

LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET RATTACHEMENT JURIDICTIONNEL : le droit québécois face aux droits français et européen

Sylvette Guillemard, professeur
Faculté de droit, Université Laval (Québec)

Readers are reminded that this work is protected by copyright. While they are free to use the ideas expressed in it, they may not copy, distribute or publish the work or part of it, in any form, printed, electronic or otherwise, except for reasonable quoting, clearly indicating the source. Readers are permitted to make copies, electronically or printed, for personal and classroom use.

Résumé

Cette étude met en parallèle les règles régissant la liberté contractuelle en matière de rattachement juridictionnel dans le *Code civil du Québec* et en droit français et européen. La comparaison entre ces ordres juridiques a été choisie parce que dans certains cas ils ont servi de source d'inspiration au codificateur québécois lors de sa réforme, entrée en vigueur il y a dix ans, mais également en raison d'une certaine parenté dont nous constaterons qu'elle n'est pas exempte de divergences. L'expression « rattachement juridictionnel » est prise ici dans un sens large, incluant à la fois le recours aux tribunaux étatiques et celui au système de justice privée qu'est l'arbitrage. Si la liberté est de mise en la matière, cette étude démontre qu'elle ne garantit pas toujours aux parties la sécurité souhaitée. Son étendue varie d'un ordre juridique à un autre, en particulier lorsque la relation contractuelle lie des professionnels à des consommateurs. Dans tous les cas, c'est-à-dire quelle que soit la qualité des contractants, le droit québécois se démarque nettement de ses proches cousins en acceptant que la théorie du *forum non conveniens* soit invoquée devant les tribunaux étatiques, et ce, même en cas d'exercice de leur liberté par les parties.

Mots clés : droit international privé; *Code civil du Québec*; droit français; droit européen; élection de for; clause d'arbitrage; consommateurs; *forum non conveniens*.

Introduction

Le Québec fête cette année le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur de son nouveau Code civil¹. Comme la première codification datait de 1866, il était légitime de souhaiter « faire du nouveau Code civil le reflet des réalités sociales, morales et économiques de la société québécoise d'aujourd'hui; un corps de lois vivant, moderne, sensible aux préoccupations, attentif aux besoins, accordé aux exigences d'une société en pleine mutation,

¹ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. [Lorsque le contexte le permettra, ce code sera par la suite désigné par les initiales « C.c.Q. »].

Electronic Journal of Comparative Law, vol. 8.2 (June 2004), <<http://www.ejcl.org/>>

partie à un contrat d'adhésion »¹⁰⁸.

À notre avis, le raisonnement du juge est contestable. Même s'il ne peut d'office appliquer les règles contenues au *Code civil du Québec* en matière de clauses abusives¹⁰⁹ tant que d'une part, il n'a pas déterminé sa propre compétence et d'autre part statué sur la loi applicable au litige¹¹⁰, il est cependant obligé de vérifier la validité de la convention intervenue entre les parties puisque c'est de cette validité que dépend sa compétence¹¹¹. En d'autres termes, le juge saisi se doit de vérifier le consentement des parties sur la clause d'élection de for. Or la question du consentement dans le cas d'un contrat d'adhésion mérite examen. Même s'il était soulevé dans le cadre de la Convention de Bruxelles, l'argument de l'avocat général dans l'affaire *Castelli*, accepté par la Cour de Justice des Communautés Européennes, a valeur universelle :

En effet, si l'on déniait au juge saisi compétence pour se prononcer en premier lieu sur la validité de la clause d'élection d'un for étranger, il faudrait admettre que, systématiquement, il sursoit à statuer dès qu'il est saisi, aux fins de renvoyer les parties devant le juge désigné, pour laisser à ce dernier le soin de vérifier la validité de la clause lui attribuant compétence, quitte à ce que, à l'issue d'un examen négatif de ce point, ce dernier renvoie à nouveau l'affaire devant le juge initialement saisi. On perçoit immédiatement l'incohérence d'un tel mécanisme dans le système de la convention, dont l'un des objets est de faciliter la désignation rapide et immédiate d'un for compétent¹¹².

1.1.3.b Le caractère international

On notera au passage que l'affirmation du juge n'est pas tout à fait exacte, le Code n'interdisant pas l'élection de for en cas de contrat de consommation mais lui donnant un effet particulier.

¹⁰⁸ 2736349 *Canada Inc. c. Rogers Cantel Inc.*, *supra* note 70.

¹⁰⁹ Art. 1437 C.c.Q. : « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. »

¹¹⁰ Signalons que dans la présente affaire, la clause 15.08 du contrat portait à la fois sur la compétence du tribunal ontarien et l'application du droit ontarien.

¹¹¹ En l'instance, le juge Guthrie effleure quand même l'analyse de la « raisonnable » de la clause : « la défenderesse ayant son siège en Ontario et la demanderesse au Québec, n'est-il pas tout à fait raisonnable que les parties aient choisi les tribunaux de l'une ou de l'autre de ces deux provinces du Canada? ». (2736349 *Canada Inc. c. Rogers Cantel Inc.*, *supra* note 70).

Dans une autre affaire impliquant également la société Rogers Cantel et soulevant la même question (2617-3138 *Québec Inc. (CELL-EXPRESS) c. Rogers Cantel Inc.*, [1998] A.Q. no 1010), la juge Bénard s'appuie sur l'article 3149 C.c.Q. qui confère compétence exclusive aux tribunaux du Québec en matière de contrat de consommation conclu par un résident du Québec ou en matière de contrat de travail si le travailleur réside au Québec. Elle constate que : « Le contrat d'adhésion n'y est pas expressément mentionné, il faut donc conclure que seuls les contrats d'adhésion fondés sur un contrat de consommation ou un contrat de travail sont exclus; dans les autres contrats d'adhésion, le choix d'un for étranger est permis ».

¹¹² *Supra* note 87. Conclusions de l'avocat général, en ligne : <[http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=fr&num=80019077C19970159&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL&where=\(txtdoc=CONTAINS=extranEtE\)#Footnote1](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=fr&num=80019077C19970159&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL&where=(txtdoc=CONTAINS=extranEtE)#Footnote1)> (consulté le 19 février 2004).

Electronic Journal of Comparative Law, vol. 8.2 (June 2004), <<http://www.ejcl.org/>>

Faut-il, pour pouvoir désigner un tribunal étranger, que l'affaire présente intrinsèquement un caractère international ou la seule désignation d'un for étranger peut-elle constituer l'élément d'extranéité nécessaire pour rendre le litige international? Avant l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, Hélène Gaudemet-Tallon qualifiait de « critiquable [. . .] le raisonnement selon lequel la seule attribution conventionnelle de compétence à un tribunal étranger donnerait, en quelque sorte, rétroactivement, un caractère international au litige, validant ainsi l'attribution de compétence »¹¹³ et estimait qu' « [i]l serait, *a priori*, paradoxal d'admettre que la volonté individuelle puisse attribuer compétence à un tribunal étranger pour une affaire purement interne »¹¹⁴. Il revient à chaque droit national de juger du « paradoxe », selon ses choix en la matière.

Le *Code civil du Québec* n'offre expressément aucun indice pour répondre à la question, admettant simplement que les parties puissent élire conventionnellement un for « à propos d'un rapport juridique déterminé »¹¹⁵. La remarque mérite une attention particulière car le codificateur québécois a été plus précis en matière de rattachement normatif. En effet, l'article 3111 C.c.Q. permet aux parties de désigner la loi applicable à « [l]'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité »¹¹⁶. Comment interpréter le silence des articles sur la compétence des tribunaux? Pierre-André Côté, spécialiste québécois en matière d'interprétation des lois, livre l'avertissement suivant : « Si la loi est bien rédigée, il faut tenir pour suspecte une interprétation qui conduirait [. . .] à ajouter des termes »¹¹⁷. Il rappelle la recommandation de Lord Mersey : « C'est une chose grave d'introduire dans une loi des mots qui n'y sont pas et sauf nécessité évidente, c'est une chose à éviter »¹¹⁸. Autrement dit, si, selon l'adage, le législateur « ne parle pas pour ne rien dire », il ne se tait certainement pas sans raison. Comme la comparaison des deux articles, sur le choix de loi et sur l'élection de for, laisse perplexe en raison de la précision de l'un et du silence de l'autre, force est de conclure que l'élection de for n'est autorisée en droit québécois que dans le cadre d'une

¹¹³ H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 10 à la p. 190 note (3).

Peut-être faudrait-il faire une distinction entre un contrat et un litige international? On pourrait admettre que le contrat soit « purement interne » mais que le litige, justement en raison de la désignation d'un tribunal étranger, soit « international ».

¹¹⁴ *Ibid.* à la p. 186.

¹¹⁵ Art. 3148 § 4 et *in fine*, art. 3168 § 5 C.c.Q. (dans la version anglaise : « relating to a specified legal relationship »).

¹¹⁶ On peut faire ici un parallèle avec les textes internationaux : la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (Rome, le 19 juin 1980, Doc. 80/934/CEE, en ligne : <http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/498y0126-3/498y0126-3_FR.doc>, consulté le 19 février 2004) [ci-après Convention de Rome]) accorde, par son article 3.1, la même permission aux contractants en envisageant, dans les mêmes termes, la possible absence d'extranéité du contrat alors que le Règlement européen est silencieux sur cette question en matière de rattachement juridictionnel.

¹¹⁷ P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p. 257.

¹¹⁸ *Thompson c. Goold & Co.*, [1910] A.C. 409, 420 dans *ibid.* à la p. 258.

Electronic Journal of Comparative Law, vol. 8.2 (June 2004), <<http://www.ejcl.org/>>

affaire comportant un élément d'extranéité¹¹⁹.

Quel est donc l'élément d'extranéité accepté par le droit québécois? Si le contrat, l'affaire sont purement québécois, la question de la compétence « internationale » des tribunaux québécois ne se pose évidemment pas, les parties n'ayant même pas besoin de leur attribuer compétence. Si le contrat est entièrement étranger et ne relève que d'un pays, le choix par les parties du tribunal québécois est-il valide? Nous sommes encline à répondre affirmativement en raison du libellé très large du paragraphe 4 de l'article 3148 C.c.Q.¹²⁰ La même conclusion s'impose lorsque les tribunaux québécois sont appelés à se prononcer sur la compétence d'un tribunal étranger lors de la reconnaissance d'un jugement étranger puisque l'article 3168 C.c.Q. n'impose aucune condition - liée à l'internationalité - à la clause d'élection de for. Ainsi, par exemple, dans une affaire purement québécoise, les cocontractants pourraient s'entendre pour porter leur litige devant un juge étranger et, dans la mesure où celui-ci acceptera la compétence et rendra jugement, le juge québécois à qui serait demandée sa reconnaissance devrait reconnaître la compétence du tribunal étranger. On peut entrevoir une réserve cependant en raison de l'article 3164 C.c.Q. qui introduit le principe du « miroir » : la compétence des autorités étrangères est calquée sur celle des tribunaux québécois mais à une condition, soit que « le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie »¹²¹. Se pourrait-il que la seule désignation des parties en faveur du tribunal d'un État par ailleurs totalement étranger au contrat ne constitue pas un lien suffisamment important? La question reste ouverte tant qu'aucun tribunal n'y a répondu.

Lorsque Pierre Mayer et Vincent Heuzé constatent que la loi française admet les clauses prorogant la compétence internationale, ils ajoutent qu'« [i]l faut que le litige soit *international* »¹²², sans préciser ce qu'implique l'adjectif. Bernard Audit semble apporter une nuance en écrivant que le litige doit présenter « un caractère véritablement international »¹²³. Toutefois, en 1991, il tempérait ses propos en ajoutant que cette véritable internationalité doit être « assez libéralement appréciée, afin de laisser jouer la prorogation lorsqu'il apparaît qu'elle [est] inspirée par le souci de choisir un for neutre ou plus spécialisé dans le litige »¹²⁴. Ces derniers mots autorisent donc à penser que l'internationalité peut provenir du seul choix

¹¹⁹ D'autant plus que le *Code de procédure civile* l'interdit expressément à son article 68 en prévoyant les règles de compétence interne « nonobstant convention contraire ».

¹²⁰ Nous n'avons trouvé aucune cause de jurisprudence illustrant un tel cas de figure. Il y a tout lieu de croire que l'une des parties, si cela lui était nécessaire, pourrait chercher à invoquer le *forum non conveniens*.

¹²¹ Cette disposition fait dépendre la compétence des autorités étrangères de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges québécois.

¹²² *Supra* note 48 à la p. 200. [Les italiques sont dans le texte original.]

¹²³ *Supra* note 9 à la p. 341. Par ailleurs, Bernard Audit a déjà affirmé, ce en quoi nous ne partageons pas entièrement son point de vue, que « [l]a condition que le litige présente un caractère international ne fera en général pas de difficulté ». (*Supra* note 16 à la p. 265.)

¹²⁴ B. Audit, *Droit international privé*, Paris, Économica, 1991 à la p. 324. En 2000, les derniers termes de la phrase sont remplacés par : « lorsqu'il apparaît qu'elle n'est pas inspirée par un abus de puissance contractuelle ni un esprit de fraude, mais parce que le contrat s'inscrit dans une opération internationale ». (*Supra* note 9 à la p. 341.)

Electronic Journal of Comparative Law, vol. 8.2 (June 2004), <<http://www.ejcl.org/>>

des parties. Commentant l'affaire CSEE, Hélène Gaudemet-Tallon constate que la Cour de cassation, tout en reconnaissant la validité des clauses d'élection de for, impose que le litige soit international. Elle ajoute : « [. . .] le simple fait de soumettre le litige à un tribunal étranger ne saurait suffire à lui conférer un caractère international. Ce dernier doit découler d'autres circonstances . . . qui varieront selon les cas »¹²⁵.

Nous tournant maintenant vers les textes internationaux, mentionnons que la première des Conventions de La Haye en la matière aurait pu moins prêter à discussion sur la question de l'internationalité du fait de sa rédaction. Son titre même est éloquent¹²⁶. Il nous semble que le « caractère international » de la vente décrit clairement que c'est l'opération commerciale qui doit en elle-même être internationale. En outre, l'article premier *in fine* confirme la proposition : « La seule déclaration des parties relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l'alinéa premier du présent article ».

Le libellé de l'article 2 de la deuxième convention, celle de 1965, semblerait mener à la même conclusion puisqu'il précise que le texte s'applique « aux rapports internationaux »¹²⁷.

Le Règlement européen n'est pas très explicite, pas plus que ne l'était la Convention de Bruxelles. La lettre du texte de 1968 était muette sur ce point, n'imposant donc pas un caractère international particulier au dossier. L'esprit général du texte semblait admettre que l'extranéité puisse résulter du seul choix des parties. Sur cette question, nous nous rallions à l'opinion de Georges Droz, selon qui, l'accord intervenu entre les parties « peut viser des litiges purement internes »¹²⁸ même si le cas risque d'être rare en pratique. Au contraire, Hélène Gaudemet-Tallon estime qu'il semble « préférable de décider que l'art. 17 n'intervient que si la situation est internationale et qu'une clause attributive de juridiction à un tribunal étranger ne suffit pas à elle seule à conférer cette internationalité »¹²⁹. On le voit, les avis sont partagés et la réponse reste en suspens d'autant plus que la Cour de justice n'a pas encore été appelée à trancher la question.

En résumé, exiger que l'affaire soit internationale pour admettre une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal étranger s'apparente, à nos yeux, à une lapalissade, sauf à dire que le dossier soit objectivement international. Si tous les éléments du contrat relèvent du même ordre juridique et que les parties ont été silencieuses en matière de juridiction, la question de l'internationalité ne se pose pas, pas plus que celle de la saisine d'un juge étranger. La véritable question est de déterminer en quoi consiste la teinte étrangère de l'affaire. La seule « nationalité » du tribunal désigné suffit-elle? Nous avons constaté que la

¹²⁵ *Supra* note 16 à la p. 543. On remarquera qu'en l'espèce les deux parties étaient françaises. Cependant, le litige portait sur un contrat de sous-traitance et le contrat principal était indéniablement lié à la Libye.

¹²⁶ *Supra* note 54.

¹²⁷ *Supra* note 55.

¹²⁸ G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Dalloz, 1972 à la p. 129.

¹²⁹ *Supra* note 62 à la p. 83.

Electronic Journal of Comparative Law, vol. 8.2 (June 2004), <<http://www.ejcl.org/>>

réponse est vague et les arguments flous. Nous pensons qu'obliger à ce que l'un des éléments du dossier soit « objectivement » étranger va à l'encontre du principe de la liberté contractuelle. Selon nous, c'est concevoir le rattachement juridictionnel dans le seul cadre, pour ne pas dire carcan, des éléments propres au contrat, comme le font d'autres facteurs de rattachement en la matière. En outre, le raisonnement manque de logique. Nous avons vu que généralement, on n'exige aucun lien entre le tribunal saisi et le contrat autrement qualifié d'international. On admet donc que l'élément d'extranéité objectif ne coïncide pas forcément avec la nationalité du juge étranger désigné.

1.2 Les limites

Les limites à l'exercice de la liberté contractuelle, que nous allons examiner maintenant concernent des questions de fond et correspondent à ce qu'Hélène Gaudemet-Tallon appelle des conditions de fond négatives, après avoir constaté que cet exercice n'était soumis à aucune condition de fond positive¹³⁰.

1.2.1 En raison de la matière

Si, comme nous venons de le voir, la liberté contractuelle n'est pas illimitée, son exercice est parfois totalement refusé aux parties. Les parties ne peuvent conventionnellement choisir l'autorité étatique qui réglera un éventuel différend entre elles.

Il en va ainsi dans certaines situations en raison du champ de droit considéré pour lequel le législateur prévoit des rattachements impératifs. La structure même des dispositions du *Code civil du Québec* sur le rattachement juridictionnel est éloquent à cet égard. Les articles sur les clauses d'élection de for sont uniquement contenus dans la section sur les « actions personnelles à caractère patrimonial ». C'est dire que la liberté des parties ne peut s'exercer en dehors de ce type d'actions, comme dans celles relatives aux affaires familiales ou à caractère extrapatrimonial ou dans les actions réelles¹³¹ et mixtes.

Même dans les domaines où la volonté des parties peut s'exercer, le législateur indique des balises liées parfois à la matière envisagée. Il arrive ainsi qu'il attribue une compétence exclusive sur une matière et par là, refuse à toute autre autorité la possibilité de statuer sur certaines questions. La liberté des parties est, dans ce cas également, réduite à néant¹³². C'est d'ailleurs sous l'expression « compétences exclusives » que le Règlement européen écarte du champ de la prorogation de compétence un certain nombre de sujets,

¹³⁰ Voir *supra* note 10 aux pp. 186-225.

¹³¹ Pour une application de la règle dans le cadre d'une action en revendication doublée d'une saisie avant jugement, voir *Behaviour Communications Inc. c. Virtual Image Productions*, REJB 1999-13612, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. Q.) <<http://rejb.editionsyvonblais.com>>.

¹³² À titre presque anecdotique, d'autant plus qu'il se situe loin de nos préoccupations, on peut citer en exemple l'article 3151 C.c.Q. réservant compétence exclusive aux tribunaux québécois en matière de responsabilité fondée sur l'article 3129 C.c.Q., celui-ci portant laconiquement sur « l'exposition à une matière première provenant du Québec, [. . .] son utilisation, que cette matière première ait été traitée ou non ».

Electronic Journal of Comparative Law, vol. 8.2 (June 2004), <<http://www.ejcl.org/>>

fournit les éléments à prendre en considération pour déterminer l'internationalité de l'arbitrage. Ces éléments ne sont pas liés au « flux et reflux [économique] au-dessus des frontières »²³⁸ mais font appel aux notions classiques du droit international privé, les éléments d'extranéité, constituant ainsi un « amalgame » d'après Louis Marquis, « loin de former un tout homogène »²³⁹.

Il est regrettable que certains critères proposés par la loi-type n'aient pas été retenus. En effet, ils font une large place à « l'autonomie de la volonté », principe qui, comme l'écrit Louis Marquis, « transcende l'esprit tout entier de la Loi type »²⁴⁰ et, il faudrait ajouter, transcende tout l'esprit des relations commerciales internationales et de la notion même d'arbitrage. Ainsi, aux termes de la loi-type, lorsque les parties ont leur établissement dans un même État, l'arbitrage est international si le lieu de l'arbitrage, choisi par les cocontractants, est à l'extérieur de cet État ou si « les parties ont convenu expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays »²⁴¹. On a pu dire de ces critères de la loi-type qu'ils sont imparfaits²⁴² mais le critère retenu par le droit français et le droit québécois est-il à l'abri de toute critique? De plus, nous avons constaté qu'en ce qui concerne l'élection de for, en droit québécois au moins, l'internationalité « artificielle »²⁴³ qui ne résulte que du fait de l'appartenance de l'autorité à un autre ordre juridique, ne semble pas totalement exclue. Il nous semble illogique qu'il n'en soit pas de même dans la sphère de l'arbitrage.

Pour terminer, remarquons que la Convention de New York, sur laquelle nous reviendrons à propos de l'efficacité des conventions d'arbitrage, n'exige pas d'élément d'internationalité. Elle ne parle que de sentences « étrangères », soit « rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées »²⁴⁴. Pour Hélène Gaudemet-Tallon, il s'agit là d'une « manifestation de la tendance refusant d'exiger un élément international »²⁴⁵.

²³⁸ Cass. civ., 17 mai 1927, D.P. 1928. I. 25 (note H. Capitant).

²³⁹ *Supra* note 186 à la p. 464.

²⁴⁰ *Ibid.* à la p. 465.

²⁴¹ *Loi type sur l'arbitrage commercial international*, *supra* note 203 art. 3 § a) i) et c).

²⁴² En résumé, ils risquent d'exclure des arbitrages véritablement internationaux tout en créant, dans d'autres situations, une fausse internationalité. Voir L. Marquis, *supra* note 186 aux pp. 464-465.

²⁴³ *Ibid.* à la p. 465.

²⁴⁴ *Supra* note 223, titre et art. premier. La formulation a soulevé un débat doctrinal sur l'application ou non de la Convention dans le pays où la sentence a été rendue. À ce sujet, voir M. de Boissésou, *supra* note 227 à la p. 435.

Il est à noter que la C.C.I., insatisfaite des textes adoptés dans les années vingt, avait soumis aux Nations Unies un projet sur la « sentence arbitrale internationale ». Le conseil économique et social des Nations Unies « modifia profondément l'avant-projet de la Chambre de commerce internationale » et elabora un texte qui « mentionnait les sentences arbitrales "étrangères" ». (Voir M. de Boissésou, *ibid.* à la p. 432).

²⁴⁵ *Supra* note 10 à la p. 189.