

LE FORUM NON CONVENIENS AU QUÉBEC, UNE VINGTAINE D'ANNÉES PLUS TARD : ENCORE QUELQUES QUESTIONS NON RÉSOUES

Sylvette Guillemard et Marjorie Tête*

La doctrine du *forum non conveniens*, introduite dans le droit international privé québécois par la réforme du *Code civil du Québec* (CcQ) en 1994, est très fréquemment invoquée devant les tribunaux. Elle fait également l'objet de nombreuses études doctrinales. En dépit de toutes ces réflexions sur le sujet, plusieurs pans de cette « exception déclinatoire » restent encore obscurs ou ne font pas l'objet d'un consensus. Il en va ainsi du caractère exceptionnel du déclin de compétence par le tribunal québécois, de sa qualification procédurale et du délai dans lequel il peut être invoqué ainsi que du sort de l'action lorsque le tribunal fait droit à la demande. Les auteurs de cet article se penchent sur ces questions et constatent qu'alors que le *Code de procédure civile du Québec* (Cpc) pourrait aplanir certaines de ces difficultés, dans sa forme actuelle, il n'en est rien. Elles déplorent que le seul texte actuellement accessible sur la prochaine réforme de la matière, l'avant-projet de loi déposé devant l'Assemblée nationale en novembre 2011, ne lève pas non plus les ambiguïtés. Elles exhortent donc les rédacteurs de ce qui sera le prochain *Code de procédure civile du Québec* de combler les silences afin que le principe énoncé à l'article 3135 CcQ y trouve un écho procédural exprès et sans équivoque.

The *forum non conveniens* doctrine, introduced in private international law following the *Civil Code of Quebec* (CCQ) reform in 1994, is very frequently invoked before the courts. It is also the subject of many doctrinal studies. Despite the number of reflections on the matter, many aspects of this “motion for declinatory exception” remain obscure or are not the subject of consensus. It follows the exceptional character of Quebec's courts' declining competence, its procedural qualification and the delay in which it may be invoked, as well as the consequence of the motion following the court's acceptance of the claim. In this work, the authors weigh in on these questions and note that while the *Code of Civil Procedure of Quebec* (CCP) could level out certain difficulties, in its current form, nothing of the kind has occurred. They deplore that the only available text regarding the reform, draft legislation introduced in the National Assembly in November 2011, does not highlight such ambiguities. They urge redactors of what is to be the next *Code of Civil Procedure* to fill these voids in order for the content of Article 3135 CCQ to resonate in a procedural manner, expressly and unequivocally.

* Sylvette Guillemard est professeure à la faculté de droit de l'Université Laval (Québec); durant la rédaction de cet article, Marjorie Tête était étudiante en master de droit international à l'Université Toulouse 1 Capitole et à l'Université Laval.

L'entrée en vigueur, il y a presque vingt ans, du *Code civil du Québec* ne pouvait que réjouir les adeptes, théoriciens ou praticiens, du droit international privé. Un livre lui étant entièrement consacré était introduit dans notre « constitution » civile¹. Cela n'a pas entièrement renouvelé la matière; de nombreux articles codifiant la jurisprudence antérieure. Il y eut quand même quelques renversements jurisprudentiels importants, comme l'interdiction du renvoi², obligeant à ignorer les règles de droit international privé de l'ordre juridique désigné par la règle de rattachement normatif. Il y eut aussi quelques nouveautés, sorties non pas *ex nihilo*, mais d'une inspiration puisée à l'étranger. Parmi les plus notables, un auteur en parle comme de la « vedette incontestée du nouveau droit en la matière »³, la doctrine du *forum non conveniens* que nous sommes tentées de qualifier de « totalement étrangère » puisque non seulement elle n'avait pas de réelle source québécoise récente⁴ mais, en outre, elle a été développée par un autre système juridique, la common law⁵.

À l'exemple du juge Deschênes dans l'affaire *Southern Pacific Company*⁶, la Cour d'appel, par la plume du juge Kaufman, avait été très claire à la fin des années 1980 :

*With the greatest respect to those who differ, I have come to the conclusion that, as the law now stands, the doctrine of forum non conveniens has no application in the law of Quebec. Article 68 C.P. is clear and does not give rise to the exercise of judicial discretion, however desirable this may be.*⁷

En adoptant l'article 3135 CcQ, le codificateur québécois a choisi de « présider aux noces du style civiliste de codification et de certains aspects de la

¹ Le mot est du doyen Carbonnier qui le plaçait alors dans un contexte sociologique. Voir Jean Carbonnier, « Le Code civil », dans Pierre Nora, dir, *Les lieux de mémoire, tome 2, La Nation*, vol 2, Paris, Gallimard, 1986, 309.

² Art 3080 CcQ.

³ Serge Gaudet, « Le livre X du Code civil du Québec : bilan et enjeux » (2009) 88 R du B can 313 à la p 315.

⁴ À vrai dire, les tribunaux québécois avaient déjà dû se prononcer sur l'utilisation dans notre système civiliste de cette doctrine de common law. Certains s'étaient laissés tenter. Voir à ce sujet Mark G Peacock, « Doctrine of Forum Non Conveniens in Ontario and Quebec: The Two Solitudes » (1987) 47 R du B 111; Perry Meyer, « The Jurisdiction of the Courts as Affected by the Doctrine of "Forum non conveniens" » (1964) 25 R du B 565. Toutefois, le juge LeBel rappelle que « [a]vant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* la jurisprudence dominante de la Cour d'appel du Québec avait fermement et constamment rejeté la doctrine du *forum non conveniens* ». Voir Louis LeBel et Geneviève Chabot, « L'essai d'un mariage : l'intégration du *forum non conveniens* dans le droit international privé québécois » dans Sylvette Guillemard, dir, *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner, Études de droit international privé et de droit du commerce international*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 267 à la p 273 [LeBel et Chabot].

⁵ Sur l'origine du *forum non conveniens*, voir Sylvette Guillemard, Alain Prujiner et Frédérique Sabourin, « Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois » (1995) 36:4 Cahiers de Droit 914 [Guillemard, Prujiner et Sabourin]. En tout respect, quoiqu'en dise la juge Deschamps, le droit international privé québécois n'est pas « d'inspiration anglaise »! Voir *Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 RCS 801 au para 27.

⁶ *Southern Pacific Company c M Botner & Sons Inc*, [1973] RP 97 (CA).

⁷ *Aberman c Solomon*, [1986] RDJ 385 (CA) à la p 391.

tradition de common law gouvernant l'exercice du pouvoir judiciaire »⁸.

L'introduction de cette théorie n'a pas manqué d'en surprendre plusieurs, peut-être même d'en déranger certains, à la façon du « scrupule », ce petit caillou au fond de la chaussure qui n'y a pas sa place et qui empêche de profiter en toute quiétude de la randonnée. L'une des auteures de ce texte a été parmi les premiers à remettre en question, sur le plan théorique, la pertinence d'une telle doctrine en droit international privé dans un système civiliste, tout en s'inquiétant de l'utilisation peut-être outrancière que les tribunaux s'approprièrent à en faire⁹.

Depuis lors, le *forum non conveniens* continue à faire l'objet de très nombreux débats devant les tribunaux¹⁰, avec plus ou moins de succès, et à alimenter régulièrement la réflexion des juristes, à titre principal ou accessoire¹¹. Pour preuve, dans le cadre des *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner, Études de droit international privé et de droit du commerce international*, parus en 2011, plusieurs contributeurs ont choisi ce thème comme « cadeau » au célèbre internationaliste. À la lecture de ces derniers textes, nous avons eu envie de participer à la réflexion par une courte note en traitant de trois aspects qui restent aujourd'hui encore sans réponse certaine. Nous n'avons pas la prétention de clore la discussion mais souhaitons y apporter notre éclairage. Si la question du caractère exceptionnel (I) revient de façon récurrente et fait encore couler beaucoup d'encre, celle de la qualification procédurale (II) et celle du sort de l'action lorsque le tribunal décline compétence (III), donnent lieu à des débats plus discrets, mais tout aussi intéressants. Pour chacun de ces trois volets, nous suggérerons des pistes de réponse.

I. Exceptionnellement

Le juge pourra décliner compétence « exceptionnellement », dit l'article 3135 CcQ. Pour que le déclin de compétence puisse avoir lieu, le caractère exceptionnel est l'une des quatre conditions exigées par le Code, aux côtés de la compétence de l'autorité québécoise, de la compétence d'une autre autorité et du fait que la demande émane d'une partie.

⁸ LeBel et Chabot, *supra* note 4 à la p 268.

⁹ Voir Guillemard, Prujiner et Sabourin, *supra* note 5.

¹⁰ D'après Serge Gaudet, sur une période d'une quinzaine d'années, de 1994 à 2009, environ 225 jugements québécois traitaient du *forum non conveniens*. Voir Serge Gaudet, « Le livre X du Code civil du Québec : bilan et enjeux » (2009) 88 R du B can 313 à la p 315.

¹¹ Voir, par exemple, Jeffrey A. Talpis et Shelley L. Kath, « The Exceptional as Common Place in Quebec *Forum Non Conveniens* Law : *Cambior*, a Case in Point » (2000) 34 RJT 761 [Talpis et Kath]; Louise Lussier, « L'exercice de la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux au Québec : une crise des valeurs? Commentaires sur Spar Aerospace Limitée c. American Mobile Satellite Corporation » (2005) 50 R de McGill 417; LeBel et Chabot, *supra* note 4; Geneviève Saumier, « Le *forum non conveniens* au Québec : bilan d'une transplantation » dans Sylvette Guillemard, dir, *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner, Études de droit international privé et de droit du commerce international*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 345 [Saumier].

Tout le monde s'accorde pour dire que définir l'exception n'est pas facile. Lors de la réforme du Code civil, les commentaires du ministre de la Justice accompagnant les nouvelles dispositions faisaient état d'un certain nombre d'éléments à passer en revue. En réalité, « [I]oin de constituer des cas exceptionnels, les exemples cités par le ministre sont plutôt des illustrations de cas où les autorités d'un autre État peuvent être mieux à même de trancher le litige »¹². Afin que le « *threshold characteristic – exceptionally – is clearly respected and understood* »¹³, deux auteurs proposent trois recommandations¹⁴. En appliquant ces recommandations, finalement, le *forum non conveniens* sera rarement accepté par la justice québécoise, et, pour cette raison, il deviendrait exceptionnel, par rapport à l'ensemble des demandes faites¹⁵.

Suggérons plutôt une approche au cas par cas. Il faut que *le dossier lui-même* présente des *particularités telles* qu'elles justifient de mettre à l'écart les rattachements prévus par le codificateur. Et qu'elles justifient également, si l'on se situe plus sur le plan des principes, que le tribunal accepte de ne pas exercer sa compétence, ce qui peut être délicat car, comme l'a écrit Alain Prujiner, « les juges sont souvent jaloux de leurs prérogatives et regardent avec réticence toutes les tentatives de restriction de leurs compétences, qu'elles soient d'origine législative ou contractuelle »¹⁶.

À l'instar de Jeffrey A. Talpis et Shelley L. Kath, nous suggérons que « exceptionnellement » signifie... « exceptionnellement ». Dans une étude centrée sur la notion d'exception, les deux auteurs en viennent à la conclusion suivante : « *At the centre of our proposal for a redefined approach to article 3135 C.c.Q. is the idea that “exceptional” means just that – exceptional* »¹⁷. Ce terme ne doit pas être interprété comme une évaluation quantitative. L'exception ici ne se mesure pas à ce qui est courant ou habituel, mais indique simplement une dérogation à la règle générale. En l'occurrence, « [...] pour un tribunal, décliner compétence n'est pas la règle. C'est l'inverse. La règle est que le tribunal régulièrement saisi reste saisi. Décliner est l'exception »¹⁸. Il faut faire preuve de ce que nous proposons de décrire comme de l'égoïsme judiciaire québécois. Le point de mire, le centre d'observation sera donc le tribunal québécois et plus généralement l'ordre juridique – ou juridictionnel – québécois. On devra alors se demander si des circonstances particulières justifient que le dossier soumis au juge québécois sorte de la sphère judiciaire québécoise. À ce

¹² Guillemard, Prujiner et Sabourin, *supra* note 5 à la p 933. Voir également Talpis et Kath, *supra* note 11, qui se livrent à un démantèlement en règle de la prétendue définition de l'exception donnée par le ministre aux pp 800-801.

¹³ Talpis et Kath, *supra* note 11 à la p 869.

¹⁴ *Ibid* aux pp 836-851.

¹⁵ À cet égard, si, peu de temps après l'introduction du *forum non conveniens* dans le droit québécois, on a pu craindre sa trop grande utilisation et que l'exception devienne la règle (voir Guillemard, Prujiner et Sabourin, *supra* note 5), quinze ans plus tard, une étude démontre, comme nous y avons fait allusion, que ces dernières années, les tribunaux n'y ont fait droit que rarement, bien qu'il soit fréquemment plaidé (Saumier, *supra* note 11 aux pp 350 et 369).

¹⁶ Alain Prujiner, « La force obligatoire des clauses d'arbitrage (Art. 8 de la Loi-type de la CNUDCI) » (1994) 3 *Revue de l'arbitrage* 569 à la p 570.

¹⁷ Voir Talpis et Kath, *supra* note 11 à la p 836.

¹⁸ *Lorenzetti c McLachlan*, [1996] RJQ 1311 (CS) au para 15 [*Lorenzetti*].

moment, il ne faudra donc pas observer ce qui peut se passer à l'extérieur de l'ordre juridique québécois. En effet, ce recensement des points de contact avec l'ailleurs aura déjà été mené lors de l'évaluation de la possibilité de saisine de l'autorité étrangère. Il faudra plutôt se demander ce qui justifie, du point de vue québécois, que l'autorité québécoise n'exerce pas sa compétence. Le juge saisi d'une demande de *forum non conveniens* doit alors adopter, judiciairement, une attitude « québécoiscentrique » : en quoi l'ordre juridique *québécois* bénéficiera-t-il ou souffrira-t-il d'un déclin de compétence? Quel est l'intérêt des parties de ne pas être entendues par l'autorité *québécoise*? Les impératifs de la justice seraient-ils mieux servis si le tribunal québécois se dessaisissait du dossier? En quoi l'exercice de sa compétence par l'autorité *québécoise* risque-t-elle d'affecter l'ordre juridique *québécois*? À cette étape du raisonnement, l'autorité québécoise n'a pas à tourner son regard vers l'autorité étrangère mais ne doit considérer qu'elle-même. En somme, « [l]e tribunal québécois doit s'efforcer de rechercher un équilibre entre les avantages et les inconvénients pour les parties qui résultent du choix fait par le demandeur du *tribunal québécois* »¹⁹ [nos italiques].

L'utilisation du verbe « peut » dans l'article 3135 CcQ indique le pouvoir discrétionnaire accordé au juge québécois en la matière. Qui dit pouvoir discrétionnaire, dit incertitude. Dans le cas qui nous intéresse, malgré le respect des règles établissant la compétence du tribunal québécois par le Code civil, le justiciable ne sait en effet pas s'il pourra compter sur lui. Même si cela n'est pas suffisant pour rassurer totalement les demandeurs en justice, l'adverbe « exceptionnellement » est précisément là, selon nous, pour limiter l'exercice ou l'étendue de cette latitude accordée aux magistrats.

Pour terminer sur la question de l'exception, mentionnons que Lord Goff, se prononçant sur l'exception de *forum non conveniens* en droit anglais, estime que la charge de la preuve repose sur la partie qui invoque le *forum non conveniens*. Elle devra donc établir qu'une autre juridiction est mieux à même de trancher le litige. Cependant, une fois cette preuve établie, le fardeau sera transféré sur les épaules de l'autre partie qui devra alors « montrer que la justice demande que l'affaire soit jugée en Angleterre »²⁰. Étant donné le libellé du texte de l'article 3135 CcQ, il est logique d'avancer qu'en droit québécois, le fardeau de preuve repose seulement sur la partie qui veut faire appliquer une exception à la règle normale d'exercice de la compétence du tribunal québécois²¹.

¹⁹ Jeffrey A. Talpis et Jean-Gabriel Castel, « Interprétation des règles du droit international privé » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil. Tome III : Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 801 à la p 902.

²⁰ Conférence de La Haye de droit international privé, *Exécution des jugements, Annexe D, Forum Non Conveniens, Note soumise par la délégation du Royaume-Uni*, Doc pré l no 3 à la p 4 au para b. L'affaire en question est *Spiliada Maritime Corporation c Cansulex Ltd*, [1987] AC 460.

²¹ Voir dans ce sens *Rudolf Keller SRL c Banque Laurentienne du Canada* (11 septembre 2003), Montréal, 500-05-075614-022 (CS) (au para 62). Signalons qu'en common law, la théorie du *forum non conveniens* ne connaît pas l'exigence de l'exception.

II. Qualification procédurale

Avant toute chose, on peut légitimement poser la question suivante : le *forum non conveniens* relève-t-il de la procédure? Rappelons qu'en droit québécois actuel, la règle se trouve codifiée dans le Code civil et, qui plus est, dans ce que l'on nomme souvent les règles de conflit, ou plus précisément règles de conflit de juridictions. Serait-il en quelque sorte une règle substantielle de droit international privé²²? Nous en doutons puisque son seul objectif et son seul effet, d'ailleurs, est de soustraire le dossier à l'attention du tribunal québécois. Son influence sur la marche de l'instance étant primordiale, il est difficile de ne pas voir là une règle de nature procédurale, dans des dossiers comportant des éléments d'extranéité. Que le *forum non conveniens* soit plus proche de la que de la substance est indéniable. Après avoir longuement analysé les diverses facettes de la question, le juge Michaud ne s'y est pas trompé : « La question de compétence relevant davantage du droit judiciaire que du droit substantif [sic], on peut conclure que la doctrine du “forum non conveniens” serait assimilable à de la procédure [...] »²³.

Pourtant, actuellement, en droit québécois, non seulement la règle ne se trouve pas dans le *Code de procédure civile* (Cpc)²⁴ mais en outre, nous prétendons que l'on n'en retrouve aucun écho dans ce code.

Ensuite, raisonnant en termes procéduraux, l'exception de *forum non conveniens* constitue-t-elle un moyen préliminaire²⁵? Au Québec, « moyen préliminaire » est le « nom donné, dans le *Code de procédure civile*, aux moyens déclinatoire, de non-recevabilité et dilatoire »²⁶. On peut se surprendre de cette explication qui constitue plus une illustration qu'une définition :

Dans une action civile introduite devant un tribunal, il y a lieu de faire la différence entre deux types de questions, de sujets. On parle d'un côté des questions de fond, soit celles sur lesquelles porte le désaccord entre les parties, celles qui mettent en jeu le droit invoqué, celles finalement qui expliquent le recours à la justice [...] D'un autre côté, certains points

²² La question de la nature du *forum non conveniens*, conflictualiste ou procédurale, a été posée à la Cour supérieure, peu de temps après son introduction en droit québécois. Voir *Banque Toronto-Dominion c Arsenault*, [1994] RJQ 2253 (CS). Contrairement à ce qu'en a dit par la suite la jurisprudence (voir par exemple *Simcoe & Erie General Insurance Co c Arthur Andersen Inc*, [1995] RJQ 2222 (CS) au para 38; *Grenier c Cat Fanciers' Association, inc*, 2006 QCCS 392 au para 37), la juge Danielle Grenier n'avait pas expressément répondu.

²³ *Banque Toronto-Dominion c Cloutier*, [1994] RJQ 386 (CS) au para 17.

²⁴ Le *Code de procédure civile* comporte nombre de règles s'appliquant ou destinées à des situations comportant un élément d'extranéité. Voir, par exemple, l'art 65 codifiant la règle de la caution *judicatum solvi*, l'art 123 sur la signification de la requête introductive d'instance et les art 426 et s sur la commission rogatoire.

²⁵ Pour le comité de révision du *Code de procédure civile*, cela ne fait pas l'ombre d'un doute puisqu'il avait recommandé de « prévoir que l'exception déclinatoire fondée sur la règles du *forum non conveniens* doit, comme tous les autres moyens préliminaires » être présentée en début d'instance [nos italiques]. Voir Québec, Ministère de la Justice, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile*, (2000) à la p 116 [Comité de révision de la procédure civile].

²⁶ Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 à la p 385.

peuvent être soulevés qui ne touchent pas à la substance du débat porté devant le tribunal mais n'en sont pas moins nécessaires à la résolution du litige. Ils se situent en quelque sorte à la périphérie de la question de fond : la personne qui intente l'action a-t-elle l'intérêt juridique nécessaire, le droit invoqué existe-t-il encore, la procédure est-elle instituée devant le bon tribunal, etc.? Il est facile de comprendre que ces points doivent être débattus avant de saisir le juge de la question principale. Effectivement, si le tribunal n'a pas compétence ou si la prescription extinctive empêche le débat judiciaire, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. C'est pour cette raison que ces questions, ces moyens, sont dits préliminaires.²⁷

Pendant, dans le *Code de procédure civile du Québec*, il ne faudrait pas prendre le terme « préliminaire » au pied de la lettre car, sinon, comment expliquer que l'un des moyens préliminaires, le déclinatoire de compétence, lorsqu'il porte sur « [l']absence de compétence d'attribution » puisse « être soulev[é] en tout état de cause », donc, par exemple, au cours de l'audience, voire même au cours du délibéré²⁸? Le juge Tellier, de la Cour supérieure, est allé jusqu'à faire une distinction entre les « moyens préliminaires usuels, tels que l'irrecevabilité, une demande de cautionnement, les particularités, etc. [qui] doivent être soulevés au début des procédures et être prévus dans l'entente sur le déroulement de l'instance »²⁹ et

[l]es articles 163 et 164 [qui] traitent du déclinatoire de compétence, un moyen qui peut être soulevé en tout temps et même d'office. *Le déclinatoire n'est pas un moyen préliminaire*. En effet, quelle serait l'utilité de rejeter, parce que tardive, une exception déclinatoire alors que le juge du procès pourrait en tout temps soulever, même d'office, sa compétence. Ce serait forcer les parties à une mise en état inutile et coûteuse [nos italiques].³⁰

Tout en étant d'accord avec ce magistrat, mais uniquement en ce qui a trait à l'article 164 Cpc, admettons quand même que l'exception de *forum non conveniens* ait sa place dans les moyens préliminaires étant donné, comme nous venons de le montrer, la souplesse du terme. À l'heure actuelle, le codificateur les classe en trois sections. Est évidemment exclue de la réflexion celle sur les moyens dilatoires. L'est également celle traitant des moyens de non recevabilité, ceux-ci concernant les demandes présentant « une lacune fondamentale »³¹ en droit.

Se qualifie-t-elle alors au titre de moyen déclinatoire? La réponse est certainement négative puisque celui-ci vise à faire constater l'incompétence, *ratione materiae* ou *ratione loci*, du tribunal. Conclure dans un autre sens serait incompatible

²⁷ Sylvette Guillemard et Séverine Menétreay, *Comprendre la procédure civile québécoise*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 aux pp 187-188.

²⁸ *Messageries Publi-Maison Ltée c Société canadienne des postes*, [1995] RJQ 1750 (CS). C'est peut-être pour cette raison que les auteurs du *Dictionnaire de droit québécois et canadien* ont choisi de ne pas donner de définition au mot préliminaire!

²⁹ *GH Communication inc c Bell Canada* (24 novembre 2005), Montréal 500-17-026667-058 (CS) au para 19.

³⁰ *Ibid* au para 20.

³¹ Charles Belleau, « Preuve et procédure » dans *Collection de droit 2009-2010*, vol 2, École du Barreau du Québec, 2008-2009 à la p 76.

avec les premiers mots de l'article 3135 CcQ : « *Bien qu'elle soit compétente [...]* » l'autorité québécoise peut décliner sa compétence au profit d'un tribunal étranger dans certaines conditions [nos italiques]. La question centrale posée au juge ne concerne pas sa compétence, mais l'exercice de celle-ci. Pour reprendre les mots de Geneviève Saumier, « l'article 3135 C.c.Q. ne permet que de décliner une compétence déjà acquise »³². Une fois admis, le *forum non conveniens* ne fait pas perdre sa compétence au tribunal, il l'empêche seulement de l'exercer. Le libellé même de l'article 3135 CcQ s'oppose donc à la qualification de moyen déclinatoire.

D'ailleurs, les bons plaideurs ne s'y trompent généralement pas. Ayant recours à un moyen déclinatoire cherchant à convaincre le tribunal qu'il n'a pas compétence, ils utilisent volontiers l'exception de *forum non conveniens* à titre subsidiaire³³.

Ajoutons qu'en droit québécois, le *forum non conveniens* peut être invoqué, selon les termes de l'article 3135 CcQ, par « une partie ». Bien sûr, cela semble étrange que le demandeur, à l'occasion de son *forum shopping*, jette son dévolu sur le tribunal québécois plutôt que sur une autre autorité également compétente puis se ravise une fois les procédures entamées³⁴. Cependant, si le codificateur avait voulu limiter l'utilisation de la doctrine au seul défendeur, il l'aurait exprimé clairement. Or, parlant d'indication claire, les moyens déclinatoires sont mis à la disposition du seul défendeur, aux termes de l'article 163 Cpc.

Un autre type d'argument s'oppose à la qualification de moyen déclinatoire. Lorsque le défendeur conteste la compétence du tribunal saisi, la vérification de celle-ci ne laisse pas grande latitude au juge. En termes de compétence *ratione loci* ou *personae*, sa marge de manœuvre est réduite à néant par les articles 3134 et 3141 à 3154 CcQ. Parfois, le cadre factuel sera incertain, difficile à établir ou les conditions juridiques d'application sujettes à discussion – il n'y a qu'à penser à la définition du domicile – mais une fois ces obstacles surmontés, le juge n'aura plus qu'à appliquer la règle. Pour n'en donner qu'un exemple parmi d'autres, sur le fondement de l'article 3152 CcQ, lorsqu'il aura été établi à la satisfaction du juge que le bien en litige est situé au Québec, le magistrat n'aura pas d'autre choix que de se déclarer compétent.

Avec le *forum non conveniens*, il en va tout autrement. Même si les conditions d'application de l'exception sont remplies, le tribunal n'est absolument pas obligé de se dessaisir du dossier : « Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un

³² Saumier, *supra* note 11 à la p 364. Voir également *Société canadienne des postes c Lépine*, 2009 CSC 16, [2009] 1 RCS 549, où la Cour suprême du Canada met en garde contre l'oubli de la « distinction de base entre la détermination de la compétence proprement dite et son exercice », au para 34.

³³ Voir par exemple *Boulangier c Lucas Meyer Cosmetics Canada inc (Unipex Innovations inc)* (4 juillet 2012), Québec 200-17-016044-125 (QC CS).

³⁴ Selon nos recherches, à ce jour, il n'y a qu'un cas où la doctrine du *forum non conveniens* semble avoir été invoquée par un demandeur: *Lamborghini (Canada) inc c Automobili Lamborghini SPA* (1996), [1997] RJQ 58 (CA) [*Lamborghini*]. Le juge Tremblay lui reproche d'ailleurs de ne pas comprendre le domaine d'application de l'article 3135 CcQ, invoqué alors qu'en l'occurrence, le tribunal québécois « n'a pas juridiction ».

litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement [...] décliner cette compétence [...] »³⁵. Sans l'ombre d'un doute, le codificateur a investi le juge saisi de la demande d'un pouvoir discrétionnaire. Pour certains, intervient alors ici la question, non réglée, du délai dans lequel une partie peut soulever l'exception, puisque selon eux, pouvoir discrétionnaire et délai impératif sont incompatibles : « Un délai de rigueur ne saurait s'appliquer à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pouvant être examiné par le Tribunal en tout état de cause à la demande d'une partie »³⁶. Ils en concluent donc que la demande d'application de l'article 3135 CcQ peut intervenir en tout temps.

Nous ne sommes pas certaines que l'argument du pouvoir discrétionnaire soit satisfaisant. En effet, à notre avis, pouvoir discrétionnaire va de pair avec absence de délai lorsque l'on s'interroge sur le moment où sera exercé ce pouvoir, c'est-à-dire sur le moment où le juge prendra une décision, répondra à une question en se fondant sur ce pouvoir. Ici, la question est très différente et ne porte pas sur l'attitude du juge mais bien sur celle de la partie qui invoque le *forum non conveniens*. On ne se demande pas dans quel délai le juge doit-il répondre³⁷, mais à quel moment la partie doit-elle soulever le moyen. D'ailleurs, le *Code de procédure civile* comporte plusieurs règles accordant au juge un pouvoir discrétionnaire, mais prévoyant un délai, même un délai de rigueur, pour la partie qui fait la demande. Il en va ainsi des articles sur la rétractation de jugement, où l'article 483 permet – et non l'oblige – au tribunal qui a rendu jugement de le rétracter dans certains cas, alors que l'article 484 spécifie que la requête en rétractation doit être produite dans un certain délai, qu'il qualifie lui-même de rigueur à son troisième alinéa³⁸.

Tout le monde s'entend pour dire qu'idéalement, c'est *in limine litis* qu'il faudrait invoquer le *forum non conveniens*, afin de faire économiser temps et argent aux parties et à l'administration de la justice tout en assurant la sécurité des rapports judiciaires. C'est ainsi que la Cour supérieure a estimé :

Mais reste qu'il n'y a pas de délai formel prévu au Code [...]. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que la question du délai n'est pas pertinente. Puisque le tribunal appelé à décider d'une demande en vertu de l'article 3135 dispose d'un pouvoir discrétionnaire, l'un des éléments à considérer dans l'exercice de la discrétion sera le moment où la demande est présentée. Il est certain que plus une partie tarde à présenter sa demande, moins elle a de chances de la voir accueillie.³⁹

Avant la réforme du *Code de procédure civile* entrée en vigueur en 2003, les moyens préliminaires étaient assortis d'un délai de rigueur et certains avaient recommandé que le *forum non conveniens* obéisse à la même règle⁴⁰. Tout ce qui

³⁵ Art 3135 CcQ.

³⁶ *Simcoe and Erie General Insurance Co c Arthur Andersen*, [1995] RJQ 2222 (CS) au para 44.

³⁷ Ou, ce qui est totalement exclu par les termes de l'article 3135 CcQ, dans quel délai le juge doit-il, *proprio motu*, se déclarer *forum non conveniens*?

³⁸ Voir aussi l'art 523 Cpc qui allie pouvoir discrétionnaire et délai de rigueur.

³⁹ *Lorenzetti*, *supra* note 18 au para 9. Repris dans *Droit de la famille – 0854*, [2008] RDF 193.

⁴⁰ Voir Guillemard, Prujiner et Sabourin, *supra* note 5 à la p 935.

concerne la présentation des moyens préliminaire a été profondément modifié par la réforme de 2003. Maintenant, les parties doivent, dès le début de l'institution des procédures, établir une entente sur le déroulement de l'instance, prévue à l'article 151.1 Cpc, qui précise les arrangements pris entre elles en termes de procédure ainsi que les délais assortis. L'article indique que « [l']entente doit porter, notamment, sur les moyens préliminaires »⁴¹. Ajoutons à cela l'article 159 Cpc qui prévoit que, sauf si justement les parties en ont décidé autrement dans le cadre de leur entente, « les moyens préliminaires et leurs conclusions doivent être dénoncés par écrit à la partie adverse avant la date de la présentation de la demande introductive d'instance; à défaut de ce faire, le tribunal peut refuser la présentation de ce moyen »⁴². Parmi les moyens déclinatoires, seule est visée ici l'incompétence *ratione personae*, puisque, comme nous l'avons déjà mentionné, l'incompétence *ratione materiae*, étant d'ordre public, ne peut souffrir de délai de rigueur ou impératif pour être invoquée⁴³, pouvant même l'être au stade de l'appel⁴⁴. La liste de l'article 151.1 Cpc n'étant pas limitative, le *forum non conveniens* pourrait-il faire partie de l'entente entre les parties? Ce serait certainement possible, même sans lui accoler de qualification particulière.

Toujours est-il que dans l'état actuel des règles de procédure québécoise, personne ne peut dire catégoriquement à quel moment de l'instance le *forum non conveniens* peut ou doit être invoqué. Plus exactement, comme l'a fait remarquer en le déplorant le Comité de révision du *Code de procédure civile* dans son rapport préliminaire de 2000, « [a]ctuellement, [...] l'exception du *forum non conveniens* [...] peut être soulevé[e] en tout temps au cours de l'instance »⁴⁵. Dans son rapport final, le comité qui, soit dit en passant, qualifie très clairement l'exception de « moyen déclinatoire », avait recommandé qu'elle soit soulevée lors de la présentation de la requête introductive d'instance, soit tout au début du processus judiciaire, ou « dès que possible après cette étape »⁴⁶.

Sur quelle base se fonder pour accepter la présentation tardive de ce moyen? À l'heure actuelle, sur le silence des textes, vraisemblablement ainsi que, comme nous y avons déjà fait allusion, sur l'objectif de l'exception qui irait au-delà de l'intérêt des parties en litige pour viser un intérêt général, la « protection de la stabilité du système judiciaire »⁴⁷. Selon cette vision des choses, relevant donc de l'ordre public plus que de l'intérêt privé, la procédure doit être accessible sans limite temporelle.

Il faut noter que l'avant-projet de loi sur le *Code de procédure civile* déposé en 2011 à l'Assemblée nationale modifie la section sur les moyens préliminaires.

⁴¹ Art 151.1 Cpc.

⁴² Art 159 Cpc. Une autre occasion pour le tribunal d'exercer un pouvoir discrétionnaire!

⁴³ Voir *Transworld (Steel) Ltd c Venture Steel Inc* (31 mars 2003), Montréal 500-09-013082-037 (QC CA).

⁴⁴ *Racette c Racette*, 2005 QCCA 325.

⁴⁵ Comité de révision de la procédure civile, *supra* note 25 à la p 116.

⁴⁶ Québec, Ministère de la Justice, Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, (2001) à la p 216. Nous avons expliqué ci-dessus pourquoi la qualification de moyen déclinatoire ne pouvait convenir.

⁴⁷ Henri Kélada, *Les conflits de compétence et la reconnaissance des jugements étrangers en droit international privé québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 à la p 20.

Outre la suppression des moyens dilatoires, il ajoute un paragraphe sur « les autres moyens » qui permet notamment au défendeur de « demander au tribunal toute mesure propre à assurer le bon déroulement de l'instance »⁴⁸. Cela comprend-il le *forum non conveniens*⁴⁹? Le libellé de l'article ne permet pas d'apporter une réponse certaine à la question. Est-ce que le fait de décliner compétence permettrait au tribunal d'assurer le bon déroulement de l'instance? Il y a lieu d'être sceptique. Force est de constater, en le regrettant, qu'en réformant le Code de procédure, le codificateur ne semble pas envisager spécifiquement le cas du *forum non conveniens*.

Finalement, la question de la qualification procédurale ne se pose pas réellement actuellement puisque le Code de procédure et son éventuelle modification en l'état actuel ignorent le *forum non conveniens*. De *lege feranda*, la procédure visant à demander à un tribunal québécois de décliner sa compétence devrait être insérée dans le *Code de procédure civile*. Le très grand nombre de dossiers dans lesquels le *forum non conveniens* est invoqué justifie amplement que cette « lacune de la loi »⁵⁰ soit comblée. L'absence actuelle engendre une jurisprudence qui manque de cohésion, notamment en termes de délais, ce qui a des conséquences pratiques importantes.

III. Sort de l'action

Qu'advient-il de l'action dans le cas où le juge québécois admet l'argument du *forum non conveniens*? Le texte de l'article 3135 CcQ n'indique pas expressément que le juge doit rejeter la demande ni qu'il puisse surseoir à statuer. Il est également difficile de tirer une conclusion implicite devant la neutralité du texte à cet égard. Utilisant une technique d'interprétation législative habituelle, tournons-nous vers les autres dispositions qui encadrent l'article 3135 CcQ, soit les dispositions générales sur la compétence internationale des autorités du Québec. Il est très difficile de discerner une cohésion parmi ces dispositions qui se divisent en deux catégories, celles qui indiquent dans quelle mesure l'autorité québécoise, bien que non compétente, peut entendre un litige (articles 3136, 3138, 3139, 3140 CcQ) alors que les autres, au contraire (articles 3135 et 3137 CcQ), circonscrivent des cas dans lesquels les autorités québécoises pourront ne pas exercer la compétence dont elles sont investies par les règles de rattachement juridictionnel du livre X. Pour fin d'interprétation, on considèrera volontiers l'article traitant de la litispendance, l'article 3137 CcQ, puisque comme l'article 3135, il envisage une situation où le tribunal québécois est compétent. Il se trouve que dans ce cas, le texte est on ne peut plus limpide : « L'autorité québécoise [...] peut, quand une action est introduite devant

⁴⁸ *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2^e sess, 39^e lég, Québec, 2011, art 164 [*Avant-projet de loi institution le nouveau Cpc*].

⁴⁹ Si c'était le cas, il y aurait certainement un problème d'incompatibilité avec l'article 3135 CcQ qui autorise tant le demandeur – même si cela peut paraître étonnant – que le défendeur d'invoquer le *forum non conveniens*. Dans l'affaire *Lamborghini*, *supra* note 34, c'est bien le demandeur qui avait soulevé le *forum non conveniens*.

⁵⁰ Pour les différences entre « vide juridique », « lacune du droit » et « lacune de la loi », voir Anne-Marie Ho Dinh, « Le “vide juridique” et le “besoin de loi”, pour un recours à l'hypothèse du non-droit » (2007) 57:2 *L'année sociologique* 419.

elle, *surseoir à statuer* si une autre action [...] » [nos italiques]⁵¹. Le codificateur refuse de fermer définitivement la porte du tribunal québécois pour les parties, au cas où l'autre autorité, l'autorité étrangère également saisie du même litige, se déclarerait incompétente.

Parmi les auteurs de doctrine, les avis sont partagés. Geneviève Saumier s'étonne, non sans raison, de la différence de rédaction entre les articles 3135 et 3137 CcQ⁵² et opte pour le sursis. D'autres affirment catégoriquement que « l'article 3135 C.c.Q. donne au tribunal le pouvoir de se dessaisir définitivement du litige, mais non de surseoir à statuer »⁵³.

La jurisprudence n'est pas d'un plus grand secours étant donné la variété des solutions qu'elle présente. Des quelques cas où le tribunal accepte de se déclarer *forum non conveniens* et donc décline compétence, il ne se dégage pas une orientation claire. Alors que plusieurs juges indiquent en toutes lettres qu'ils « rejettent » (*dismiss*) la demande ou la requête introductive d'instance du demandeur, d'autres écrivent laconiquement :

Dans les circonstances, le présent Tribunal se déclare compétent pour entendre la requête du Curateur public mais, vu les circonstances exceptionnelles de la présente cause, décline sa compétence. Le présent Tribunal estime que les autorités hongroises sont mieux à même d'évaluer la condition de la personne relativement à l'opportunité d'établir un régime de protection de la personne et de la sécurité de la gestion de son patrimoine.⁵⁴

D'autres encore : « [le tribunal] accueille la requête en exception déclinatoire [sic]; décline compétence en faveur des tribunaux de Terre-Neuve ou de la Nouvelle-Écosse ou de la Californie »⁵⁵. De la même façon, dans un dossier en droit de la famille, le juge Viens de la Cour supérieure accepte les arguments de la défenderesse selon laquelle le tribunal de l'Ontario est en meilleure position pour se prononcer sur sa demande. Il conclut :

Dans les circonstances, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de faire droit à la requête en exception déclinatoire de la défenderesse, mais sans frais compte

⁵¹ Art 3137 CcQ. Il faut noter ici une incohérence entre le CcQ et le Cpc. La litispendance doit être invoquée, sur le plan procédural, comme moyen de non-recevabilité. Or l'article 165 Cpc indique que « le défendeur peut opposer l'irrecevabilité de la demande et conclure à son *rejet* [...] » (1) S'il y a litispendance ou chose jugée; » [nos italiques]. Il est vraisemblable que cet article a été conçu dans une optique interne. Décidément, il y a lieu d'espérer que la prochaine version du *Code de procédure civile* sera plus en harmonie avec la réalité transnationale des échanges et donc des éventuels litiges. Pour le moment, il n'y a qu'à suivre les enseignements de la Cour d'appel du Québec : « En application de l'article 3137 C.c.Q. et contrairement au cas de la litispendance interne prévu au paragraphe 1 de l'article 165 C.p.c., l'application de la litispendance internationale n'est susceptible d'entraîner que le sursis d'une procédure intentée au Québec et non son rejet ». *Royal Trust Company c Webster-Tweel*, 2008 QCCA 1643 au para 44.

⁵² Voir Saumier, *supra* note 11 à la p 345, note 27.

⁵³ Gerald Goldstein et Ethel Groffier, *Traité de droit civil : droit international privé, tome I, Théorie générale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, à la p 312 [Goldstein et Groffier].

⁵⁴ *Québec (Curateur public) c MG* (17 septembre 2004), Montréal 500-14-019987-031 (CS).

⁵⁵ *St-Paul Fire & Marine Insurance Company c Markel Insurance Company of Canada*, 2009 QCCQ 846.

tenu non seulement de la nature du litige mais aussi du fait que la Cour Supérieure du Québec est compétente pour connaître du litige soumis par le demandeur, mais décline cette compétence au sens de l'article 3135 C.C.Q.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

ACCUEILLE la requête en exception déclinatoire présentée par la défenderesse;

DÉCLINE la compétence de cette Cour au motif que la Cour Supérieure de l'Ontario, division de la famille, est mieux à même de trancher le litige [...].⁵⁶

Pour sa part, le juge Bishop, de la Cour supérieure, a indiqué sans ambiguïté : « *the Court grants in part defendant's motion, declines to exercise jurisdiction herein, and suspends the present action, pending the institution of further proceedings by the parties hereto before the Courts of Ontario [...]* » [nous soulignons]⁵⁷. L'année suivante, le juge Sénécal se penchait justement sur la question du sort de l'action :

Lorsque le tribunal saisi d'une demande n'est pas compétent et que le tribunal compétent n'est pas un tribunal du Québec mais un tribunal étranger, il faut rejeter la demande. Or ce n'est pas la mesure qui découle de l'application de l'article 3135. À cet article, on ne prévoit pas le rejet de la demande (comme c'est le cas à l'article 163), mais bien que le tribunal décline sa compétence. Il peut le faire de deux façons. Il peut décider de fermer son dossier et laisser le tribunal étranger décider de la question. Mais il peut aussi et surtout suspendre les procédures; cela a été fait dans plusieurs dossiers.⁵⁸ [Nos italiques.]

Nous suggérons que les arguments qui justifient le sursis en cas de litispendance sont transposables en matière de *forum non conveniens*. Dans l'hypothèse où, pour une raison ou pour une autre, l'autorité étrangère ne peut ou ne veut exercer sa compétence ou se déclare carrément non compétente, si la porte du tribunal québécois, compétent, il ne faut pas l'oublier, était définitivement fermée aux parties, celles-ci seraient exposées à un déni de justice. C'est pour éviter cela qu'une solution prétorienne a été dégagée : les tribunaux québécois « ont admis [...] un sursis à statuer jusqu'à ce que les tribunaux étrangers se prononcent au moins sur leur compétence »⁵⁹.

En outre, la solution du sursis est dans la lignée de celle apportée à l'exception en common law, système juridique qui, à défaut de lui avoir donné naissance, l'a façonnée⁶⁰.

⁵⁶ *Droit de la famille – 103761*, 2010 QCCS 6855. Voir aussi *ASP Gestion ltée c Recanex Corporation*, 2012 QCCQ 4269.

⁵⁷ *Czajka c Life Investors Insurance Company of America*, [1995] JE 95-765 (CS).

⁵⁸ *Lorenzetti*, *supra* note 18 au para 8.

⁵⁹ *Goldstein et Groffier*, *supra* note 53 aux pp 312-313.

⁶⁰ Selon Claude Émanuelli, les tribunaux de common law, lorsqu'ils acceptent de décliner compétence sur le fondement du *forum non conveniens*, ont l'habitude de suspendre l'action en cours. Voir Claude Émanuelli, *Droit international privé québécois*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la p 87.

Il faut admettre que l'absence de voie procédurale, autrement dit de disposition prévue ou adaptable à la situation dans le *Code de procédure civile*, n'aide pas à trouver des solutions aux diverses questions soulevées. D'ailleurs, faut-il voir un signe, un message particulier dans cette absence? À notre avis, une réponse négative s'impose. Nous pensons qu'il s'agit simplement d'une lacune, dont les tribunaux s'accommodent par une sorte de bricolage faisant intervenir à la fois les dispositions sur les moyens préliminaires *mutatis mutandis* et, sans qu'il soit clairement exprimé, le principe contenu à l'article 46(2) Cpc qui leur permet d'assortir l'application de la doctrine du *forum non conveniens* de la « sanction », pour reprendre le terme du juge Sénécal⁶¹, qui leur semble convenable.

Il serait regrettable que le futur *Code de procédure civile* ne comble pas la lacune que nous mentionnons. Dans la seule version actuellement disponible de la réforme, force est de constater qu'il n'en est rien.

Nous proposons que le prochain code comporte des dispositions claires sur la mise en œuvre procédurale de l'exception de *forum non conveniens*. En particulier, ce moyen devrait se trouver dans les moyens préliminaires. Cela permettrait qu'il soit assorti d'un délai, convenu par les parties dans ce qui risque d'être appelé « protocole de l'entente »⁶² ou fixé par le juge en cas de désaccord entre les parties à cet égard. Le système judiciaire ne perdrait rien en termes de stabilité, au contraire, si, passé un certain délai, les parties étaient assurées d'être entendues par le tribunal québécois, saisi initialement de l'affaire.

Par ailleurs, le *forum non conveniens* devrait être qualifié, du point de vue procédural, de « moyen suspensif », comme devrait l'être également l'argument fondé sur la litispendance. Cela indiquerait clairement au tribunal l'attitude à adopter s'il accepte le moyen – exceptionnellement! – la voie la plus logique à notre avis afin de servir utilement les justiciables.

⁶¹ *Lorenzetti*, *supra* note 18 au para 8. L'article 46(2) Cpc est fréquemment invoqué, en matière interne, pour demander la suspension des procédures.

⁶² *Avant-projet de loi institution le nouveau Cpc*, *supra* note 48, art 144 et s.