (1987), 18 R.G.D. 775, M. BOUCHARD, « L'autorisation d'exercer le recours collectif », (1980) 21 C. de D. 885, D. DUSSAULT, « Une nouvelle législation : la Loi sur le recours collectif », (1979) Assurances 345, D. FERLAND, « La Cour suprême et les conditions d'autorisation de l'exercice du recours collectif », (1981) 41 R. du B. 485.

l'affaire *Werner c. SAAB-Scania AB*¹⁷⁰. Dans cette affaire, l'on demandait d'exercer un recours collectif pour le compte de toutes les personnes ayant acheté au Canada une voiture neuve de marque SAAB fabriquée par SAAB Scania et affectée de vices cachés. SAAB Scania n'avait aucune place d'affaires connue au Québec et son siège social se situait en Suède. À l'époque, l'analyse de la compétence internationale des tribunaux québécois s'effectuait en vertu de l'article 68 du *Code de procédure civile*. Il devait être démontré non seulement que préjudice avait été subi au Québec, mais également que toute la cause d'action avait pris naissance au Québec. Les tribunaux québécois ont jugé qu'ils n'avaient pas compétence pour trancher ce litige. La Cour supérieure apporte certaines précisions relativement à la possibilité d'inclure des non-résidents dans le recours :

À mon avis, un recours collectif peut être exercé pour le compte de personnes non domiciliées au Québec, mais en autant que chacune d'elles démontre que la cause d'action quant à elle a pris naissance au Québec ou que son contrat a y été conclu (sic). Dans la présente affaire, le requérant veut représenter les acheteurs au Canada sans alléguer, quant à ceux qui ont conclu leur achat hors Québec, que la cause d'action est née au Québec. **[nous soulignons]**¹⁷¹

Dans cette affaire, les tribunaux québécois ne pouvaient avoir compétence à l'égard des non-résidents et ce, bien qu'ils aient compétence pour entendre le recours des résidents. Il n'est même pas envisagé qu'au nom du droit du recours collectif, un tribunal puisse étendre l'application de l'article 68 C.p.c. à des non-résidents sur la base que l'existence de questions communes avec les résidents constitue un facteur de rattachement avec le Québec. Il est clair à la lumière de la citation ci-dessus que la preuve de la compétence des tribunaux du Québec doit être faite à l'égard de chacun des membres du groupe et ce, de manière individualisée en fonction des

¹⁷⁰ J.E. 82-277 (C.A.), confirmant [1980] C.S. 798.

¹⁷¹ [1980] C.S. 798, 801.

facteurs de rattachement prévus à l'époque à l'article 68 C.p.c. La Cour d'appel a confirmé ce jugement sans toutefois se prononcer sur la composition du groupe proposé.

La seconde décision en la matière est celle rendue par la Cour d'Appel dans *Proulx c. Pyzer*¹⁷². Le groupe cherchant à exercer un recours collectif était composé de tous les employés de Skylark Holidays Ltd., au jour de sa faillite. Le recours collectif était dirigé contre les administrateurs de cette compagnie en réclamation des créances pour salaires, déboursés, commissions et indemnités de vacances. La Cour supérieure a rejeté la requête en autorisation au motif, entre autres, qu'il n'avait pas la compétence internationale requise pour trancher le litige. En application à nouveau de l'article 68 C.p.c., la Cour trouve qu'elle n'a pas compétence en raison du fait que les administrateurs n'ont ni domicile, ni résidence, ni place d'affaires au Québec. À la lecture de la décision, on ignore si les membres du groupe sont tous résidents ou si le groupe inclut des non-résidents. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour ne tente pas d'assouplir la question de l'article 68 C.p.c. Au contraire, elle sanctionne son application dans toute sa rigidité.

Dans l'affaire *Masson c. Thompson*¹⁷³, la Cour supérieure a autorisé l'exercice d'un recours collectif par un groupe formé de résidents et de non-résidents du Québec contre les administrateurs d'une compagnie en faillite. Des trois administrateurs, deux résidaient en Ontario et un en Californie. Ceci dit, en application de l'article 68 C.p.c., la Cour trouve que toute la cause d'action a pris naissance au siège social de la compagnie en faillite, soit Montréal. La Cour précise au surplus que la cause d'action a pris naissance pour tous les membres du groupe, résidents ou non, au siège social de la compagnie, à Montréal. La Cour s'exprime dans les termes

¹⁷² [1985] R.D.J. 47 (C.A.).

¹⁷³ [1995] R.J.Q. 329 (C.A.); [1994] R.J.Q. 1032 (C.S.); J.E. 92-337 (C.S.).

suivants :

Il est évident du dossier que les employés formant le groupe, étaient à l'emploi de la compagnie dont les intimés étaient les administrateurs. Cette compagnie, tel que susdit, avait son siège social dans le district judiciaire de Montréal et administrait de là l'ensemble de ses affaires. Ne peut-on dire alors qu'elle y avait établi le lieu contractuel l'unissant à chacun de ses employés, où qu'ils exercent leurs fonctions à travers le Canada ?

[...]

C'est du siège social de la société commerciale, employeur des personnes voulant se regrouper pour les fins du présent recours et qui est le lieu du domicile de cette société commerciale, que prirent effet les décisions qui en définitive ont donné ouverture à l'obligation légale dont requière l'exécution, la requérante et ceux qu'elle veut représenter.¹⁷⁴

Il découle donc de l'ensemble de ce qui précède, la conclusion que toute la cause d'action dans la présente affaire, a pris naissance dans le district judiciaire de Montréal pour tous les employés où qu'ils exercent pour la société au Canada. Partant, selon l'article 68 du Code de procédure, la Cour supérieure du district judiciaire de Montréal a juridiction.¹⁷⁵ **[nous soulignons]**

Il ressort de ces passages que les tribunaux québécois exigeront que chacun des membres du groupe, pris individuellement, ait un recours tombant sous la compétence internationale des tribunaux québécois.

Finalement, la décision *Cambior*¹⁷⁶ dont nous avons amplement discuté dans le cadre de la doctrine de *forum non conveniens* s'éloigne à sa façon de la tendance notée en Ontario et en Colombie britannique en matière de *forum non conveniens*. La Cour supérieure du Québec ne considère pas que l'existence de la procédure du recours collectif puisse constituer dans l'analyse de la doctrine du *forum non conveniens* un avantage pour une partie. Cette analyse de l'avantage

¹⁷⁴ J.E. 92-337 (C.S.), 14.

¹⁷⁵ *Id.*, 15.

¹⁷⁶ Précité, note 97.

pour une partie se veut stricte en ce qu'elle se limite à évaluer si le forum alternatif puisse rendre justice. Au contraire, nous avons vu que la possibilité de faire profiter la procédure du recours collectif à des non-résidents ne trouvant pas dans leur province cette procédure peut constituer un critère déterminant tant dans l'analyse de la compétence internationale du tribunal que dans une analyse sous la doctrine du *forum non conveniens*. Notons également dans *Cambior* que l'article 3148 C.c.Q. a été appliqué avec rigueur par la Cour supérieure du Québec sans qu'il soit nécessaire d'y apporter quelque altération en raison de la réalité du recours collectif.

Rien dans la jurisprudence québécoise à ce jour ne laisse croire que le droit international privé québécois et, plus précisément, les règles de compétence internationale ne subiront des modifications dans le contexte d'un recours collectif. Rien dans le *Code civil* ou le *Code de procédure civile* ne suggère une telle avenue.

Une toute autre approche favoriserait le désordre et l'incohérence au sein de cette structure. Une structure qui est chère non seulement à l'approche civiliste, mais également au droit international privé moderne qui trouve sa source dans les principes d'ordre et d'équité. L'ordre suggère le respect de l'existence d'un lien réel et substantiel véritable et non la création de fiction pour y arriver. Quant à l'équité, elle suggère le respect des droits des deux parties et non seulement le principe de l'accessibilité à la justice à tout prix.

Peut-être en raison du fait que les critères du lien réel et substantiel ne sont pas directement appliqués en droit québécois, le fait qu'une majorité des membres d'un groupe soient résidents de la province saisie ne saurait conférer compétence aux tribunaux québécois pour entendre le litige dans son ensemble. La véritable distinction qui existe entre l'approche des tribunaux ontariens et de la Colombie britannique par rapport aux tribunaux québécois repose sur l'analyse du critère du lien réel et substantiel sur l'ensemble du groupe ou du recours par opposition à une

analyse pour chacun des membres du groupe. L'avantage de la seconde approche est de ne pas remettre au stade de la reconnaissance et de l'exécution le débat sur la compétence internationale des tribunaux et permettre ainsi à la défenderesse de connaître l'étendue de sa vulnérabilité dans le cas d'un règlement ou d'un éventuel jugement.

L'approche de la Colombie britannique et de l'Ontario a, quant à elle, l'avantage de favoriser l'atteinte des objectifs propres au recours collectif, tels qu'exposés dans la décision *Western Canadian Shopping Center*¹⁷⁷.

Quelle approche dans ces circonstances privilégier? L'approche de l'Ontario et de la Colombie britannique ne s'avère pas à ce jour dramatique. La certification presque assurée d'un recours collectif à portée nationale peut avoir pour effet de mener à des règlements pancanadiens moins coûteux. Les craintes de désordre et de difficultés au stade de la reconnaissance et de l'exécution tardent en vérité à se matérialiser. Il s'agit possiblement, malgré la confusion théorique, d'une approche dont le pragmatisme n'a pas ébranlé les transactions commerciales au Canada. Ajoutons à cela que les tribunaux de l'Ontario et de la Colombie britannique n'ont aucune difficulté à soustraire les non-résidents d'un groupe advenant qu'un recours collectif soit intenté au nom de ceux-ci dans leur propre province. Dans les faits donc, cette première approche semble fonctionner. Il est toutefois difficile pour un civiliste d'admettre ce chaos théorique.

L'approche québécoise réserve aux recours collectifs un rôle social sans toutefois lui accorder le statut de droit substantif. Elle reconnaît le recours collectif pour ce qu'il est : un véhicule procédural. Les objectifs sociaux que le législateur québécois entendait poursuivre en instaurant la procédure du recours collectif s'en trouvent-ils réduits? Nous ne le croyons pas car ces

objectifs n'avaient probablement pas des aspirations plus grandes que le territoire québécois. Il semble que l'influence du fédéralisme canadien n'est pas au Québec ce qu'il est en Ontario.

Les distinctions entre les deux approches vont également au-delà de l'application des règles de droit international privé. C'est-à-dire que l'importance accordée aux considérations pratiques dans la certification ou l'autorisation d'un recours collectif n'occupe pas le même espace. Si l'approche ontarienne à l'égard des classes nationales telles que décrites plus haut laisse croire qu'il n'existe aucun frein à la certification du recours collectif à portée nationale, il se doit d'être noté que ces mêmes tribunaux ont les outils nécessaires afin de pallier aux effets trop pervers d'une telle entreprise. C'est-à-dire que les tribunaux ontariens et de la Colombie britannique peuvent tenir compte de considérations pratiques, qu'il s'agisse de saine administration de la justice ou encore de praticabilité du recours collectif, dans l'exercice de leur discrétion afin de refuser la certification. Le droit du recours collectif québécois ne permet pas cette même latitude alors que des considérations telles que le caractère approprié du recours collectif ne servent pas de critère d'autorisation. Les tribunaux québécois doivent s'en remettre exclusivement aux critères énoncés à l'article 1003 C.p.c.

Dans le cadre d'un recours collectif à portée nationale difficile à gérer, il pourrait ne rester aux tribunaux québécois que la compétence internationale pour parer à la complexité d'un recours collectif à portée nationale. L'une de ces complexités est la gestion de divers droits applicables. Cette question fera spécifiquement l'objet de l'une des deux sections sous la partie suivante.

En effet, nous traiterons sous la partie suivante de deux questions procédurales propres au droit du recours collectif qui sont incontournables dans le contexte d'une discussion sur les questions

¹⁷⁷ Précité, note 5.

de compétence soulevées par le recours collectif. Il s'agit dans un premier temps de la possibilité de scinder un groupe afin de tenir compte de différents droits applicables. Dans un deuxième temps, il s'agit du moment auquel une requête en exception déclinatoire contestant la compétence internationale des tribunaux québécois peut être valablement soumise.

B. QUESTIONS PROCÉDURALES

1. Multiplicité des droits applicables dans le contexte du recours collectif

Les auteurs Claudine Roy et Sylvie Rodrigue avancent que les recours collectifs comprenant des membres situés dans plusieurs provinces sont susceptibles de devenir si complexes et coûteux qu'une saine administration de la justice devrait favoriser, selon les circonstances, la création d'un groupe ne comprenant que les résidents d'un territoire précis¹⁷⁸. L'une des sources de cette complexité est en fait la multiplicité des droits applicables et la nécessité d'en tenir compte en créant divers sous-groupes. C'est d'ailleurs, comme nous le verrons, la complexité résultant de la diversité des droits applicables qui a, à l'occasion, freiné les tribunaux américains, de la Colombie britannique ou du Québec à certifier ou autoriser des recours collectifs multi-juridictionnels.

Dans l'affaire *Bittner c. Louisiana-Pacific Corp.*¹⁷⁹, le tribunal de la Colombie britannique a refusé de certifier un recours collectif sur la base, entre autres, de la complexité que représentait l'application des régimes juridiques différents de chaque province. On cherchait en effet à créer un sous-groupe comprenant toutes les personnes canadiennes non-résidentes de Colombie britannique. La poursuite concernait la défectuosité d'un produit servant au revêtement extérieur

¹⁷⁸ ROY et RODRIQUE, *loc. cit.*, note 1, 18.

¹⁷⁹ (1997) 43 B.C.L.R. (3d) 324.

de maisons. Le produits était vendu tant à des constructeurs qu'à des propriétaires de maisons et était utilisé tant dans le secteur commercial que privé.

As counsel for Louisiana-Pacific submitted, the provincial distinctions extant in the case at bar create several problems for the proposed class action. The distinctions reduce the ability to make findings that are uniform for the entire class. They create different interests between class members and the various jurisdictions. The provincial distinctions increase management difficulties by requiring the court to consider multiple legal regimes, and will result in the creation of individual trial processes that are sensitive to choice of law issues. In my view, those are problems which add to the complexity of the matters to be heard and cumulatively constitute a bar to certification.¹⁸⁰

Pourtant, dans *Nantais*, la nécessité d'appliquer une variété de lois provinciales n'a pas empêché la certification. L'affaire *Nantais* concernait également la responsabilité du fabricant. Il fut souligné par le juge ayant refusé la permission d'en appeler qu'aucune preuve n'avait été faite démontrant des différences dans les principes régissant la responsabilité du fabricant dans les provinces de *common law*, et au Québec. Un énoncé qui, il va sans dire, laisse perplexe. Le tribunal a toutefois noté qu'il serait possible de redéfinir le groupe si des différences entre les régimes juridiques s'avéraient existantes. C'est cette possibilité de redéfinition et d'adaptation du recours collectif pour tenir compte des différents régimes de droit applicables qui nous intéressent sous la présente section. Il semble que la législation de la Colombie britannique autorise la création de sous-groupes et que les tribunaux ontariens aient tous les pouvoirs nécessaires afin de modeler le recours pour satisfaire aux exigences particulières de cette réalité.

L'application de divers régimes législatifs au fond du litige ne constitue pas un obstacle automatique à la compétence du *for* saisi. Ce n'est que lorsque l'application de ces régimes nuit considérablement à l'administration et la gestion du recours que les tribunaux seront tentés de

limiter la portée du recours aux seuls résidents. À ce sujet, les auteurs McEwan et Herbst écrivent :

Thus, significant variations in the substantive law of the jurisdictions in which class members' causes of action arose can make a class proceeding difficult to manage. Such manageability concerns may, in turn, influence the Court's decision on whether to certify a class proceeding, or at least its decision on the scope of the class that should be certified.¹⁸¹

Qu'en est-il toutefois en droit du recours collectif québécois? À notre connaissance, nous n'avons pas à ce jour au Québec eu à gérer un recours collectif multi-juridictionnel où plusieurs régimes juridiques étaient applicables. Dans *Bolduc c. Montreal Trust*¹⁸², on a refusé d'autoriser l'exercice d'un recours collectif sur la base, entre autres, de la difficulté d'appliquer sept législations provinciales différentes. Fait intéressant, c'est sous le critère de l'habilité du représentant (1003 (d) C.p.c.) que la Cour supérieure a pu tenir compte de la complexité associée à l'application d'une multitude de régimes juridiques. Elle a en effet jugé que le représentant ne pourrait représenter adéquatement les quelques 390 participants à un régime supplémentaire de rentes des employés, en ce qu'il ne pouvait adéquatement représenter les membres auxquels les autres législations provinciales étaient applicables.

Ce n'est pas sans raison que nous avons qualifié d'intéressant le fait que les tribunaux aient utilisé l'article 1003 (d) C.p.c. pour refuser l'autorisation d'un recours collectif où plusieurs régimes de droit distincts étaient applicables. Au Québec, l'article 1003 C.p.c. ne comporte que

¹⁸⁰ *Id.*, 338.

¹⁸¹ McEWEN et HERBST, *loc. cit.*, note 1, 5.1.10.

¹⁸² J.E. 89-1028 (C.S.).

quatre critères d'autorisation¹⁸³. Contrairement à la Colombie britannique et l'Ontario, il n'existe pas de critères visant à déterminer si pour des considérations pratiques ou de saine administration de la justice, le recours collectif est un véhicule approprié.

Dans l'affaire *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*¹⁸⁴, la Cour reconnaît en plus de quatre critères d'analyse afin de déterminer s'il y a lieu d'autoriser un recours collectif, des pouvoirs discrétionnaires ou inhérents des tribunaux à moduler l'application du recours collectif selon les circonstances de chaque espèce. Lorsqu'il existe certains facteurs défavorables, telle la multiplicité des droits applicables, un tribunal a le pouvoir discrétionnaire de décider si le recours collectif devrait être autorisé. Malgré le fait que les conditions essentielles à l'exercice du recours collectif soient remplies, le tribunal doit prendre en considération les avantages que le recours collectif offre dans les circonstances de l'affaire, ainsi que les injustices qu'il pourrait provoquer. Le tribunal doit concilier efficacité et équité. Ceci dit, lorsqu'une loi sur les recours collectif existe, les tribunaux doivent s'en remettre à cette loi et non décider autrement de l'opportunité du recours collectif et des modalités de son exercice.

Les législations en matière de recours collectif tant en Ontario qu'en Colombie britannique reconnaissent comme critère de certification le caractère approprié du recours collectif à la lumière de toutes les circonstances. Ce même critère tel que mentionné n'apparaît pas à l'article 1003 C.p.c. C'est à partir de cette constatation que la jurisprudence québécoise s'est autorisée à

¹⁸³ Ces critères sont : a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes; b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées; c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

¹⁸⁴ Précité, note 168, aux paras 42 -44.

rejeter la possibilité de considérer un critère supplémentaire à ceux énoncés à l'article 1003 C.p.c.

Dans l'affaire *Guimond c. Québec (Procureur général)*¹⁸⁵, la Cour suprême du Canada statue que l'article 1003 C.c.p. a un caractère impératif et que lorsque les quatre conditions de la disposition sont respectées, l'autorisation doit être accordée. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal réside dans l'interprétation des critères prévus à l'article 1003 C.p.c. et non dans les cas où les conditions requises sont remplies mais le tribunal est d'avis, pour d'autres raisons, que le recours ne devrait être autorisé. La Cour suprême ne se prononcera pas sur l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser l'autorisation si les conditions prévues par l'article 1003 sont respectées. Il n'en demeure pas moins que la Cour suprême était déterminée, dans les circonstances particulières de l'affaire *Guimond*, à ne pas considérer le caractère approprié du recours.

Cette position est de notre humble avis sujette à discussion. En effet, pour respecter la cohérence du *Code de procédure civile*, les tribunaux québécois ont un devoir d'assurer la saine administration de la justice. Le recours collectif est un véhicule procédural et non un droit substantif. Les tribunaux ont un pouvoir inhérent codifié aux articles 2 et 46 du *Code de procédure civile*. Ce pouvoir inhérent permet non pas de modeler les droits substantifs des parties, mais plutôt de modeler des véhicules qui permettront aux parties de faire valoir leurs droits. En raison du caractère procédural du recours collectif, nous sommes tenté de croire qu'il est permis à un tribunal d'évaluer si un véhicule procédural est adapté aux circonstances données et d'assurer une résolution des différends la plus efficace possible. Il doit être laissé aux

¹⁸⁵ [1996] 3 R.C.S. 347.

tribunaux une certaine latitude afin qu'il puisse efficacement gérer la justice. À tout événement, ce débat est principalement théorique puisqu'il est impossible dans l'évaluation des critères prévus à l'article 1003 C.c.p., d'extraire toute notion de saine administration de la justice, et de caractère pratique et approprié du recours collectif.

C'est exactement ce que le tribunal dans *Bolduc c. Montréal Trust* s'est autorisé à faire. Il s'est servi du paragraphe 1003 (d) qui a trait à la représentation adéquate des membres par le représentant désigné pour conclure que la multiplicité des régimes juridiques applicables allait rendre impraticable dans les circonstances un recours collectif avec le groupe proposé.

L'obstacle que représente la diversité des droits applicables est également reconnu aux États-Unis. Les auteurs Claudine Roy et Sylvie Rodrigue¹⁸⁶ soulèvent deux exemples en ce sens. Dans *McBride c. Galaxy Carpet Mills Inc.*¹⁸⁷, on voulait exercer un recours au nom de toutes les personnes qui avaient acheté des tapis fabriqués par la compagnie défenderesse depuis 1980 et qui avaient subi des dommages en conséquence. Le tribunal estime que l'application des droits de tous les États est impossible à gérer:

[...] this court rejects the idea that it can apply a generalized law, or group of laws, based upon apparent similarities in the different states' negligence standards, warranty standards, etc. Such a course of action would result in the formulation of a federal common law [...]

The court also rejects the plaintiffs' alternative suggestion that the court could form different groups of plaintiffs based upon similarities of state statutes because it is extremely doubtful (and the plaintiffs had not shown otherwise) that the same group of states which have similar strict liability laws would have similar duty to warn standards and would have similar statutes of limitation. The court concludes that any kind of matrix which tries to take into consideration all these varying «similarities» would itself be so complex as to make the case unmanageable.

¹⁸⁶ ROY et RODRIGUE, *loc. cit.*, note 1, 19.

¹⁸⁷ 920 F. Supp. 1278 (N. Dist. Ga. 1995).

Le second exemple proposé est l'affaire *Castano c. American Tobacco Company*¹⁸⁸ où l'on a également refusé d'autoriser un recours collectif contre les compagnies de tabac. Le représentant entendait représenter toutes les personnes dépendantes de la nicotine au États-Unis depuis 1943. Il aurait alors fallu appliquer les lois de chacun des différents États. Huit causes d'action étaient alléguées et huit défenderesses étaient poursuivies. La cour a estimé que la complexité à gérer cette cause était plus importante que les avantages qu'on aurait pu tirer de l'utilisation du recours collectif.

Il va sans dire que le Québec n'est pas différent des autres provinces. Le caractère approprié du recours collectif à la lumière des difficultés que sa gestion pourrait représenter en raison de divers régimes juridiques applicables constituerait nécessairement une considération importante lors de l'autorisation d'un recours collectif. Les autres provinces reconnaissent que les tribunaux dans l'exercice de leur discrétion doivent tenir compte de facteurs de cette nature. Bien que la tendance au Québec veuille que seuls les critères élaborés sous l'article 1003 C.p.c puissent faire l'objet d'une considération par les tribunaux et que la discrétion qui leur est réservée doit être appliquée à l'intérieur des quatre critères énumérés, les tribunaux québécois ne peuvent rester insensibles à des difficultés propres à la gestion et l'administration d'un recours collectif multi-juridictionnel. Pour cette raison, ils exercent leur discrétion à l'intérieur même des critères prévus à l'article 1003 C.p.c. et plus précisément, pour ce qui est de l'existence de plusieurs régimes juridiques à être appliqués, le critère prévu à l'article 1003 (d) C.p.c.

À supposer que les tribunaux québécois décidaient d'autoriser un recours collectif où plusieurs droits sont applicables, les outils procéduraux en leur possession afin de gérer une telle entreprise

¹⁸⁸ 84 F. 3d 734 (C.A. 5th Circ. 1996).

sont-ils suffisants? Il semblerait que l'une des façons de gérer un recours collectif multi-juridictionnel où plusieurs régimes juridiques sont applicables est de créer des sous-groupes pour chacun des régimes juridiques applicables. Le troisième alinéa de l'article 1022 C.p.c. prévoit que si les circonstances l'exigent, le tribunal peut en tout temps et même d'office modifier ou scinder le groupe. Il s'agit de déterminer si la possibilité de scinder le groupe prévu à l'article 1022 C.p.c. autorise un tribunal à créer des sous-groupes afin de tenir compte de différents droits applicables.

Dans l'affaire *Dicaire c. Ville de Chambly*¹⁸⁹, le juge Reeves, s'appuyant sur l'arrêt *Nagar c. Ville de Montréal*¹⁹⁰, statue que le troisième alinéa de l'article 1022 ne permet pas la création de sous-groupes pour tenir compte de la diversité à l'intérieur du groupe pour la question primordiale et fondamentale de la responsabilité, il écrit :

[...] La procédure du recours collectif, y compris les «questions particulières» de la R.P. 54d) et la faculté de scinder laissée au Tribunal, art. 1022, ne prévoit pas que l'on puisse créer des sous-groupes auxquels la défenderesse pourrait opposer des défenses particulières telles la non-conformité aux règlements municipaux applicables, ou les aménagements défectueux de certains types de résidences ou de terrains, etc. Cela entraînerait une multiplicité d'enquêtes, d'auditions et de jugements dans le cadre de la procédure unique du recours collectif, un non-sens procédural et une impossibilité concrète. (*Nagar c. Ville de Montréal*, (1988) R.J.Q. 2219, C.S. et (1991) R.D.J. 604, C.A.). La faculté de scinder le groupe prévue à l'art. 1022 *in fine* ne peut s'exercer que dans le respect du recours unique et d'un seul jugement final, art. 999d) et 1003a). Ainsi, il serait normal et raisonnable de constituer des sous-groupes pour fins d'attribution des dommages.¹⁹¹

À la lumière de cette décision, il se pourrait même que la possibilité d'un recours collectif multi-juridictionnel où plusieurs régimes de droit sont applicables ne puissent être entendus au Québec.

¹⁸⁹ REJB 1999-12813 (C.S.), infirmé REJB 2000-17277 (C.A.).

¹⁹⁰ (1988) R.J.Q. 2219 (C.S.) et (1991) R.D.J. 604 (C.A.).

En effet, le *Code de procédure civile* n'envisage pas cette possibilité à moins d'invoquer d'autres pouvoirs inhérents pour que les tribunaux québécois puissent modeler et façonner les recours collectifs afin de remplir des objectifs propres à ce véhicule procédural, le tout dans l'optique d'une saine administration de la justice.

La possibilité de créer plus d'un groupe afin de tenir compte de divers droits applicables n'est pas une question réglée. Nous sommes d'avis que l'arrêt *Dicaire c. Ville de Chambly* peut être distingué. La division que l'on tentait d'opérer dans cette affaire impliquait semble-t-il la nécessité d'enquêtes factuelles différentes (un même représentant ne pouvait donc adéquatement représenter tous les membres). Dans la mesure où différents groupes sont créés afin de tenir compte de différences dans le standard juridique applicable, la difficulté de représentation ne sera pertinente qu'en l'absence d'avocats au dossier.

L'application par les tribunaux québécois d'un droit autre que celui du Québec n'est pas hors du commun. À supposer que la défenderesse soit domiciliée au Québec et que toutes les victimes au Canada s'unissent afin d'intenter un recours collectif au Québec, et qu'en raison du domicile de la défenderesse aucune question de compétence ne se soulève, il nous semble peu convaincant de refuser l'autorisation de ce recours sur la seule base de l'existence de différents droits applicables (si les faits donnant lieu au litige sont les mêmes). L'article 1022 C.p.c. autorise la création de sous-groupes sans restriction particulière. Un représentant pourrait exister pour chacun des sous-groupes, et cette question de représentation devient, à tout événement, purement académique lorsque des avocats sont au dossier.

¹⁹¹ Précité, note 189, 12.

2. Moment auquel le défaut de compétence internationale des tribunaux québécois peut être soulevé

Pour plusieurs, cette question a été réglée dans l'affaire *Masson c. Thompson*. La Cour d'appel semblait suggérer dans le passage qui suit qu'une requête en exception déclinatoire doit être présentée au stade de l'autorisation :

Lorsqu'elle constate l'existence de cette apparence sérieuse de droit et se satisfait de la réalisation des autres conditions prévues à l'article 1003 C.p.c., la Cour supérieure accorde l'autorisation de pourvoi. Lorsqu'un moyen déclinatoire est présenté à cette occasion, le débat sur l'existence de sa compétence se déroule nécessairement dans le même cadre juridique. Il a lieu également dans un cadre procédural imposé par les règles de pratique de la Cour supérieure, qui amène le requérant à décrire, souvent assez sommairement, ses moyens de droit et ses allégations de fait. Le tribunal est tout au plus saisi de ces allégations et, parfois, de celles d'une contestation écrite autorisée et des affidavits des parties. Il ne possède pas toujours alors tous les éléments de fait qui peuvent être nécessaires pour disposer, en toute connaissance de cause, d'une contestation sur un sujet comme la compétence des tribunaux québécois. [nous soulignons]¹⁹²

Ces propos du juge LeBel doivent toutefois être lus avec précaution. Il est bien dit que le débat sur l'existence de la compétence du tribunal se déroule nécessairement dans le même cadre juridique que l'analyse des conditions prévues à l'article 1003 mais ce, lorsqu'un moyen déclinatoire est présenté à cette occasion. Ce passage n'avance donc pas qu'un moyen déclinatoire doit nécessairement être présenté au stade de l'autorisation, c'est-à-dire à l'occasion de l'analyse des conditions prévue à l'article 1003 C.p.c., mais bien que si un moyen déclinatoire est présenté à cette occasion, le débat s'inscrira alors dans le même cadre juridique. La Cour dit bien « *Si l'on a intégré la contestation de la compétence des tribunaux québécois à un débat sur l'application de l'article 1003b) C.p.c., ce moyen suit le sort des autres.* ». Ceci dit, la Cour

¹⁹² Précité, note 173, 10.

d'appel ne semble pas envisager la présentation d'une requête en exception déclinatoire avant la requête en autorisation. C'est-à-dire qu'elle procède à une comparaison entre la présentation d'une telle requête au stade de l'autorisation et une présentation de cette même requête suivant l'autorisation. Elle énonce effectivement que le débat sur la compétence internationale des tribunaux québécois pourra être repris plus tard suivant l'autorisation.

La raison pour laquelle l'exception déclinatoire devra être analysée dans le cadre de l'article 1003 C.p.c. si présentée au stade de l'autorisation, repose sur le fait que le cadre procédural de l'autorisation exige, selon la Cour d'appel, que les moyens de droit et les allégations de fait soient décrits sommairement. Toujours selon la Cour d'appel, le juge de l'autorisation ne possède pas toujours tous les éléments de fait qui peuvent être nécessaires afin de disposer en toute connaissance de cause d'une contestation de la compétence internationale des tribunaux québécois.

C'est donc dire que la Cour d'appel envisage la possibilité de présenter une requête en exception déclinatoire sur la base de l'absence de compétence des tribunaux québécois à deux niveaux : au stade de l'autorisation ou subséquemment au stade de l'autorisation. Dans le premier cas, l'analyse se fera dans le cadre de l'article 1003 C.p.c. et ne préjugera pas du résultat d'une requête en exception déclinatoire présentée subséquemment à l'autorisation puisque la grille ne sera alors pas la même. C'est le caractère sommaire et préliminaire du stade de l'autorisation qui justifie une telle approche. Quant à la présentation d'une requête en exception déclinatoire au stade post-autorisation, elle suivra, semble-t-il, les règles ordinaires applicables à ce type de contestation. Aucune mention n'est faite toutefois d'une requête en exception déclinatoire présentée au stade pré-autorisation. Certains diront que la Cour d'appel n'a tout simplement pas envisagé cette possibilité. D'autres diront, vu les explications données sur fait que la requête en exception déclinatoire présentée au stade de l'autorisation doit être analysée à partir de la grille

prévue à l'article 1003 C.p.c. (le caractère sommaire des moyens présentés au soutien de la requête en autorisation), qu'il n'y a pas lieu de permettre la possibilité de présenter une requête en exception déclinatoire sur la base de l'absence de compétence internationale des tribunaux québécois à un stade pré-autorisation.

L'arrêt *Masson c. Thompson* n'a pas empêché la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Cambior* d'entendre une requête en exception déclinatoire sur la base tant de l'absence de compétence internationale des tribunaux québécois qu'en vertu de la doctrine de *forum non conveniens* à un stade pré-autorisation. C'est d'ailleurs à ce stade que la requête en autorisation a été rejetée sur la base de la doctrine de *forum non conveniens*.

Quelle solution devrait être adoptée par les tribunaux québécois? Nous sommes d'avis que l'approche de la Cour d'appel oblige un défendeur à être assujéti pour l'étape de l'autorisation elle-même à un tribunal qui n'aurait pas dû être saisi de l'affaire. Ce n'est pas sans raison que la Cour supérieure s'est autorisée, dans l'affaire *Cambior*, à statuer sur une requête en exception déclinatoire avant même qu'il y ait eu débat sur le fond de l'autorisation. Cette réalité n'est en rien surprenante en ce qu'il devrait être un prérequis à l'évaluation des critères d'autorisation que les tribunaux aient avant tout compétence sur la requête en autorisation elle-même.

L'article 56 des *Règles de pratique de la Cour Supérieure du Québec en matières civiles* prévoit d'ailleurs que la requête en autorisation d'exercer un recours collectif est disposée dans le district déterminé par les règles relatives au lieu de l'introduction de l'action. La défenderesse n'est-elle pas en droit et ne se doit-elle pas de soulever à la première occasion l'absence de juridiction du tribunal saisi de la requête en autorisation?

Cette question doit être débattue de façon préliminaire car la cour doit être le tribunal approprié non seulement pour le recours éventuel, mais également pour les requêtes en autorisation elles-

mêmes. De même, l'article 1010.1 C.p.c. prévoit que les articles 1011 à 1026 C.p.c. s'appliquent avec les adaptations nécessaires au stade de l'autorisation d'un recours collectif. Or, l'article 1011 C.p.c. prévoit que le représentant forme sa demande selon les règles ordinaires et l'article 1012 permet à la requérante d'opposer à l'intimé un moyen préliminaire commun à une partie importante des membres proposés.

L'argument selon lequel le juge de l'autorisation aura davantage de faits pour décider de la requête en exception déclinatoire¹⁹³ est de notre humble avis douteux d'un point de vue pratique. La preuve relative à la question de la compétence internationale des tribunaux se trouvera généralement au dossier par voie d'affidavits et des interrogatoires auront eu lieu sur ces affidavits. Les faits qui seront examinés lors d'une telle requête sont sans relation bien souvent avec les faits qui seront étudiés pour les fins de l'autorisation. En d'autres mots, le juge de l'autorisation ne sera pas mieux placé. Une contestation sur la base de la compétence internationale ne traitera pas des critères de l'article 1003 au même titre que la contestation. Sur la base des critères de l'article 1003 C.p.c., une contestation ne contiendra rien de pertinent pour les fins de la juridiction.

Sur l'importance de traiter de l'exception déclinatoire à un stade préliminaire dans un contexte autre que celui du recours collectif, nous renvoyons le lecteur à la décision dans *Lafleur c. Hillinger*¹⁹⁴, où le juge Montgomery écrit:

I am, however, of the opinion that the question of jurisdiction should first be settled before other proceedings are taken, possibly in an incompetent court¹⁹⁵.

¹⁹³ *Masson c. Thompson*, précité, note 173, 10.

¹⁹⁴ [1976] R.P. 28.

Ce plaidoyer ne semble toutefois pas avoir ébranlé la Cour d'appel qui, dans l'affaire *Dumas c. La Capitale Assurances M.F.Q. Inc.*¹⁹⁶, est d'avis que sauf circonstances exceptionnelles en matière de recours collectif, le juge de l'autorisation devrait disposer de tous les moyens de droit, préliminaires ou autres, en même temps qu'il statue sur la requête en autorisation d'exercer un recours collectif. La Cour d'appel en est de nouveau venue à cette conclusion le 11 mars 2002 dans le recours collectif contre Nortel¹⁹⁷. On y trouve que le fait de renvoyer les questions de compétence internationale au stade de l'autorisation est une pratique préconisée par la Cour d'appel. On réfère à l'arrêt *Dumas c. La Capitale Assurances M.F.Q.*

En somme donc, bien que les raisons demeurent obscures, il semblerait que l'état du droit au Québec veut qu'une requête en exception déclinatoire sur la base de la compétence internationale des tribunaux québécois incluant une requête fondée sur la doctrine de *forum non conveniens* doive être présentée et entendue, au plus tôt, au stade de l'autorisation.

¹⁹⁵ *Id.*, 29.

¹⁹⁶ No. 500-09-011734-019, 7 mars 2002, (C.A.).

¹⁹⁷ *Corporation Nortel Networks c. Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec*, No. 500-09-011666-013, 11 mars 2002, (C.A.).

CONCLUSION

Nous cherchions à déterminer dans quelle mesure le droit constitutionnel et le droit international privé relatif à la compétence internationale des tribunaux se trouvent affectés par le véhicule procédural qu'est le recours collectif. Plus précisément, nous nous sommes demandés dans quelle mesure l'analyse des questions de juridiction se trouvent influencée lorsqu'un recours collectif (ou la requête en autorisation ou certification d'un recours collectif) fait l'objet d'une attaque sur la base de la compétence internationale du tribunal saisi.

Nous sommes d'avis que la mise en place d'un simple véhicule procédural ne devrait pas venir bouleverser le droit international privé tel que nous le connaissons. Nous sommes également d'avis que le régime de droit international privé dans les provinces respectives doit être appliqué intégralement afin d'éviter les injustices potentielles. Les solutions aux difficultés que posent les recours collectifs trans-juridictionnels ne reposent pas dans la manipulation du régime de droit international privé.

Il existe deux problématiques distinctes propres au recours collectif multi-juridictionnel qui ont parfois été abordées comme s'il s'agissait d'une seule et même problématique.

Une première problématique concerne l'inclusion de non-résidents à un recours collectif dans une province où le tribunal n'a pas la compétence requise à l'égard de ces non-résidents pris isolément. En d'autres termes, si nous isolions le recours des non-résidents, il ne pourrait être entendu par les tribunaux saisis en application du critère du lien réel et substantiel ou d'autres règles de compétence internationale des tribunaux. Ce n'est qu'en raison de leur inclusion dans un groupe qui comprend des membres pour lesquels le tribunal saisi a véritablement compétence, que le tribunal saisi se déclare compétent à l'égard de tout le groupe, le tout en application de règles de compétence adaptées à la réalité du recours collectif. En d'autres termes, il s'agit de cas

où le seul facteur de rattachement qui existe à l'égard des non-résidents est le fait qu'ils soient inclus dans un groupe dont une partie du groupe seulement tomberait ordinairement sous la compétence du tribunal saisi en vertu des règles de compétence internationale.

Une seconde problématique concerne l'inclusion de non-résidents dans un recours collectif sans leur consentement. La difficulté réside dans les effets extra-territoriaux d'une législation sur les recours collectifs permettant l'inclusion de non-résidents sans leur consentement. Cette question fait l'objet d'ajustements législatifs (formule *opt-in* en Colombie britannique par exemple) ou l'objet de décisions qui légitiment une inclusion des non-résidents selon une formule *opt-out* à condition que certaines garanties procédurales soient respectées.

Nos conclusions à l'égard de ces deux problématiques sont tour à tour exposées ci-dessous.

PROBLÉMATIQUE DE LA NON-APPLICATION DES RÈGLES DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE À CHACUN DES MEMBRES DU GROUPE

Nous avons vu que les tribunaux ontariens ne sont guidés ni par les principes de droit international privé ni par les principes de droit constitutionnel, mais sont plutôt guidés par la praticabilité du recours collectif à la lumière de ses objectifs (principalement une plus grande accessibilité à la justice) et de principes propres au droit de la procédure (principalement l'efficacité dans la résolution des différends).

Cette approche a été privilégiée dans une province de *common law*, l'Ontario, où les règles de compétence internationale, comme nous l'avons vu, se distinguent, à tout le moins dans l'analyse, des règles prévues en droit international privé québécois. Nous avons tenté de voir dans quelle mesure cette approche ontarienne à l'égard du recours collectif à portée nationale a une place en droit québécois. Nous avons également tenté de voir de quelle façon les tribunaux québécois ont à ce jour réagi aux recours collectifs à portée nationale.

Nous avons vu que les tribunaux québécois exigeront que chacun des membres du groupe, pris individuellement, ait un recours tombant sous la compétence des tribunaux québécois.

La décision *Cambior* s'éloigne également de la tendance notée en Ontario en matière de *forum non conveniens*. La Cour supérieure du Québec ne considère pas que l'existence de la procédure du recours collectif puisse constituer dans l'analyse de la doctrine du *forum non conveniens* un avantage pour une partie. Cette analyse de l'avantage pour une partie se veut stricte en ce qu'elle se limite à évaluer si le forum alternatif peut rendre justice. Au contraire, nous avons vu que la possibilité de faire profiter des non-résidents de la procédure du recours collectif ne se trouvant pas dans leur province ou pays de résidence peut constituer un critère déterminant tant dans l'analyse de la compétence internationale du tribunal que dans une analyse sous la doctrine du *forum non conveniens*. Également dans *Cambior*, l'article 3148 C.c.Q. a été appliqué avec rigueur par la Cour supérieure du Québec sans qu'il soit nécessaire d'y apporter quelque altération en raison de la réalité du recours collectif.

Rien dans la jurisprudence québécoise à ce jour ne laisse croire que le droit international privé québécois et, plus précisément, les règles de compétence internationale, ne subiront des modifications dans le contexte d'un recours collectif. Rien dans le *Code civil* ou le *Code de procédure civile* ne suggère une telle avenue.

Nous sommes d'avis qu'une toute autre approche favoriserait le désordre et l'incohérence au sein de cette structure. Une structure qui est chère non seulement à l'approche civiliste, mais également au droit international privé moderne qui trouve sa source dans les principes d'ordre et d'équité. L'ordre suggère le respect de l'existence d'un lien réel et substantiel véritable et non la création d'une fiction pour y arriver. Quant à l'équité, elle suggère le respect des droits des deux parties et non seulement le principe de l'accessibilité à la justice à tout prix.

L'avantage de l'approche à ce jour privilégiée au Québec est de ne pas remettre au stade de la reconnaissance et de l'exécution le débat sur la compétence internationale des tribunaux et permettre ainsi à la défenderesse de connaître l'étendue de sa vulnérabilité dans le cas d'un règlement ou d'un éventuel jugement.

L'approche privilégiée en Ontario a, quant à elle, l'avantage de favoriser l'atteinte des objectifs propres au recours collectif, tels qu'exposés dans la décision *Western Canadian Shopping Center*.

Quelle approche dans ces circonstances privilégier? L'approche de l'Ontario ne s'avère pas à ce jour dramatique d'un point de vue pratique. La certification presque assurée d'un recours collectif à portée nationale peut avoir pour effet de mener à des règlements pancanadiens moins coûteux. Les craintes de désordre et de difficultés au stade de la reconnaissance et de l'exécution tardent en vérité à se matérialiser. Il s'agit possiblement, malgré la confusion théorique, d'une approche dont le pragmatisme n'a pas ébranlé les transactions commerciales au Canada. Ajoutons à cela que les tribunaux de l'Ontario n'ont aucune difficulté à soustraire les non-résidents d'un groupe advenant qu'un recours collectif soit intenté au nom de ceux-ci dans leur propre province. Dans les faits donc, cette première approche semble fonctionner. Il est toutefois difficile pour un civiliste d'admettre ce chaos théorique.

L'approche québécoise réserve aux recours collectifs un rôle social sans toutefois lui accorder le statut de droit substantif. Elle reconnaît le recours collectif pour ce qu'il est : un véhicule procédural. Les objectifs sociaux que le législateur québécois entendait poursuivre en instaurant la procédure du recours collectif s'en trouvent-ils réduits? Nous ne le croyons pas car ces objectifs n'avaient probablement pas des aspirations plus grandes que le territoire québécois.

Les distinctions entre les deux approches vont également au-delà de l'application des règles de droit international privé. C'est-à-dire que l'importance accordée aux considérations pratiques dans la certification ou l'autorisation d'un recours collectif n'occupe pas le même espace. Si l'approche ontarienne à l'égard des classes nationales telles que décrites plus haut laisse croire qu'il n'existe aucun frein à la certification du recours collectif à portée nationale, il se doit d'être noté que ces mêmes tribunaux ont les outils nécessaires afin de pallier aux effets trop pervers d'une telle entreprise. C'est-à-dire que les tribunaux ontariens peuvent tenir compte de considérations pratiques, qu'il s'agisse de saine administration de la justice ou encore de praticabilité du recours collectif, dans l'exercice de leur discrétion afin de refuser la certification. Le droit du recours collectif québécois ne permet pas cette même latitude alors que des considérations tel que le caractère approprié du recours collectif ne servent pas de critère d'autorisation. Les tribunaux québécois doivent s'en remettre exclusivement aux critères énoncés à l'article 1003 C.p.c.

Dans le cadre d'un recours collectif à portée nationale difficile à gérer, il pourrait ne rester aux tribunaux québécois que la compétence internationale pour parer à la complexité d'un recours collectif à portée nationale. Nous sommes d'avis que l'approche québécoise devrait continuer de se détacher de l'approche ontarienne.

L'absence de décision de la Cour suprême du Canada sur le sujet de la compétence des tribunaux en matière de recours collectifs multi-juridictionnels demeure un fait surprenant. Le plus haut tribunal du pays fait preuve en la matière d'un pragmatisme inattendu. Sachant trop bien, tel qu'énoncé dans l'arrêt *Morguard*, que la reconnaissance et l'exécution d'une décision émanant d'un tribunal étranger est conditionnelle à ce que ce tribunal ait correctement et convenablement exercé sa compétence dans l'action, la Cour suprême aurait pu profiter des nombreuses demandes d'autorisation d'en appeler pour fixer les règles de compétence en matière de recours

collectifs. Que ces règles doivent être maintenues ou adaptées à la spécificité du recours collectif, que l'on considère le groupe proposé comme un tout ou chacun des membres du groupe individuellement pour les fins d'application des règles de compétence, il s'agit-là d'un dilemme sans réponse facile. Comme nous l'avons vu, chacune de ces deux approches, l'une privilégiée en Ontario, et l'autre au Québec, ont leurs avantages et désavantages. Les objectifs d'ordre et d'équité et les objectifs d'accessibilité à la justice et de dissuasion ne sont d'ailleurs pas toujours incompatibles. Ce qui surprend véritablement, c'est le pragmatisme visionnaire de la Cour suprême du Canada qui, devant un dilemme complexe, réserve son analyse pour un cas de reconnaissance et d'exécution. Car il est vrai, et la courte histoire du recours collectif multi-juridictionnel le démontre à ce jour, que les conséquences de la non détermination de ce dilemme tardent à se faire sentir.

PROBLÉMATIQUE DE LA NOTIFICATION DES NON-RÉSIDENTS

Si la validité constitutionnelle de la formule « opt-out » est mise en cause, cela signifie que les tribunaux ont déjà retenu leur compétence sur les non-résidents. En effet, si les tribunaux concluent qu'ils n'ont pas compétence pour autoriser un groupe incluant des non-résidents, il n'y a pas lieu d'appliquer la formule « opt-in » ou « opt-out » aux non-résidents. L'analyse de la validité constitutionnelle de la formule « opt-out » appliquée aux non-résidents présume donc que les tribunaux ont compétence pour entendre le litige qui oppose les non-résidents à la défenderesse. L'autre possibilité est que cette problématique ne soit soulevée qu'au stade de la reconnaissance et de l'exécution (ou encore repoussée à ce stade). Nous sommes toutefois d'avis que cette analyse devrait être entreprise dès que le recours est autorisé à l'égard de non-résidents, avant que l'avis ne soit envoyé ou publié.

La législation ontarienne ne prévoit pas de façon expresse la possibilité d'inclure des non-résidents dans un recours collectif. Leur participation est toutefois, tel que nous l'avons vu, une pratique bien établie. La formule « opt-out » applicable aux résidents de l'Ontario a été tout simplement étendue aux non-résidents. Au Québec, tout comme en Ontario, le Code de procédure civile ne traite pas expressément de la participation de demandeurs non-résidents. Sans distinction aucune relativement à la résidence ou la non-résidence, l'article 1007 C.p.c. prévoit que tout membre d'un groupe peut s'exclure du groupe. Il ne sera pas alors lié par un jugement à venir. La formule « opt-out », à l'instar de l'Ontario, pourrait donc être appliquée aux non-résidents inclus dans un recours collectif intenté au Québec.

Avis et droit de se retirer doivent tout de même être donnés aux membres du groupe et ceux qui exerceront ce droit de se retirer ne seront pas liés par un éventuel jugement. Le jugement en question liera toutefois les membres qui ne se seront pas prévalus de cette possibilité de se retirer. La question en est donc une de suffisance de l'avis permettant aux membres non-résidents de se retirer.

La législation de la Colombie britannique est quant à elle davantage sensible aux difficultés constitutionnelles et de droit international privé que peuvent soulever les recours collectifs nationaux. Celle-ci prévoit la certification d'une sous-classe pour les membres non-résidents et prévoit le mécanisme « opt-in » pour ces mêmes non-résidents. Il s'agit là d'une caractéristique de cette législation qui démontre une attention particulière aux recours collectifs multi-juridictionnels.

Il revient aux tribunaux qui autorisent le recours collectif à portée nationale d'appliquer la formule « opt-out », conformément au droit constitutionnel et au droit international privé, c'est-à-dire de s'assurer que les non-résidents ne seront pas inclus avant d'avoir effectivement eu

l'opportunité de s'exclure. Le système doit donc d'un point de vue procédurale être suffisamment développé et adapté.

Bien que les tribunaux n'aient pas l'obligation formelle de tenir compte des risques potentiels de non-reconnaissance de leurs jugements dans les autres juridictions, il nous apparaît pernicieux de simplement prétendre qu'il s'agit d'une question qui revient aux tribunaux qui auront à reconnaître et exécuter la décision. Les tribunaux ontariens sont, à notre humble avis, allés trop loin en rejetant du revers de la main les questions relatives à l'éventuelle reconnaissance et exécution de leur jugement.

Quant aux tribunaux qui auront effectivement le rôle de reconnaître un éventuel jugement, ils pourraient également, comme l'autorise l'arrêt *Hunt*, se prononcer sur la constitutionnalité de la formule « opt-out », telle qu'elle est appliquée dans les circonstances. Ils pourraient également tout simplement s'en tenir au droit international privé relatif à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers et évaluer si le demandeur avait connaissance du recours collectif et s'il a eu l'opportunité de s'en retirer. Nous sommes d'avis qu'à l'étape de la reconnaissance et de l'exécution du jugement, toute analyse constitutionnelle serait inutile. Si le demandeur démontre qu'il ne lui a jamais été possible de s'exclure du recours collectif, fort est à parier que les tribunaux n'auront aucune difficulté à ne pas appliquer la force de chose jugée au jugement rendu.

C'est pour cette raison que les tribunaux ontariens ont à l'occasion, dans les faits, recommandé que des formulaires soient envoyés à tous les demandeurs non-résidents, connus en l'espèce, afin d'éviter toute forme de doute.

Nous sommes à même de constater que les tribunaux ontariens sont conscients des difficultés qui pourraient être soulevées en raison de l'application d'une formule « opt out » aux non-résidents,

le tout au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Malgré cette prise de conscience, les tribunaux ontariens préfèrent se défaire de cette épineuse question afin de la réserver aux autorités qui auront à se prononcer spécifiquement sur le principe de *res judicata*. De toute évidence, les tribunaux ontariens lancent un message à l'effet que cette sphère du droit devra évoluer et s'adapter à la réalité des recours collectifs, mais ceux-ci n'entreprennent pas cette modification. Au contraire, ils lancent la balle dans le camp des autorités qui auront à reconnaître et à exécuter un éventuel jugement. Ils ouvrent la porte et adaptent les questions de compétence afin de satisfaire les exigences de la nouvelle et moderne voie procédurale qu'est le recours collectif, sans toutefois du même coup procéder à la même ouverture en ce qui a trait aux principes de *res judicata* ou de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères. Cette attitude prône le désordre et l'incertitude dans le droit au profit d'un principe du droit des recours collectifs, soit celui de la plus grande accessibilité à la justice.

Les réalités commerciales et les objectifs de la législation ontarienne supplantent toute inquiétude exprimée quant au rôle extraterritorial que pourraient jouer les tribunaux ontariens. Cette approche des tribunaux ontariens illustre l'importance accordée à la voie procédurale qu'est le recours collectif.

Tel que nous l'avons vu, la Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur le degré de protection procédurale qui doit être accordée aux membres non-résidents. La Cour suprême des États-Unis décrit ce que constitue concrètement le « minimum procedural due process protection ». Dans une affaire où tous les membres de la classe étaient identifiables, la Cour suprême a insisté afin que chaque membre reçoive avis et soit donné la possibilité de s'exclure du recours collectif. Concrètement, tous les membres de la classe ont reçu avis par poste prioritaire et les tribunaux ont éliminé de la classe tous les individus dont l'avis fut retourné en raison de l'impossibilité de procéder à la livraison de l'avis. Nous sommes d'avis que ce même standard devrait être exigé au

Québec. Dans les cas où tous les membres ne peuvent être identifiés, nous sommes d'avis que la formule opt-in devrait être appliquée aux membres non-résidents auxquels aucun formulaire n'a été envoyé par poste prioritaire.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES ET ARTICLES

BARREAU DU QUÉBEC, *Developpement récents sur les recours collectifs (1999)*, Cowansville, Yvon Blais, 1999.

BARREAU DU QUÉBEC, *Service de la formation permanente, Developpement récents sur les recours collectifs (2001)* Cowansville, Yvon Blais, 2001.

BEAUDOIN, G., *Le fédéralisme au Canada*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2000.

BEAUMIER, M., « Le recours collectif au Québec et aux États-Unis », (1987), 18 *R.G.D.* 775.

BLACK, V., « Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada » (1989), 9 *Oxford Journal of Legal Studies*, 547.

BLACK, V. & SWAN, J., « New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments : *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* » (1991), 12 *Advocates'Q.* 489.

BLACK, V., « The Other Side of *Morguard* New Limits on Judicial Jurisdiction », (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 4.

BLOOM, J., Case Comment (1991) 70 *Can. Bar Rev.* 733.

BOUCHARD, M., « L'autorisation d'exercer le recours collectif », (1980) 21 *C. de D.* 885.

BRUN H. & G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002.

CASTEL, J.-G., *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980.

CASTEL, J.-G., *Canadian Conflicts of Laws*, 3e Ed., Toronto, Butterworths, 1994.

CASTEL, J.-G., *Canadian Conflict of Laws*, 4e Ed., Toronto, Butterworths, 1997.

COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire* (Québec: Ministère de la justice, 2001), pages 215-216.

DELANEY-BEAUSOLEIL, K., *Le recours collectif et l'État* », dans *Acte de la XIVe Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 2000.

DUCHARME, L. & LAUZON, Y., *Le recours collectif québécois : Code de procédure civile du Québec et Loi sur le recours collectif annotés et commentés*, Cowansville, Yvon Blais, 1988.

DUSSAULT, D., « Une nouvelle législation : la Loi sur le recours collectif », (1979) *Assurances* 345.

EDINGER, E., « *Morguard v. De Savoye* Subsequent Developments », (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 29.

EMANUELLI, C., *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001.

FERLAND, D. et EMERY, B., *Précis de procédure civile au Québec*, 3^e ed., Cowansville, Yvon Blais, 1997.

FERLAND, D., « La Cour suprême et les conditions d'autorisation de l'exercice du recours collectif », (1981) 41 *R. du B.* 485.

FINKLE, P. & COAKELEY, S., « *Morguard Investments Limited : Reforming Federalism from the Top* », (1991) 14 *Dalhousie L.J.* 340.

FINKLE, P. & LABRECQUE, C., « Low-Cost Legal Remedies and Market Efficiency : Looking Beyond *Morguard* », (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 58.

GLENDINNING, D. et LOCKWOOD, C., « *The International Class – Where Are We? Where Should We Be?* », texte présenté dans le cadre d'une conférence sur les recours collectif tenue à Toronto en janvier 2002.

GLENN, P., « Foreign Judgments, the Common Law and the Constitution : *De Savoye v. Morguard Investments Ltd* », (1992) 37 *McGill L.J.* 537.

GLENN, P., « Droit international privé », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, Tome III Ste-Foy P.U.L., 1993.

GLENN, P., « Recognition of Foreign Judgements in Quebec », (1997) 28 *Can. Bus. L. J.* 404.

GLENN, P., « °The Bre-X Affair and Cross-Border Class Actions° », (2000) 79 *R. du B. can.* 280.

GOLDSTEIN, G., « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec » (1993) 53 *R. du B.* 199.

GOLDSTEIN, G., « L'interprétation du domaine d'application international du nouveau Code civil du Québec » dans *Le nouveau Code civil – Interprétation et application, Actes des 3èmes Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, p. 81.

GOLDSTEIN, G., « Forum non conveniens, Lis Pendens and Other Rules for Declining to Exercise Jurisdiction in Civil and Commercial Matters in Quebec Private International Law », dans *Droit contemporain 1994, Rapport national québécois au Congrès de l'Association internationale de droit comparé*, Athènes, 1994, Montréal, Yvon Blais, 1994, p. 310.

GOLDSTEIN, G. & J. TALPIS, « Les perspectives en droit civil québécois de la réforme des règles relatives à l'effet des décisions étrangères au Canada », (1995) 74 *R. du B. can.* 641, (1996) 75 *R. du B. can.* 115.

GOLDSTEIN, G., & E. GROFFIER, *Droit international privé : Théorie générale*, tome 1, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

GOLDSTEIN, G., & E. GROFFIER, *Droit international privé : Règles spécifiques*, tome 2, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

GROFFIER, E., « La doctrine du *forum non conveniens* gagne-t-elle du terrain au Québec? » (1980) 40 *R. du B.* 123.

GROFFIER, E., *Précis de droit international privé*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990.

GROFFIER, E., *La réforme du droit international privé québécois. Supplément au Précis de droit international privé*, Cowansville, Yvon Blais, 1993.

GUILLEMARD, S., F. SABOURIN & A. PRUJINER, « Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois » (1995) 36 *Cahiers de droit* 913.

HOGG, P., *Constitutional Law of Canada*, 2nd Ed., Toronto, Carswell, 1985.

KAY, K.L. et LANG, A.C., « *National Class Proceedings : Are They Unmanageable? Practical and Tactical Considerations* », texte présenté dans le cadre d'une conférence sur le recours collectif organisée par Osgoode Hall Law School, 20 et 21 avril 2001.

KÉLADA, H., *Les conflits de compétences*, Cowansville, Yvon Blais, 2001.

KLEIN, D., « Inter-Jurisdictional Class Action Litigation : the Plaintiff's perspective », texte présenté dans le cadre d'une conférence sur les recours collectifs tenue à Toronto en janvier 2002.

L'HEUREUX, L., « Proposition d'un recours collectif pour la Cour fédérale du Canada », (1997) 11 R.J.U.L. 87.

LAFOND, P.-C., *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996.

LAUZON, Y., « L'impact des recours collectif à portée nationale sur l'évolution du recours collectif québécois », Congrès du Barreau du Québec, 1999, p. 63.

LAUZON, Y., *Le recours collectif*, Cowansville, Yvon Blais, 2001.

McEWAN, J.K. et HERBST, L.B., « °Jurisdictional and Inter-Jurisdictional Issues°, The Continuing Legal Education Society of B.C., Vancouver, 5 mai 2000.

McKEE et GALWAY, « °Constitutional Considerations Concerning National Class Actions°, dans *Special Lectures 2000: Constitutional and Administrative Law*, Toronto, Law Society of Upper Canada, 9 juin 2000.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, tome II, Québec, Publications du Québec, 1993.

NORMANDIN, P., « Les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure et la doctrine de « forum non conveniens » », (1987) 47 R. du B. 469.

PRUJINER, A., « La personne morale et son rattachement en droit international privé », (1990) 31 C. de D. 1049.

PRUJINER, A. et ROY, J., *Les recours collectif en Ontario et au Québec*, Actes de la Première Conférence Yves Pratte, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992.

PRUJINER, A., « Droit international privé : un droit du rattachement », dans *Études de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Bale, Helbing & Lichtenhan, 1993.

PRUJINER, A., « Le statut des obligations en droit international privé », (1988) 29 *C. de D.* 1097.

ROGERS, R., « Vers une loi uniforme sur les recours collectif », dans *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada : Compte-rendu de la soixante-dix-septième réunion annuelle*, Ottawa, 1995, Annexe O.

ROY, C. et RODRIGUE, S., « L'inclusion de non-résidents dans les recours collectifs intentés au Québec » dans *Développement récent sur les recours collectifs 2001*, p. 1.

ROYER, J.C., « Développements récents en matière de litispendance et d'autorité de la chose jugée », dans *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, p. 21.

RUBY et ROBERTS, « *National Class Actions – Future Trend or Temporary Phenomenon* », texte présenté dans le cadre d'une conférence de l'Association du Barreau canadien, avril 2001.

SAUMIER, G., « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure », (1998) 58 *R. du B.* 145.

SAUMIER, G., « Les limites de la compétence internationale des tribunaux québécois » (1999) 12 *R.Q.D.I.* 1.

SAUMIER, G., « Forum non conveniens, Where are We Now? », (2000) 12 *S.C.L.R.* (2d) 121.

SAUMIER, G., « The recognition of foreign judgments in Quebec – The mirror crack'd? » (2002) 81 *R. du B. can.* 677.

SWAN, J., « The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws » (1985) 63 *Can. Bar Rev.* 271.

« Symposium : Recognition of Extraprovincial and Foreign Judgments: The Implications of *Morguard Investments Ltd. V. De Savoye* » (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 1.

TALPIS, J.A., & CASTEL, J-G., « Le Code civil du Québec – Interprétation des règles de droit international privé », dans *La Réforme du Code civil*, t. 3, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993.

TALPIS, J.A. & GOLDSTEIN, G., « Analyse critique de l'Avant-Projet de loi du Québec en droit international privé », (1989) 91 *R. du N.* 293, 456, 606.

TALPIS, J.A. et KATH, S., « The Exceptional as Commonplace in Quebec Forum non conveniens Law : Cambior, a Case in Point », (2000) 34 *R.J.T.* 761.

TALPIS, J.A., « 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, Themis, 2001.

WALKER, J., « Class actions : Where are we at and where are we going? », texte présenté dans le cadre d'une conférence tenue à Toronto les 20 et 21 avril 2001.

WOODS, J., « Recognition and Enforcement of Judgments Between Provinces : The Constitutional Dimensions of Morguard Investments Ltd' », (1993) 22 *Can. Bus. L.J.* 104.

WOODS, J., « L'autorisation de recours collectifs nationaux et internationaux au Québec », texte présenté dans le cadre d'une conférence sur les recours collectif tenue à Montréal en février 2002.

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

2493136 Canada Inc. c. Sunburst Products Inc., J.E. 96-1062 (C.S.).

A.G. for Ontario c. A. G. for Canada and the Distillers' and Brewers' Association of Ontario, [1896] A.C. 348.

Ace/Clear Defence Quebec Inc. c. Martin, No. 760-05-003080-999, 29 avril 2002 (C.S.).

Alex Co. Food International Inc. c. Van Barneveld Gouda B.V., REJB 1997-00521.

Allianz du Canada c. St-Victor (Municipalité du Village de), J.E. 95-1222 (C.S.)

Amchem Products Inc. c. British Columbia (Workers' Compensation Board), [1993] 1 R.C.S. 897.

Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (A.P.E.I.Q.) c. Corporation Nortel Networks, No 500-06-000126-017.

Baird c. Matol Botanical International Ltd., [1994] R.D.J. 282 (C.A.).

Banque Toronto Dominion c. Arsenault, [1994] R.J.Q. 2253, 2255 (C.S.).

Banque Toronto-Dominion c. Cloutier, [1994] R.J.Q. 386 (C.S.).

Bersch c. Drexel Firestone, 519 F2d 974 (2 Cir, 1975).

Bittner c. Louisiana-Pacific Corp, (1997) 43 B.C.L.R. (3d) 324.

Bolduc c. Montreal Trust, J.E. 89-1028 (C.S.).

Carom c. Bre-X Minerals Ltd, (1999), 43 O.R. (3d) 441 (Gen. Div.).

Castano c. American Tobacco Company 84 F. 3d 734 (C.A. 5th Circ. 1996).

Citizens Insurance Co. c. Parsons, (1881) 7 A.C. 96 (Conseil privé).

Converpro Inc. c. Laferrière, No. 750-05-002201-019, 18 juin 2002, (C.S.).

Corporation Nortel Networks c. Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec, No. 500-09-011666-013, 11 mars 2002, (C.A.).

Crown c. Zellerbach, [1988] 1 R.C.S. 401.

Dans l'affaire de la faillite : Eagle River International Limited, et Azco Mining Inc., [2000] RJQ 392 (C.A.).

DDH Aviation Inc. c. Fox, No. 500-09-011686-011, 4 juillet 2002, (C.A.Q.).

Dicaire c. Ville de Chambly, REJB 1999-12813 (C.S.), infirmé REJB 2000-17277 (C.A.).

Dumas c. La Capitale Assurances M.F.Q. Inc., No. 500-09-011734-019, 7 mars 2002, (C.A.).

Dupont c. Taronga Holdings Limited, [1987] R.J.Q. 124 (C.S.).

Elms c. Laurentian Bank of Canada, [2001] B.C.J. No. 1284.

Guimond c. Québec (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 347.

H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royale du Canada, [1995] R.J.Q. 213 (C.S.).

Harrington c. Dow Corning Corp., (2000), 82 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.).

Harrington c. Dow Corning Corp., [1997] B.C.J. No. 400 (B.C.S.C.).

Hilton c. Guyot, 159 U.S. 113 (1895).

Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de), [2001] 3 R.C.S. 907.

Hotte c. Servier Canada Inc., [1999] R.J.Q. 2598 (C.A.).

Hoy c. Medtronic, 91 B.C.L.R. (3d) 352.

Hugues Communications Inc. c. Spar Aerospace Ltée., REJB 2002 – 36015 (C.S.C.).

Hunt c. Lac d'Amiante du Québec Ltée, [1993] 4 R.C.S. 289.

Indyka c. Indyka, [1969] 1 A.C. 33.

Ladoré c. Bennet, [1939] A.C. 468 (Conseil privé).

Lafleur c. Hillinger, [1976] R.P. 28.

Les Brasseries Labat, [1980] 1 R.C.S. 914.

MacDonald c. Vapor Canada Ltd, [1977] 2 R.C.S. 134.

Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills (Canada) Ltd., [1994] R.J.Q. 2227 (C.S.).

Masson c. Thompson, [1995] R.J.Q. 329 (C.A.); [1994] R.J.Q. 1032 (C.S.); J.E. 92-337 (C.S.).

McBride c. Galaxy Carpet Mills Inc, 920 F. Supp. 1278 (N. Dist. Ga. 1995).

McDougall c. Collinson, [2000] B.C.J. No. 571.

MNC Multinational Consultants Inc. c. Dover Corp, REJB 1998-06356 (C.S.).

Moran c. Pyle National (Canada) Ltd, [1975] 1 R.C.S. 393.

Morguard Investments Ltd. c. De Savoye, [1990] 3 R.C.S. 1077.

Nagar c. Ville de Montréal, (1988) R.J.Q. 2219 (C.S.) et (1991) R.D.J. 604 (C.A.).

Nantais c. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd, requête pour certifier le recours collectif, (1996), 25 O.R. (3d) 331 (Gen. Div.); permission d'appeler à la Divisional Court refusée, (1996) O.R. (3d) 347 (Div. Ct.); permission d'appeler à la Cour d'appel refusé, (1996) 7 C.P.C. (4th) 206 (Ont. C.A.).

Nationale du Canada c. Travailleurs unis des transports, no. 500-05-068872-017, 12 juillet 2002 (C.S.).

Ontario New Home Warranty Program c. General Electric Co (1998) 36 O.R. (3d) 787 (Gen. Div.).

Parsons c. Canadian Red Cross Society, [1999] O.J. No. 3572 (S.C.).

Philips Petroleum Co. c. Schutts, 472 US 797.

Proulx c. Pyzer, [1985] R.D.J. 47 (C.A.).

Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc., [2001] R.J.Q. 966 (C.A.).

Recherches internationales Québec c. Cambior Inc., J.E. 98-1905 (C.S.), LPJ 98-0653 (C.S.), REJB 98-08013 (C.S.).

Renvoi : Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.

Richter & Associés Inc. c. Stolzenberg, REJB 1997-04001 (C.S.).

Robertson c. Thompson Corp., (1999) 43 O.R. (3D) 161.

Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc., [1990] 2 R.C.S. 440.

Rosdev Investments Inc. c. Allstate Ins. Co. Of Canada, [1994] R.J.Q. 2966 (C.S.).

Simcoe and Erie General Insurance Co. c. Arthur Andersen Inc., [1995] R.J.Q. 2222 (C.S.).

Société Toon Boom Technologies c. Société 2001 S.A., J.E. 96-474 (C.A.).

Spencer c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 278.

Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex L Ltd, [1987] A.C. 460 (Chambre des Lords).

Upper Churchill Water Rights Reversion Act 1980, [1984] 1 S.C.R. 297.

VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-Laroche Ltd., [2002] O.J. No. 298 (S.C.).

Webb c. K-Mart, requête pour certifier le recours collectif, (2000) 45 O.R. (3d) 389 (S.C.);
demande d'autorisation d'appel refusé, [1999] O.J. No. 3286 (S.C.).

Werner c. SAAB-Scania AB, J.E. 82-277 (C.A.), confirmant [1980] C.S. 798.

Western Canadian Shopping Centers Inc. c. Dutton, [2001] 2 R.C.S. 534.

Whitbread c. Walley, [1990] 3 R.C.S. 1273.

Wilson c. Servier [2002] O.J. No 2032 (S.C.).