

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE PORTANT SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Par Richard Dufour* et
Alexandre Morin**

Pour notre revue de l'activité québécoise en matière de droit international privé en 2007, nous avons décidé de sélectionner les thèmes les plus marquants de l'année et d'y regrouper les décisions pertinentes rendues à ce sujet par les instances d'appel. En 2007, l'évolution de la jurisprudence en droit international privé québécois a été marquée par deux thèmes généraux. D'abord, la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel du Québec ont affermi et cristallisé, d'une certaine manière, les critères d'application de la doctrine du *forum non conveniens*. Ensuite, des décisions importantes ont été rendues relativement aux règles particulières encadrant les contrats de consommation en droit international privé. La présente chronique traitera donc de ces deux thèmes.

I. La doctrine du *forum non conveniens*

Pour la première fois depuis l'entrée en vigueur de l'article 3135 du *Code civil du Québec*¹, la Cour suprême a confirmé les critères retenus par la Cour d'appel dans l'affaire d'*Oppenheim Forfait*² relativement à l'application de la doctrine du *forum non conveniens*. De plus, la Cour suprême a confirmé le pouvoir de la Cour supérieure du Québec d'émettre une injonction à l'encontre d'une personne se trouvant à l'étranger.

En effet, dans l'arrêt *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.*³, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la compétence des tribunaux québécois en matière d'injonction ainsi que sur l'application de la théorie du *forum non conveniens*. Dans cette affaire, la Cour suprême rend une décision qui confirme pour l'essentiel les motifs rendus, dans la même affaire, par le juge René Dussault de la Cour d'appel⁴.

Transat Tours Canada Inc. ("Transat") est un grossiste en voyages qui a son siège social à Montréal. Transat convient avec une entreprise hôtelière mexicaine qu'il aura l'exclusivité d'offrir et de louer à sa clientèle au Canada les chambres d'un

* Avocat, associé au cabinet Dufour Mottet. L'auteur peut être rejoint à l'adresse suivante : <rdufour@dufourmottet.com>.

** Avocat et chargé de cours à l'Université de Sherbrooke, à l'Université de Montréal et à l'Université du Québec à Montréal. L'auteur peut être rejoint à l'adresse suivante : <amorin@morinavocat.com>.

¹ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, c. C-16, art. 3135 [C.c.Q.].

² *Oppenheim Forfait GmbH c. Lexus Maritime inc.*, [1998] J.E. 98-1592 (C.A.) [*Oppenheim*].

³ *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.*, 2007 CSC 20, [2007] 1 R.C.S. 867 [*Impulsora Turistica*].

⁴ Pour les motifs de la Cour d'appel, voir *Transat Tours Canada inc. c. Impulsora Turistica de Occidente, s.a. de c.v.*, 2006 QCCA 413 [*Transat*].

hôtel situé à Puerto Vallarta. Le contrat prévoit l'application du droit québécois aux relations contractuelles des parties et la compétence exclusive des tribunaux du Québec sur tout litige en découlant.

Pendant la durée du contrat, le co-contractant mexicain promet à une entreprise ontarienne, qui fait également affaire au Québec, d'offrir à ses clients au Canada la possibilité de séjourner à son hôtel. Transat est mis au parfum de l'affaire et considère évidemment que son co-contractant mexicain viole son contrat d'exclusivité. Aussi, des procédures en injonction sont intentées contre toutes les parties en cause. Le juge de première instance conclut qu'il a compétence pour rendre une telle injonction, compte tenu que le préjudice avait eu lieu au siège social de la partie demanderesse. Il basait son raisonnement sur l'article 3148 (1)^{3°} C.c.Q.

Cependant, le juge de première instance en vient à la conclusion qu'il doit renoncer à exercer cette compétence en vertu de l'article 3135 C.c.Q., énonçant la doctrine du *forum non conveniens*. Le juge considère en effet que la Cour supérieure doit s'abstenir de rendre des ordonnances ayant des effets extraterritoriaux dans le contexte où elles ne seraient pas susceptibles d'exécution au Québec, vu que les défenderesses défaillantes n'y ont ni actifs ni place d'affaires. Il conclut donc que les tribunaux du Mexique sont plus à même de disposer du litige.

Sous la plume du juge Dussault, la Cour d'appel conclut que dès lors que le juge avait décrété qu'il avait compétence, il était en mesure de rendre une ordonnance ayant des effets extraterritoriaux. Il ajoute que le simple fait qu'il puisse y avoir des difficultés d'exécution n'est pas un motif suffisant en l'instance pour que les tribunaux québécois exercent la discrétion que leur accorde l'article 3155 C.c.Q. De plus, le juge, s'appuyant sur les décisions *Dargaud Éditeur c. Presse-Import Léo Brunelle Inc.*⁵ et *Encaissement de chèque Montréal ltée c. Softwise Inc.*⁶, avance qu'on doit au contraire présumer que les ordonnances seront respectées plutôt que transgressées.

Procédant ensuite à l'analyse des critères énoncés dans l'arrêt *Oppenheim Forfait GmbH c. Lexus Maritime Inc.*⁷, le juge constate que

les autorités québécoises sont mieux à même de trancher le litige, ni les facteurs de rattachement ni les possibles difficultés liées à la sanction d'un éventuel non-respect de celle-ci ne justifiant l'application de la doctrine du *forum non conveniens* en faveur des tribunaux mexicains.⁸

La Cour suprême retient en totalité l'analyse du juge Dussault. Elle ajoute qu'« [i]l convient également de souligner que Tesco avait choisi de se soumettre aux lois et tribunaux du Québec. Qui plus est, toute ordonnance rendue par

⁵ *Dargaud Éditeur c. Presse-Import Léo Brunelle Inc.*, [1990] R.D.J. 341, J.E. 90-997, (C.A.).

⁶ *Encaissement de chèque Montréal ltée c. Softwise inc.*, [1999] Q.J. No. 200, J.E. 99-470, (Q.L.) (C.S.).

⁷ *Oppenheim*, supra note 2.

⁸ *Transat*, supra note 4 au para. 42.

la Cour supérieure aurait des incidences sur MyTravel »⁹. Compétitrice d'Air Transat, cette dernière avait son siège social à Toronto et faisait affaire au Québec.

Tant la Cour d'appel que la Cour suprême du Canada ont réitéré les critères exposés pour la première fois par la Cour d'appel dans *Oppenheim Forfait*¹⁰ lors de l'application de la doctrine du *forum non conveniens*. Il y a lieu de rappeler que ce n'est que lorsqu'un forum étranger est clairement désigné que le juge doit exercer sa discrétion pour décliner sa juridiction. L'un des critères énoncés dans *Oppenheim Forfait* est « l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi »¹¹. Dans l'application de ce dernier critère, il doit être donné préséance au choix stratégique de la partie qui a décidé d'instituer des procédures judiciaires au Québec. Ce critère n'aura d'influence sur la décision de décliner juridiction que lorsqu'il est manifeste que le choix n'avantage aucunement la demanderesse.

La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs eu l'occasion, en 2007, de se pencher sur un autre cas d'application de la doctrine du *forum non conveniens* dans l'affaire de *Ronsco Inc. c. Banque HSBC Canada et RSM Richter Inc*¹². Le juge de première instance avait accueilli une requête en exception déclinatoire au motif qu'aucun des critères de l'article 3148 C.c.Q. n'était satisfait, et que, de toute façon, les tribunaux de l'Ontario étaient plus à même d'entendre cette affaire. La Cour d'appel a accueilli l'appel.

L'appelante, une entreprise québécoise, était une cliente de la Banque HSBC, intimée, avec qui elle avait conclu un contrat bancaire en Ontario régi par le droit de cette province. Ce contrat permettait à la banque d'imposer un consultant à sa cliente et les services de l'autre intimée, RSM Richter, furent retenus. Ce deuxième contrat, conclu au Québec, était régi par le droit québécois.

La cliente alléguait que la banque avait abusé de ses droits contractuels en la forçant d'engager RSM Richter Inc. Les intimées auraient forcé la cliente à poser des gestes et à prendre des décisions à l'encontre de ses intérêts et contre son gré. Elle arguait également que le consultant avait abusé de son mandat et exigé des honoraires exorbitants.

La Cour d'appel conclut, dans un premier temps, que les exigences de l'article 3148 (3^o) C.c.Q. étaient satisfaites à l'égard des deux intimées. En ce qui a trait à la doctrine du *forum non conveniens*, la Cour conclut que les tribunaux de l'Ontario n'étaient guère plus aptes à rendre justice dans cette affaire que les tribunaux québécois, puisqu'à la fois les règles de droit du Québec et de l'Ontario étaient susceptibles de s'appliquer et que les témoins étaient originaires des deux provinces. La Cour d'appel conclut donc que « le juge de première instance a mal exercé sa discrétion en concluant qu'il s'agissait d'un cas justifiant exceptionnellement de décliner compétence »¹³.

⁹ *Impulsora Turistica*, supra note 3 au para. 8.

¹⁰ *Oppenheim*, supra note 2.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ronsco Inc. c. Banque HSBC Canada*, 2007 QQCA 728.

¹³ *Ibid.* au para. 5.

Dans cette détermination, la décision du juge de première instance en matière de *forum non conveniens* est une question discrétionnaire. L'analyse et la conclusion du juge en ce qui a trait au forum le plus approprié doivent être respectées, sauf en l'absence d'une erreur qui doit être démontrée par l'appelant. Les appels quant à l'application de la notion de *forum non conveniens* sont donc difficiles à remporter¹⁴.

II. Le droit international privé et le droit de la consommation

Le droit de la consommation pose des problèmes particuliers en droit international privé puisqu'il suppose que le consommateur soit mieux protégé par la loi qu'un contractant ordinaire, surtout en ce qui a trait à son accès à la justice. Durant l'année 2007, la Cour suprême a rendu une décision portant sur deux thèmes controversés : les clauses d'arbitrage présentant des éléments d'extranéité dans un contrat de consommation et les recours collectifs. La Cour d'appel s'est en outre prononcée sur une question de premier ordre pour les consommateurs de voyages, ce qui lui a fourni l'occasion de reconnaître une compétence internationale assez large aux autorités du Québec en cette matière.

A. L'arbitrage international en matière de contrat de consommation

En 2007, la Cour suprême a rendu un important arrêt en ce qui concerne la validité des clauses d'arbitrage en matière de contrat de consommation et sur l'application de l'article 3149 C.c.Q. dans l'affaire de *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs et Olivier Dumoulin et al*¹⁵.

Cette décision de la Cour suprême du Canada traite de questions de droit civil fort intéressantes, à savoir :

- a) l'interaction entre les différentes sections du Code civil;
- b) l'applicabilité de l'article 3149 C.c.Q. en matière d'arbitrage;
- c) les notions de clause externe et clause abusive;
- d) la relation entre le recours collectif et l'arbitrage, et;
- e) la rétroactivité des lois.

Les faits de la cause sont les suivants. Monsieur Dumoulin prend connaissance d'une offre de Dell, une compagnie torontoise ayant un établissement au Québec, à partir du site internet de celle-ci, pour l'achat d'un ordinateur à un prix peu élevé, qui s'avéra cependant erroné. Monsieur Dumoulin accepte cette offre par Internet et conclut un contrat d'achat qui, par le biais d'un hyperlien, réfère à une

¹⁴ Voir *Goldman c. The Law Society of Upper Canada et al.*, 2007, QQCA 1279.

¹⁵ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801 [*Dell Computer*].

clause d'arbitrage. On y précise que l'arbitrage sera régi par les règles du National Arbitration Forum (NAF), situé aux États-Unis.

Dell ne donne pas suite aux obligations découlant de ce contrat et M. Dumoulin la met en demeure de s'exécuter. Devant leur défaut, il dépose avec l'Union des consommateurs une requête en autorisation d'exercer un recours collectif contre Dell. Celle-ci s'oppose à cette procédure et demande le renvoi à l'arbitrage.

La juge de première instance conclut, compte tenu que le siège du National Arbitration Forum est aux États-Unis, qu'il y a là un élément d'extranéité et qu'en vertu de l'article 3149 C.c.Q., les autorités québécoises sont par conséquent seules compétentes pour entendre une action fondée sur un contrat de consommation. La juge autorise le recours collectif après avoir examiné les critères d'admissibilité. La Cour autorise le recours collectif après avoir procédé à l'examen des critères pouvant y donner ouverture.

La Cour d'appel est quant à elle d'avis qu'il n'y a pas d'élément d'extranéité et que l'article 3149 C.c.Q. ne peut donc recevoir application. Elle parvient toutefois à la conclusion que la clause d'arbitrage est externe au contrat, Dell n'ayant pas prouvé que la clause avait été portée à la connaissance du consommateur. Elle lui est donc inopposable en vertu de l'article 1435 C.c.Q.

La Cour d'appel fait donc valoir que la procédure de recours collectif n'a pas préséance sur l'arbitrage.

Notons au passage que le 9 novembre 2006, le législateur québécois a modifié la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁶, prévoyant spécifiquement qu'il est interdit d'imposer le recours à l'arbitrage à un consommateur.

1. LES MOTIFS DE LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

La Cour suprême se divise, la majorité accueillant l'appel. La juge Deschamps, pour la majorité, s'interroge dans un premier temps à savoir si l'article 3149 C.c.Q. trouve application en l'espèce. Cet article se lit comme suit :

[L]es autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.¹⁷

Tout d'abord, la juge rappelle que le *Code civil du Québec* constitue un ensemble structuré et hiérarchisé, et que la place qu'occupent ses différentes dispositions est déterminante pour leur interprétation. La question est donc de savoir

¹⁶ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 11.1; *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, c. 56.

¹⁷ Art. 3149 C.c.Q.

si l'article 3149 C.c.Q. (situé au livre dixième) peut trouver application dans le contexte d'un arbitrage, qui est régi par les articles 2638 et 2643 C.c.Q., contenus au livre cinquième.

La juge est d'avis que les règles de droit international privé ne sauraient être appliquées en l'absence d'un élément d'extranéité pertinent, que ne pourrait constituer le fait d'avoir consenti à un arbitrage. Elle affirme en outre que l'arbitrage est une institution neutre en soi puisqu'elle est sans attache et sans assise géographique. Le fait que le NAF ait son siège social aux États-Unis, que les décisions administratives y soient prises, que les services y soient rendus ou que les employés y travaillent n'a aucune incidence sur le litige dans lequel les règles de ces dernières sont utilisées. La juge observe d'ailleurs que Dell a reconnu que l'arbitrage aurait lieu au Québec et que la langue française pouvait être utilisée. Elle ajoute au surplus qu'au Canada, ni la langue française ni la langue anglaise ne peuvent être qualifiées de facteurs d'extranéité¹⁸.

La juge Deschamps conclut donc que l'objectif de l'article 3149 C.c.Q. est de protéger le consommateur uniquement lorsque la situation comporte un élément d'extranéité.

La juge cherche ensuite à déterminer quand doit-on déterminer la compétence de l'arbitre et qui doit effectuer cette détermination. Elle fait état des deux tendances et retient celle qui énonce qu'il appartient à l'arbitre de déterminer lui-même s'il a compétence pour décider de l'arbitrage. Elle laisse cependant au tribunal judiciaire la possibilité de disposer en premier lieu de la question de la compétence dans le cadre d'un exercice sommaire lorsque le tribunal d'arbitrage n'a manifestement pas compétence ou lorsque la clause d'arbitrage est manifestement entachée d'un vice la rendant invalide ou inapplicable. Elle conclut ainsi aux paragraphes 85 et 86 de la décision :

Si la contestation requiert l'administration et l'examen d'une preuve factuelle, le tribunal devra normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires. Pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal saisi de la demande de renvoi devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier.

Avant de déroger à la règle générale du renvoi, le tribunal doit être convaincu que la contestation de la compétence arbitrale n'est pas une tactique dilatoire et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l'arbitrage. Cette dernière exigence signifie que, même si le tribunal est en présence d'une des situations d'exception, il peut décider qu'il est dans

¹⁸ Notons ici que, curieusement, la Cour suprême ne voit pas de facteur d'extranéité dans la simple situation géographique des parties. En l'espèce, le consommateur se trouvait au Québec et a passé un contrat de vente avec un commerçant dont le siège social se trouvait à Toronto, Ontario. Nous croyons qu'un tel contrat de vente, entre des parties situées dans des provinces différentes, comporte par le fait même un élément d'extranéité susceptible d'entraîner l'application des dispositions du Livre X du *Code civil du Québec*.

l'intérêt du processus arbitral de laisser l'arbitre se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence.¹⁹

La juge estime donc que cette affaire aurait dû être référée par la juge de la Cour supérieure à l'arbitrage pour qu'elle en soit disposée. Pour des raisons d'efficacité judiciaire, la juge décide de traiter des autres questions en litige.

a) *Le caractère externe de la clause d'arbitrage*

La juge remarque que le législateur, lorsqu'il traite de la clause externe à l'article 1435 C.c.Q., n'a manifestement pas prévu les transactions effectuées par Internet. Elle conclut qu'un site Internet qui permet de prendre connaissance des conditions de vente par l'utilisation d'un hyperlien ne constitue pas une clause externe. Elle affirme au contraire qu'

une clause qui requiert des manœuvres d'une complexité telle que son texte n'est pas raisonnablement accessible ne pourra pas être considérée comme faisant partie intégrante du contrat. De même, la clause contenue dans un document sur Internet et à laquelle un contrat sur Internet renvoie, mais pour laquelle aucun lien n'est fourni, sera une clause externe. L'accès à la clause sur support électronique ne doit pas être plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier.²⁰

b) *La clause d'arbitrage était-elle abusive?*

La juge note qu'un des intimés, l'Union des consommateurs, a plaidé que la clause d'arbitrage était abusive. Faute de démonstration, la juge rejette cet argument. La juge ne précise pas qui de l'arbitre ou du juge saisi peut se prononcer sur cette question. Il ne fait pas de doute que l'arbitre a ce pouvoir. Cependant, on peut penser que le juge pourrait également déclarer la clause d'arbitrage comme étant abusive si cela apparaissait suite à un examen superficiel de ladite clause.

c) *Le recours collectif et l'arbitrage*

En ce qui a trait aux procédures en recours collectif, la juge conclut que celui-ci n'est qu'une procédure et ne crée pas de droit. Par conséquent, dès lors que les parties ont valablement convenu de l'arbitrage, elles renoncent à la procédure du recours collectif.

¹⁹ *Dell Computer*, supra note 15 aux para. 85-86.

²⁰ *Ibid.* au para. 99.

d) *La rétroactivité de la loi adoptée*

Avant même que la Cour suprême n'entende l'affaire, le législateur québécois a modifié la *Loi sur la protection du consommateur*²¹ de manière à prohiber le recours à l'arbitrage en cette matière. Les lois étant présumées ne pas avoir d'effet rétroactif, la juge conclut que cette modification législative ne pouvait s'appliquer à un litige qui était déjà en cours entre les parties.

e) *La dissidence*

Les juges Bastarache et LeBel sont dissidents. Pour ces derniers, un élément d'extranéité n'est pas nécessaire pour que l'article 3149 C.c.Q. reçoive application. Ils citent à titre d'exemple l'article 3111 C.c.Q. qui dispose ce qui suit : « [l']acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte ».

Les juges sont aussi d'avis que les mots « droit international privé » et « conflit de loi » sont ambigus et que ce ne sont, dans les faits, que des règles de droit interne. Si un élément d'extranéité avait été nécessaire, les juges dissidents concluent comme suit :

À notre avis, l'idée que les clauses d'élection du for et d'arbitrage constituent en soi l'élément d'extranéité requis, de sorte que leur seule présence emporte application de l'art. 3148, al. 2, semble très logique. Les clauses d'élection de for auront pour *conséquence* de déposséder les autorités québécoises de leur compétence pour entendre l'affaire afin que celle-ci soit renvoyée dans un autre pays ou une autre province et soit tranchée suivant les lois de ce ressort. De même, les clauses d'arbitrage exclusif ont pour *conséquence* de créer une "juridiction privée", qui fait perdre aux autorités désignées par l'État, telles que les tribunaux nationaux et administratifs, leur compétence pour régler le litige.²²

Selon eux, le concept « d'autorités québécoises » exclut nécessairement un tribunal d'arbitrage. Ils considèrent que le simple fait qu'un arbitre siège au Québec ne saurait qualifier le tribunal d'arbitrage d'autorité québécoise, d'autant plus qu'en l'espèce, l'arbitrage est régi par une loi américaine et par une entreprise ou un organisme qui a son siège social au Minnesota.

Pour ce qui est des autres questions, les juges minoritaires partagent l'avis de la majorité.

²¹ *Supra* note 16.

²² *Ibid.* au para. 200.

2. COMMENTAIRES CONCERNANT L'ARTICLE 3149 C.C.Q.

La logique juridique de la majorité dans ce jugement nous inspire un certain nombre de réflexions. En substance, la juge Deschamps indique que l'article 3149 C.c.Q. n'est pas applicable puisque le litige ne comporte pas d'élément d'extranéité. Comme les juges dissidents, nous croyons qu'assujettir l'application du Livre X du *Code civil du Québec* à un tel critère équivaut à ajouter au texte et peut s'avérer périlleux dans certaines circonstances, du point de vue des règles d'interprétation. En effet, les dispositions du *Code* relatives au droit international privé s'appliquent afin de déterminer quelle est la loi applicable à un litige, quel est le tribunal compétent et à quelles conditions ont reconnu une décision rendue à l'étranger comme étant exécutoire au Québec. En l'espèce, on parle de compétence internationale des autorités québécoises. On se demande si le consommateur peut invoquer une disposition créée dans le but de le protéger et de lui éviter d'avoir à porter sa cause devant une « autorité étrangère ». La véritable question qui se posait était donc de savoir si un tribunal arbitral siégeant au Québec, mais organisé par une société américaine et appliquant des règles étrangères, constituait une telle « autorité étrangère ».

L'interprétation donnée par la Cour suprême de l'article 3149 est que le but du législateur n'était pas de soustraire à l'arbitrage tout litige entre un commerçant et un consommateur. Cette interprétation se défend puisque le *Code civil* consacre un chapitre spécifique à la convention d'arbitrage²³ et qu'on n'y mentionne aucune protection particulière en faveur du consommateur. Cependant, cette interprétation viole la lettre de l'article 3149. Le législateur québécois a précisé sa pensée en déclarant par la suite toute clause d'arbitrage à la merci du choix du consommateur.

Mais adoptons le raisonnement de la majorité de la Cour suprême concernant l'assujettissement des règles relatives au droit international privé aux situations présentant un élément d'extranéité. Le contrat en cause comportait-il des éléments d'extranéité? En première instance, la juge Langlois avait arrêté que le contrat avait été conclu au Québec puisqu'en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur*²⁴ telle qu'elle existait à l'époque, tout contrat de consommation conclu à distance était réputé avoir été conclu au domicile du consommateur²⁵. Le fait que le commerçant avait un établissement au Québec supportait cette conclusion. Les faits sont muets quant au lieu où se trouvaient les ordinateurs qui auraient dû être livrés, parce que Dell a de toute façon refusé de les livrer.

La Cour suprême indique qu'une clause d'arbitrage ne constitue pas, en soi, un élément d'extranéité. Nous ne pouvons qu'approuver cette assertion. Toutefois, une telle clause peut renfermer des éléments d'extranéité et il est loin d'être clair si l'application de l'article 3149 est assujettie à la présence de ces éléments. En l'espèce, elle référerait à un organisme d'arbitrage américain, responsable des arbitrages en vertu

²³ Art. 2638-43 C.c.Q.

²⁴ *Supra* note 16.

²⁵ *Ibid.* (il s'agissait de l'article 21 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui a été abrogé en 2006).

des contrats de Dell. Voici le texte de cette clause, tiré du jugement de première instance :

Arbitrage. UNE RÉCLAMATION, UN CONFLIT OU UNE CONTROVERSE (PAR SUITE D'UN CONTRAT, D'UN DÉLIT CIVIL OU AUTREMENT DANS LE PASSÉ, QUI SURVIENT À L'HEURE ACTUELLE OU QUI SURVIENDRA DANS LE FUTUR, Y COMPRIS CEUX QUI SONT PRÉVUS PAR LA LOI, CEUX QUI SURVIENNENT EN COMMON LAW, LES DÉLITS INTENTIONNELS ET LES RÉCLAMATIONS ÉQUITABLES QUI PEUVENT, EN VERTU DE LA LOI, ÊTRE SOUMIS À L'ARBITRAGE OBLIGATOIRE) CONTRE DELL, ses représentants, ses employés les membres de sa direction, ses administrateurs, ses successeurs, ses ayants cause ou les membres de son groupe (collectivement aux fins du présent paragraphe, "Dell") découlant de la présente convention ou de son interprétation ou relié à celle-ci , ou découlant de la violation, de la résiliation ou de la validité de la présente convention, des relations entre les parties antérieures, actuelles ou futures (y compris, dans la mesure autorisée par le droit applicable, les relations avec des tiers qui ne sont pas des signataires de la présente convention), de la publicité affichée par Dell ou d'un achat connexe DEVRA ÊTRE RÉGLÉ DE FAÇON EXCLUSIVE ET DÉFINITIVE PAR VOIE D'ARBITRAGE OBLIGATOIRE ORGANISÉ PAR LE NATIONAL ARBITRATION FORUM ("NAF") conformément à son code de procédure et aux procédures particulières concernant le règlement de petites réclamations et (ou) de conflits entre consommateurs alors en vigueur (qui peuvent être consultés sur Internet à l'adresse <http://www.arb-forum.com> ou par téléphone au 1 800 474-2371). L'arbitrage se limitera uniquement aux conflits ou aux controverses entre le client et Dell. La décision du ou des arbitres sera définitive et obligatoire pour chacune des parties et elle peut être accueillie devant un tribunal compétent. On peut obtenir des renseignements sur le NAF et déposer des réclamations auprès de cet organisme en écrivant au P.O. Box 50191, Minneapolis, MN 55405, en envoyant un courriel à l'adresse file@arb-forum.com ou en remplissant une demande en ligne à l'adresse <http://www.arb-forum.com>.²⁶

Il faut comprendre aussi que cette clause indique indirectement que l'arbitrage devait se dérouler conformément aux règles imposées par une loi fédérale américaine, la *Federal Arbitration Act*²⁷. La Cour a refusé de qualifier ces éléments d'« extranéité ». Le fait de référer à des règles différentes que celles du *Code de procédure civile* n'introduit aucun élément étranger au litige. Il faut donc en conclure que seuls le lieu de l'arbitrage et l'application d'une loi étrangère au fond du litige pourraient être considérés comme des éléments d'extranéité appelant l'application de l'article 3149 C.c.Q.. Cette logique est fort discutable. Elle restreint l'application de l'article, alors que son objet est de protéger un contractant vulnérable. D'autre part, nous sommes d'accord avec les juges dissidents qui signalent que le législateur peut

²⁶ Le texte de la clause est tiré du jugement de la Cour suprême, *Dell Computer*, *supra* note 15 au para. 127.

²⁷ *Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C. § 1-16 (1990).

prévoir des règles de droit international privé en l'absence de tout élément d'extranéité. Ce passage de la dissidence nous semble beaucoup plus défendable en droit :

Cette interprétation fait également abstraction d'une autre question importante : d'où l'arbitre tient-il sa compétence? En l'espèce, l'arbitre et la procédure d'arbitrage établie par le NAF relèvent ultimement du droit américain. Signalons à cet égard la règle 50 du *NAF Code* qui précise que [TRADUCTION] “[I]es arbitrages en vertu du Code sont régis par la Federal Arbitration Act conformément à la règle 48B”. Selon la règle 48B, [TRADUCTION] “[s]auf entente contraire des parties, toute convention d'arbitrage visée aux règles 1 et 2E, de même que toute procédure d'arbitrage, audience, sentence et ordonnance sont régies par la Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16”. Aucun arbitre lié par le droit américain ne saurait être qualifié d’“autorité québécoise”. Les intimés soulèvent également à bon droit le fait que suivant la règle 11D, tous les arbitrages se dérouleront en anglais. On pourrait penser qu'une “autorité québécoise” serait tenue d'offrir ses services d'arbitrage en français. Enfin, il nous semble tout à fait incongru qu'en l'espèce, le consommateur doive d'abord communiquer avec une institution américaine, située à Minneapolis et responsable de l'organisation de l'arbitrage, afin d'entamer le processus visant à attribuer à la soi-disant “autorité québécoise” la compétence nécessaire pour entendre le litige.²⁸

Au surplus, soulignons que l'article 19 de la *Loi sur la protection du consommateur*²⁹ stipule qu'« [u]ne clause d'un contrat assujettissant celui-ci, en tout ou en partie, à une loi autre qu'une loi du Parlement du Québec ou du Canada est interdite ». Rien dans la décision ne traite de cet article 19, qui nous fait pourtant penser que la clause d'arbitrage de Dell était nulle puisqu'elle entraîne l'application du droit américain en ce qui concerne la procédure d'arbitrage³⁰.

La principale critique que nous adressons à ce jugement est l'ouverture sans limite et l'enthousiasme sans faille que semble accorder la Cour suprême à l'arbitrage comme mode de règlement des différends en matière de consommation. En effet, la juge affirme d'entrée de jeu :

[I]a multiplication des échanges commerciaux alimente sans contredire le développement des normes régissant les relations internationales. Les modes amiables de règlement des litiges, dont l'arbitrage, font partie des moyens que la communauté internationale a retenus afin d'améliorer l'efficacité des rapports économiques.³¹

²⁸ *Dell Computer*, supra note 15 au para. 212.

²⁹ *Loi sur la protection du consommateur*, supra note 16, art. 19.

³⁰ Notons qu'il aurait été pertinent de commenter davantage cet arrêt au regard de la notion d'extranéité et des fondements de l'art. 3149 C.c.Q., mais nous devons nous imposer des limites dans le cadre de la présente chronique. Pour davantage de commentaires à cet égard, voir Geneviève Saumier, « La sphère d'application de l'article 3149 C.c.Q. et le consommateur québécois » (2007) 37:2 R.G.D. 463.

³¹ *Dell Computer*, supra note 15 au para. 1.

Il nous apparaît difficile, dans le contexte factuel de ce dossier, d'affirmer que tel aurait été l'objectif de l'arbitrage.

Des entreprises comme Dell incluent manifestement de telles clauses d'arbitrage dans leur contrat afin de volontairement désavantager les consommateurs et surtout éviter la possibilité de faire face à un recours collectif, qui est une procédure de nature sociale³². Le législateur l'a bien compris et est intervenu, avant même que la Cour suprême n'entende cette affaire, pour abroger la *Loi sur la protection du consommateur*³³. Aussi, l'article 11 (1) de cette loi stipule qu'un contrat de consommation ne peut dorénavant contenir de clause imposant obligatoirement l'arbitrage au consommateur ou restreignant son droit d'intenter un recours collectif.

N'oublions pas ici qu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion, rédigé par le commerçant et ne pouvant absolument pas être négocié par le consommateur. Pourtant, la juge Deschamps écrit, au paragraphe 52 de la décision :

Si le choix de l'arbitrage comme mode de règlement des conflits était constitutif d'extranéité, cela reviendrait à dire que l'arbitrage constitue, par lui-même, un lien de rattachement avec un territoire donné, ce qui est tout à fait contradictoire avec l'essence même de l'institution de l'arbitrage, c'est-à-dire la neutralité. Cette institution est neutre sur le plan territorial; elle ne comporte aucun élément d'extranéité. D'ailleurs, les parties à une convention d'arbitrage sont libres, sous réserve des dispositions impératives qui les lient, de choisir le lieu, la forme et les modalités qui leur conviennent. Elles peuvent choisir l'espace virtuel et fixer leurs propres règles. Elles pouvaient, *en l'espèce, se reporter au Code de procédure civile, s'inspirer d'un guide d'arbitrage québécois ou américain ou choisir les règles établies par une organisation reconnue comme la Chambre de Commerce internationale, le Centre canadien d'arbitrage commercial ou le NAF*. Dans aucun de ces cas la procédure choisie n'a d'incidence sur l'institution de l'arbitrage. Les règles deviennent celles des parties, peu importe leur origine [Nos italiques].³⁴

Or le contrat entre les parties était manifestement un contrat d'adhésion, comme presque tous les contrats susceptibles d'être conclus par le biais d'Internet. M. Dumoulin ne pouvait modifier la clause d'arbitrage et demander à Dell si elle en était satisfaite avant de commander son ordinateur. Comment la majorité de la Cour suprême peut-elle donc affirmer qu'en l'espèce, les parties étaient libres de choisir n'importe quel corpus de règles pour régir l'arbitrage? Ce passage nous laisse songeurs. S'il est exact que l'arbitrage dans les contrats commerciaux est librement négocié entre les parties, il ne l'est que rarement entre un consommateur et un commerçant. Le consommateur recherche en réalité deux choses lorsqu'il contracte :

³² Voir Pierre-Claude Lafond, « L'arrêt *Dell Computer* et l'avenir du recours collectif au Québec : un pavé dans la mare de l'accès des consommateurs à la justice » (2007) 37 :2 R.G.D. 357.

³³ *Supra* note 16.

³⁴ *Dell Computer*, *supra* note 15 au para. 52.

un bien déterminé à un prix déterminé. Les clauses accessoires sont à ses yeux véritablement accessoires et ne l'empêcheront pas de contracter même si elles le gênent, à plus forte raison s'il peut bénéficier d'une aubaine. Le consommateur ne s'interdira donc pas d'acheter à cause d'une clause d'arbitrage, même si celle-ci pourrait lui causer beaucoup de tort par la suite.

L'arbitrage a sûrement un bel avenir et doit être favorisé. Cependant, ce mode de résolution des conflits peut s'avérer inapproprié dans certaines circonstances, surtout lorsqu'il y a disproportion entre les moyens respectifs des parties et que le montant en litige est minime. L'accessibilité au processus d'arbitrage peut s'avérer complexe pour un citoyen ordinaire, surtout s'il doit faire des démarches à l'étranger pour le mettre en branle. Dans un texte consacré à cette question³⁵, le professeur Frédéric Bachand défend l'opinion que le recours à l'arbitrage peut constituer une solution au problème de manque d'accès des consommateurs aux tribunaux, mais pas à n'importe quelle condition. Selon lui, une clause d'arbitrage est inappropriée si elle impose au consommateur de payer ne serait-ce qu'une partie des frais liés à l'arbitrage; si elle ne garantit pas au consommateur que l'arbitrage aura lieu dans un endroit qui lui est accessible; si elle comporte une renonciation au droit d'intenter un recours collectif; et si elle ne prévoit aucune procédure précise de nomination de l'arbitre³⁶. Le professeur Bachand ajoute :

Si une clause d'arbitrage peut indéniablement avoir pour effet d'entraver l'accès du consommateur à la justice dans certaines circonstances, il est tout aussi vrai qu'une telle clause peut avoir pour effet d'accroître – même substantiellement – son accès à la justice dans d'autres circonstances. Imaginons une clause prévoyant : i) que l'arbitrage aura lieu devant un seul arbitre indépendant et impartial; ii) que l'arbitrage se déroulera suivant une procédure allégée, simplifiée et rapide; que tous les frais de l'arbitre – y compris les honoraires et dépenses de l'arbitre – seront à la charge du commerçant; iv) que toute audition, au besoin, aura lieu dans un endroit commode et accessible pour le consommateur; v) et que l'arbitrage soit administré par une institution expérimentée et impartiale, sans but lucratif [...] Dans de telles circonstances l'arbitrage offrira un mode de résolution des différends qui s'avérera beaucoup plus intéressant pour le consommateur que le recours aux tribunaux judiciaires [...].³⁷

Au cours des dernières années, la Cour suprême a semblé placer l'arbitrage sur un pied d'égalité avec le système public de justice, en ce qu'elle laisse pleine liberté à la volonté de parties³⁸. A-t-elle vu là une solution aux problèmes auxquels font face les justiciables en matière d'accessibilité, notamment financière, de la

³⁵ Frédéric Bachand, « Le mythe du caractère fondamentalement inéquitable des clauses d'arbitrage insérées dans les contrats de consommation – Observations critiques sur l'article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur* », dans Pierre-Claude Lafond, dir., *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 163.

³⁶ *Ibid.* aux pp. 175-76.

³⁷ *Ibid.* à la p. 176.

³⁸ Voir notamment *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178.

justice canadienne? Il ne nous apparaît pas évident que l'arbitrage soit une réponse adéquate à ces problèmes. Le recours à l'arbitrage doit rester marginal. Il implique que les parties doivent non seulement payer leurs procureurs, mais également leurs arbitres (qui sont parfois au nombre de trois). L'arbitrage implique également que les litiges soient tenus confidentiels, autant pour les faits, les arguments que pour les décisions rendues. Il s'agit d'une justice de portes closes, qui s'avère certes très utile aux multinationales désireuses de régler leurs problèmes entre elles sans les exposer sur la place publique, mais qui nous semble inadaptée à de nombreuses circonstances. Une société ne peut pas à la fois exporter et privatiser l'administration de sa justice dans le cadre de litiges courants. Il appartient à l'État de fournir aux citoyens un mode public de résolution des conflits efficace et peu onéreux.

Pour justifier le recours à l'arbitrage en droit de la consommation, ses défenseurs emploient souvent l'analogie du droit du travail. Ce domaine est aussi caractérisé par un déséquilibre entre les parties : l'employé est toujours plus faible, plus vulnérable que l'employeur en cas de litige. Personne ne se plaindrait du fait que le droit du travail comporte une règle de recours obligatoire à l'arbitrage. Au contraire, on n'y trouverait que des points positifs, dont un accès à la justice plus rapide et plus simple. Selon nous, cette analogie est boiteuse. En effet, le droit du travail ne prévoit le recours obligatoire à l'arbitrage que lorsqu'un syndicat représente collectivement l'ensemble des travailleurs et qu'une convention collective fixe les règles applicables au contrat de travail de chacun. Or il serait faux d'affirmer qu'un employé représenté par son syndicat se trouve encore systématiquement en situation de faiblesse et de vulnérabilité face à son employeur. Les frais liés à l'arbitrage seront partagés entre l'employeur et les syndicats; devenus de puissantes institutions, ces derniers peuvent désormais faire face à de tels coûts. En l'absence de convention collective, l'employé doit faire appel aux tribunaux de droit commun en cas de litige avec son employeur. Les législateurs ont même fixé des régimes particuliers pour les salariés, en vertu desquels ces derniers n'ont pas à payer pour l'arbitrage de leur cause, et peuvent de surcroît être représentés gratuitement par un organisme étatique. Ceci est loin d'être le cas en matière de consommation.

Il serait possible de qualifier des clauses d'arbitrage d'abusives au sens du *Code civil du Québec*. Cette question risque cependant fort bien d'être tranchée par l'arbitre lui-même. La décision de la majorité fera sans doute l'objet d'une jurisprudence importante au cours des prochaines années, du fait d'avoir laissé aux tribunaux judiciaires une certaine compétence pour disposer initialement de la validité de la clause d'arbitrage. Le concept de l'examen superficiel de la preuve documentaire proposé par la Cour suprême n'est pas des plus clairs et risque de donner lieu à des litiges abondants.

La Cour suprême a donc rendu une décision qui, en excluant l'arbitrage de l'application de l'article 3149 C.c.Q., s'inscrit à notre avis à contre-courant de la tendance actuelle qui consiste à renforcer les règles de droit international privé

protégeant le consommateur³⁹. La Cour s'est inspirée de la tendance américaine qui est favorable à l'arbitrage en matière de consommation⁴⁰. Le législateur québécois a réagi à ce débat avant que la décision de la Cour suprême ne soit rendue et nous croyons qu'il a agi dans le bon sens.

3. LES RECOURS COLLECTIFS

Enfin, soulignons que le recours à l'arbitrage exclut habituellement l'utilisation du recours collectif. La Cour suprême ne voit pas là la suppression d'un droit : le recours collectif n'est pas un droit, mais une manière de faire valoir un droit⁴¹, un simple véhicule procédural. Nous considérons toutefois qu'il ne s'agit pas d'une procédure comme les autres. Dans *Bisailon c. Université Concordia*, le juge Lebel affirmait ce qui suit :

[I]a procédure de recours collectif a une portée sociale. Elle vise à faciliter l'accès à la justice aux citoyens qui partagent des problèmes communs et qui, en l'absence de ce mécanisme, seraient peu incités à s'adresser individuellement aux tribunaux pour faire valoir leurs droits.⁴²

Le recours collectif a une fonction sociale dont on peut difficilement se passer dans une société de consommation dotée d'un système judiciaire comme le nôtre. Il permet à des milliers de consommateurs lésés d'obtenir justice contre des multinationales incroyablement mieux nanties financièrement. La valeur de la réclamation pour chaque consommateur importe peu : ce qui prime, c'est la publicité du recours et la dénonciation des entreprises fautives. Par exemple, si une banque s'approprie sans droit quelques dizaines de dollars auprès de quelques millions de clients, elle doit au moins courir le risque de faire face à la justice. Le recours collectif permet aussi la publicité des pratiques commerciales frauduleuses. La menace du recours collectif constitue par ailleurs un certain rempart contre les décisions de conseils d'administration peu scrupuleux consistant à vendre des produits qu'ils savent dangereux ou à adopter des pratiques commerciales douteuses pour l'appât du gain. Dans l'arrêt *Dutton*, la juge en chef McLauchlin s'exprimait à propos du litige collectif en ces termes :

Les recours collectifs procurent trois avantages importants sur une multiplicité de poursuites individuelles. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, les recours collectifs

³⁹ Voir à ce sujet : Claudia Lima Marques, « Consumer Protection in Private International Law Rules: the Need for an Inter-American Convention on the Law Applicable to some Consumer Contracts and Consumer Transactions (CIDIP) » dans Thierry Bourgoignie, dir., *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 145.

⁴⁰ Voir Claude Marseille, « L'arbitrage et les recours collectifs au Québec : où en sommes-nous? » dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec : développements récents sur les recours collectifs 2006*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 139.

⁴¹ La Cour suprême l'avait déjà indiqué dans la décision *Bisailon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666.

⁴² *Ibid.* au para. 16.

permettent de faire des économies au plan judiciaire en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. [...]

Deuxièmement, comme les frais fixes peuvent être divisés entre un grand nombre de demandeurs, les recours collectifs donnent un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites qui auraient été trop coûteuses pour être intentées individuellement. [...]

Troisièmement, les recours collectifs servent l'efficacité et la justice en empêchant des malfaisants éventuels de méconnaître leurs obligations envers le public. Sans recours collectifs, des personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais répandus pourraient négliger le coût total de leur conduite, sachant que, pour un demandeur, les frais d'une poursuite dépasseraient largement la réparation probable. Le partage des frais diminue le coût des recours en justice et dissuade donc les défendeurs éventuels qui pourraient autrement présumer que de petits méfaits ne donneraient pas lieu à un litige.⁴³

Des auteurs relèvent que certaines clauses d'arbitrage n'excluent pas les *class-wide actions* ou la consolidation de plusieurs recours devant le même arbitre⁴⁴. À notre avis, rien ne permet de conclure que cette pratique serait effective au Québec et que l'absence de publicité empêche précisément les consommateurs de se joindre à de tels recours. Selon l'auteur Claude Marseille, le droit américain n'exclut pas cette possibilité⁴⁵. En fait, le droit à l'arbitrage collectif dépendrait de la clause d'arbitrage elle-même. Si elle l'exclut, ce droit n'existerait pas. Sinon, l'arbitre devrait interpréter la clause d'arbitrage afin de déterminer si le droit à l'arbitrage collectif est possible ou non. L'auteur se questionne quant à la possibilité d'importer ce recours en droit québécois, soulignant les problèmes potentiellement engendrés :

Les éventuels "arbitrages collectifs" soulèvent des questions intéressantes en droit civil québécois. L'article 1000 C.p.c. édicte que la Cour supérieure connaît "exclusivement", en première instance, des demandes de recours collectifs "exercées en vertu du présent livre" : cette disposition a-t-elle pour effet de prohiber un éventuel arbitrage collectif? Les arbitrages ne sont-ils pas visés par un autre livre au C.p.c.? Le tribunal confronté à une clause d'arbitrage pourrait-il autoriser un recours collectif, pour ensuite le référer à l'arbitrage, qui se déroulerait alors collectivement? L'arbitre est-il lui-même compétent pour autoriser un arbitrage collectif, notamment du fait qu'il est autorisé à procéder à l'arbitrage selon la procédure qu'il détermine? Comment s'articulera l'absence de mandat des membres du groupe, caractéristique du recours collectif, dans le contexte d'un tel arbitrage, le cas échéant? Quelles règles régiraient un tel arbitrage

⁴³ *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534 aux para. 27-29.

⁴⁴ Voir Stéphanie Raymond-Bougie, *L'arbitrage des différends en droit de la consommation : une nouvelle approche*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 à la p. 110.

⁴⁵ Marseille, *supra* note 40.

collectif : s'agirait-il des dispositions du *Code de procédure civile* en la matière, avec les adaptations nécessaires? [Notes omises].⁴⁶

Le recours collectif est un moyen procédural que le législateur québécois désire protéger. Son utilité sociale fait en sorte qu'on doit éviter, dans un contexte de droit international privé, de limiter son utilisation. En 2007, la Cour d'appel du Québec a d'ailleurs rendu un jugement très favorable aux membres d'un recours collectif dans l'affaire de *Société canadienne des Postes c. Michel Lépine et Cybersurf Corp.*⁴⁷.

Cette affaire décide de la reconnaissance au Québec d'un jugement ontarien en matière de recours collectif alors qu'un recours collectif identique pour les résidents du Québec est pendant.

Dans un contexte de consommation, trois recours collectifs sont intentés contre les entreprises Postes Canada et Cybersurf Corp. : en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec. Les procédures pour exercer un recours sont d'abord intentées au Québec, puis en Colombie-Britannique et en Ontario. Le recours collectif de l'Ontario prévoit expressément l'exclusion des résidents du Québec

Dans le cadre du recours ontarien, des négociations ont lieu et mènent à la conclusion d'une entente qui sera entérinée par un juge. Cette entente a la particularité de modifier la définition du groupe pour inclure les personnes résidant au Québec. Le juge saisi de cette affaire est informé par lettre d'un avocat québécois de l'existence d'une requête pour recours collectif intenté au Québec et de l'état des procédures.

La Cour supérieure du Québec autorise l'exercice du recours collectif et refuse de suspendre son jugement dans l'attente de la décision de la Cour ontarienne. Le juge Fournier de la Cour supérieure considère alors que les conditions d'application de l'article 3137 C.c.Q. ne sont pas satisfaites. Un jugement rendu en Ontario entérine la convention intervenue entre les parties.

C'est dans ce contexte qu'on demande la reconnaissance du jugement ontarien au Québec. Le juge de première instance refuse de reconnaître le jugement ontarien, considérant que la procédure telle que menée en Ontario n'est pas équitable pour les résidents du Québec.

La Cour d'appel, dans une opinion rendue par la juge Pierrette Rayle, rejette l'appel. Dans un premier temps, la juge dispose d'un des arguments de l'intimé à l'effet que la Cour ontarienne n'avait pas compétence en vertu des articles 3149⁴⁸ et 3168 (5^o) C.c.Q., cette dernière disposition se lisant comme suit :

⁴⁶ *Ibid.* au para. 123 (notons que cet auteur est très critique quant à l'efficacité réelle des litiges collectifs et se montre très ouvert à l'arbitrage en matière de consommation).

⁴⁷ *Société canadienne des postes c. Lépine*, 2007 QQCA 1092 [*Lépine*].

⁴⁸ Art. 1349 C.c.Q.

Art. 3168. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, la compétence des autorités étrangères n'est reconnue que dans les cas suivants : [...]

5^o Les parties leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé; cependant, la renonciation du consommateur ou du travailleur à la compétence de l'autorité de son domicile ne peut lui être opposée [...].⁴⁹

La juge est d'avis que l'article 3149 C.c.Q. ne confère pas une juridiction exclusive aux tribunaux québécois en matière de contrat de consommation si le consommateur a sa résidence au Québec. Selon elle, l'article 3149 C.c.Q. se distingue des articles 3129 et 3151 C.c.Q. qui accordent une compétence exclusive aux tribunaux québécois en matière de responsabilité civile résultant de l'exposition à une matière première provenant du Québec.

Les tribunaux ontariens avaient donc compétence. Cependant, la juge arrive à la conclusion qu'étant donné les faits en l'instance, le jugement ontarien ne doit pas être reconnu parce que la décision a été rendue en violation des principes essentiels de la procédure (article 3155 (3^o) C.c.Q.). En effet, la juge conclut que jusqu'à ce qu'il rende jugement, le juge ontarien n'était pas véritablement saisi d'un recours incluant les consommateurs québécois. À cet égard, elle conclut que le juge ontarien aurait dû exercer sa discrétion et refuser que soit modifiée la définition du groupe pour inclure les consommateurs québécois.

Analysant par ailleurs les différents avis envoyés dans le cadre des procédures québécoises et ontariennes, la juge conclut que ceux-ci étaient susceptibles de créer de la confusion dans l'esprit des consommateurs québécois, contrevenant aux principes essentiels de la procédure dans un contexte de recours collectif. Même si ces faits sont postérieurs au jugement rendu en Ontario, la juge en tient compte, considérant que dans certaines circonstances, l'analyse de tels faits peut être pertinente et prise en compte par les tribunaux québécois dans le contexte d'une reconnaissance d'une décision étrangère.

La juge est également d'avis que l'article 3155 (4^o) C.c.Q. doit s'appliquer, puisque que c'est au Québec que la requête pour autoriser le recours collectif a d'abord été intentée. Cette disposition se lit comme suit :

Art. 3155 : Toute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants :

[...] 4^o Un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet, a donné lieu au Québec à une décision passée ou non en force de chose jugée, ou est pendant devant une autorité québécoise,

⁴⁹ *Ibid.*, art. 3168.

première saisie, ou a été jugé dans un État tiers et la décision remplit les conditions nécessaires pour sa reconnaissance au Québec [...].⁵⁰

La juge rejette l'argument à l'effet que le recours collectif n'existait que lorsqu'il a été autorisé, qu'il n'y avait pas de litige au Québec entre les parties avant que le juge Fournier n'autorise ce recours. Elle interprète le mot "litige" largement pour inclure une requête pour permission d'autoriser un recours collectif.

La juge réitère le caractère non contraignant du principe de courtoisie en droit international privé québécois. Elle s'appuie en cela sur les affaires *Spar Aerospace c. American Mobile Satellite Corp.*⁵¹, et *Worthington Corporation c. Atlas Turner inc.*⁵². Elle ajoute de plus que les principes de courtoisie ne limitent en rien le droit des provinces d'adopter des règles en matière de reconnaissance des décisions étrangères. Elle termine par un jugement particulièrement sévère sur le comportement du juge ontarien :

Après avoir fait mention de la lettre qu'il a reçue de l'avocat de l'intimé lui demandant de décliner compétence à l'égard des ressortissants québécois au motif qu'une requête en autorisation de recours collectif avait été introduite, contestée, plaidée et mise en délibéré devant les instances québécoises, le juge Crane fait preuve, à l'égard de la Colombie-Britannique, dernière saisie, d'une courtoisie qu'il refuse sans s'expliquer aux autorités québécoises. On demeure perplexé.⁵³

B. Les dommages subis par des vacanciers

Outre les problèmes qu'un consommateur peut éprouver avec un bien défectueux acheté à l'étranger ou avec une clause d'arbitrage, un type de service offert aux consommateurs peut générer bien des litiges en matière de droit international privé : le voyage. La Cour d'appel a rendu une décision fort intéressante pour les touristes friands de soleil et de belles plages dans l'affaire de *Hoteles Decameron Jamaica Limited et Nem Insurance Company (Ja) Limited c. Lise D'Amours et Gilles Mongeon et Transat Tours Canada inc. et al.*⁵⁴.

La Cour d'appel est saisie d'un appel d'une décision de la Cour supérieure qui a rejeté une requête en exception déclinatoire. Les faits à l'origine du litige sont les suivants. Un couple de Québécois se rend en Jamaïque. Lors de leur séjour, ils sont exposés à un pesticide et auraient subi des malaises pour lesquels ils ont été traités sur place. De retour au Québec, ils ont continué à en subir des conséquences graves.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 3155.

⁵¹ *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205 [*Spar*].

⁵² *Worthington Corporation c. Atlas Turner Inc.*, [2004] R.J.Q. 2376 (C.A.).

⁵³ *Lépine*, *supra* note 47 au para. 90.

⁵⁴ *Hoteles Decameron Jamaica Ltd. c. D'Amours*, 2007 QQCA 418.

Deux des défenderesses ont présenté une requête en exception déclinatoire invoquant l'absence d'établissement et d'actif au Québec, et le fait que la faute et le préjudice aient été commis et subis à l'étranger. Le juge de première instance a rejeté cette requête compte tenu de l'article 3148 (3°) C.c.Q. prévoyant que le fait que le préjudice soit subi au Québec est suffisant pour donner compétence aux tribunaux. Il y a appel de ce jugement.

Le juge Gendreau passe en revue les principes généraux applicables en matière de droit international privé québécois. Il réitère la nécessité d'un lien réel et substantiel entre le litige et la juridiction qui en est saisie. Il réfère, entre autres, à l'arrêt *Spar*⁵⁵ de la Cour suprême du Canada et rappelle que le droit international privé québécois est codifié et que les principes de courtoisie d'ordre et d'équité n'y sont pas énoncés. Par conséquent, ils n'ont pas d'effet contraignant.

La notion voulant que le lien réel soit substantiel, énoncée dans *Morguard*⁵⁶ et *Hunt*⁵⁷ au Québec, ne reçoit application que dans le cadre d'un litige interprovincial en raison de l'organisation fédérale de l'État canadien. De toute façon, cette notion se retrouve implicitement dans le contenu de l'article 3148 C.c.Q.

Si la Cour en venait à la conclusion, après avoir appliqué l'article 3148 (3°) C.c.Q., que le lien réel n'était pas substantiel, elle pourrait toujours, si demande lui en était faite, accueillir l'exception déclinatoire en référant à la doctrine du *forum non conveniens* énoncée à l'article 3135 C.c.Q.

Le juge rappelle qu'en vertu de l'article 3148 (3°) C.c.Q. la faute, le préjudice, le fait dommageable – s'ils se produisent au Québec ou que l'une des obligations du contrat y est exécutée – sont des facteurs individuels de rattachement en faveur de la compétence des tribunaux du Québec. De surcroît, la notion de préjudice doit être interprétée de façon libérale.

Cependant, le juge reconnaît qu'en matière de préjudice corporel, la victime est susceptible de se déplacer d'une juridiction à une autre. Le juge s'interroge s'il n'y aurait pas lieu d'appliquer le critère du lieu où la victime a subi le préjudice le plus important. Il rejette cette solution considérant qu'elle ajouterait au texte de l'article 3148 (3) C.c.Q., qui ne traite que de préjudice. Le juge conclut que c'est donc au stade de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* qu'un juge pourra contrôler de tels abus.

Compte tenu que les requérants n'avaient pas soulevé cet argument en première instance, la Cour d'appel ne se prononce pas sur cette question.

L'épandage d'insecticides ou de pesticides à grande échelle produit des dommages chez l'être humain. La science, comme le droit, traite désormais ce type de

⁵⁵ *Spar*, *supra* note 51.

⁵⁶ *Morguard Investment Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077.

⁵⁷ *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289.

problème plus sérieusement qu'avant⁵⁸. Il n'y a pas de doute que l'exposition à une substance toxique peut avoir des répercussions sur la santé d'une personne après un certain laps de temps. Il est évident qu'un touriste s'offrant un séjour dans un club vacances pour une semaine, et qui est exposé contre son gré à une substance affectant sa santé, subira une grande partie, sinon la majeure partie des dommages lorsqu'il reviendra chez lui. L'arrêt *Hoteles Decameron Jamaica c. D'Amours* est une bénédiction pour les victimes d'épandage de produits toxiques, qui pourront bénéficier d'un forum près de chez elles pour se faire indemniser.

Ce jugement de la Cour d'appel est aussi compatible avec les principes du droit de la consommation, bien que ceux-ci n'y soient pas directement traités. L'achat d'un voyage est un contrat de consommation⁵⁹, qui est néanmoins complexifié par la présence de plusieurs entremetteurs et intervenants. La chaîne contractuelle en matière de vente de voyages est habituellement la suivante : le consommateur achète son service chez un agent de voyage, qui à son tour contracte avec un grossiste ayant réservé et souvent payé des places dans un hôtel et sur des vols. La *Loi sur la protection du consommateur*, telle qu'elle existait à l'époque de ce litige, de même que le *Code civil*, prévoyaient que le consommateur doit pouvoir intenter ses recours chez lui si le contrat de consommation a été conclu au Québec⁶⁰.

D'un point de vue purement contractuel, le touriste a un lien juridique avec son agent de voyage et le poursuivra. Ne s'estimant pas responsable, ce dernier se défendra en reportant la responsabilité sur les autres intervenants. Il poursuivra en garantie le grossiste, le forçant à intervenir dans l'instance et forcera aussi l'hôtel situé à l'étranger à se défendre. Or, l'article 3139 C.c.Q. indique que si les autorités québécoises sont compétentes pour entendre le litige principal, elles le sont également pour la demande incidente. Puisque le tribunal québécois serait manifestement compétent pour entendre le litige opposant le touriste et son agent de voyage, il le sera aussi lorsque ce dernier poursuivra en garantie les véritables auteurs de la faute. Ce raisonnement n'a pas dû être appliqué en l'espèce puisque les demandeurs ont décidé d'actionner plusieurs défendeurs, mais on devine qu'il aboutirait au même résultat et que les tribunaux québécois seraient donc compétents pour juger de la responsabilité civile de l'hôtel jamaïcain.

Enfin, si le tribunal avait jugé que le dommage n'avait pas été subi au Québec, mais en Jamaïque, nous sommes également d'avis que l'application de l'article 3136 C.c.Q., soit la doctrine du *forum conveniens*, aurait permis de conserver le litige au Québec, parce qu'on ne peut exiger, dans un tel contexte, que l'action soit introduite à l'étranger.

⁵⁸ Voir notamment Marie-Monique Robin, *Le monde selon Monsanto : de la dioxine aux OGM, une multinationale qui vous veut du bien*, Montréal, Stanké, 2008 aux pp. 80-100; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241.

⁵⁹ *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 16, art. 2.

⁶⁰ *Ibid.*, aux art. 19-22.1; Art. 3149 C.c.Q.

