

**BUREAU DE COORDINATION DES ÉTUDES**  
**Fiche d'identification de la mise à jour**

**COMMISSION :** Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté.

**ÉTUDE ORIGINALE**

**Référence :** Volume 2, pages 5 à 38

**Auteurs :** Jean-Gabriel Castel et Jeffrey Talpis

**Titre :** L'accession du Québec à l'indépendance et la continuité de l'ordre juridique sur son territoire : les apports du droit international privé

**MISE À JOUR**

**Auteurs :** Jean-Gabriel Castel et Jeffrey Talpis

**Titre :** L'accession du Québec à l'indépendance et la continuité de l'ordre juridique sur son territoire : les apports du droit international privé

2001-12-19

## Sommaire exécutif

### L'accession du Québec à l'indépendance et la continuité de l'ordre juridique sur son territoire: les apports du droit international privé

#### Mise à jour

Après avoir rappelé brièvement les éléments essentiels et les conclusions de l'étude originale à l'effet que l'accession à l'indépendance ne devrait pas causer un vide juridique dans le domaine du droit international privé si des dispositions étaient prises, autant que possible avant cette accession pour qu'elles puissent être appliquées dès que celle-ci serait proclamée, les auteurs se sont penchés sur trois domaines nouveaux du droit international privé d'une importance capitale pour le Québec, à savoir la protection des investissements étrangers, les problèmes soulevés par l'utilisation grandissante du réseau Internet et la question du droit transitoire.

Afin d'encourager les investissements étrangers au Québec et protéger les investissements québécois hors de ses frontières, il serait bon pour le nouvel Etat de succéder à l'Aléna et aux nombreuses conventions bilatérales en vigueur au Canada qui se rapportent à ces questions. Il serait aussi opportun que le Québec fasse partie de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*. Les dispositions de ces différentes conventions ne sont pas incompatibles avec les dispositions du *Code civil* et du *Code de procédure civile* qui traitent de la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et des sentences arbitrales.

Quant à l'utilisation du réseau Internet, les auteurs estiment que le Québec aurait la compétence voulue au regard du droit international pour régler ce moyen de communication afin de protéger les personnes qui résident au Québec et qui l'utilisent à des fins diverses. Les dispositions du *Code civil* se rapportant à la compétence des tribunaux, le droit applicable et la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères peuvent facilement être adaptées par les tribunaux aux problèmes soulevés par l'utilisation du réseau Internet.

Enfin, en ce qui concerne le droit transitoire, les auteurs proposent de remplacer dès maintenant les règles énoncées dans la *Loi d'interprétation* se rapportant à cette question par des règles générales identiques à celles qui se trouvent dans la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* sujettes à des exceptions pour tenir compte des objectifs propres au droit international privé lorsque cela s'avère nécessaire. Le principe de l'effet immédiat de la loi québécoise nouvelle devrait permettre son application aux situations juridiques en cours créées sous l'empire de l'ancienne loi fédérale et assurer ainsi la continuité de l'ordre juridique du Québec sur son territoire.

Ces propositions ne modifient en rien les conclusions présentées dans l'étude originale. Elles ne font que les compléter.

le 20 décembre 2001.

## **ANNEXE A**

**Mise à jour de l'étude intitulée  
L'accession du Québec à l'indépendance et la continuité de l'ordre juridique  
sur son territoire: les apports du droit international privé**

**Produite dans le cadre des travaux de la Commission d'étude des questions  
afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté**

**Par: Jean-Gabriel Castel et Jeffrey Talpis**

**Le 20 décembre 2001**

## Introduction

Ce travail a pour but de mettre à jour l'étude originale intitulée *L'accession du Québec à l'indépendance et la continuité de l'ordre juridique sur son territoire: les apports du droit international privé*. Dix années se sont écoulées depuis sa publication en 1992 pendant lesquelles le Parlement fédéral et certaines conventions internationales ont apporté des changements importants au droit qui se rapporte à notre matière et ainsi pourraient créer un vide juridique au cas où le Québec accéderait à l'indépendance.

### 1. Rappel des éléments essentiels et conclusions de l'étude originale

Dans l'étude originale nous avons examiné les problèmes de la continuité juridique dans le cadre du droit international privé qui comprend les conflits de lois, les conflits de juridictions, et la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères qu'ils s'agisse de jugements ou de sentences arbitrales.

Nous avons conclu que l'accession à l'indépendance ne devrait pas causer un vide juridique dans le domaine du droit international privé si des dispositions étaient prises, autant que possible avant l'accession à l'indépendance, pour qu'elles puissent être appliquées dès que celle-ci serait proclamée. Nos conclusions étaient les suivantes:

Les dispositions qui ont pour but d'assurer la continuité de l'ordre juridique comprendraient:

#### 7.1 *Droit substantiel et droit international privé*

- a) Des lois nouvelles fondées sur les lois fédérales abrogées qui seraient adaptées au Québec.
- b) La soumission des situations visées par ces lois lorsqu'elles contiennent un ou plusieurs éléments d'extranéité, à des règles de droit international privé qui pourraient être soit celles qui viennent d'être adoptées par l'Assemblée nationale dans le nouveau *Code civil du Québec*, soit des règles spéciales.
- c) La mise en place de règles transitoires pour déterminer si une situation de fait antérieure à l'indépendance est régie par la loi ancienne ou par la loi nouvelle.

#### 7.2 *Domaine judiciaire*

- a) Des lois ayant pour objet le transfert de la compétence des tribunaux fédéraux à des tribunaux du Québec.
- b) Des règles de compétence juridictionnelle territoriale pour les litiges qui contiennent un ou plusieurs éléments d'extranéité. Ces règles

pourraient être celles qui se trouvent déjà au nouveau *Code civil du Québec*.

- c) Des règles de procédure adéquates.
- d) Des règles transitoires pour résoudre le cas où un litige avait été porté devant un tribunal fédéral avant l'indépendance sans qu'une décision n'ait été rendue ou si une décision avait été rendue avant que les délais d'appel soient écoulés ou qu'un appel ait été entendu.
- e) Des règles transitoires applicables à la reconnaissance et à l'exécution des décisions qui avaient été rendues avant l'indépendance.
- f) Si nécessaire, des règles spéciales applicables à la reconnaissance et à l'exécution des décisions rendues dans le reste du Canada après l'indépendance.

Nous avons estimé que ces solutions seraient préférables à l'adoption temporaire du droit fédéral jusqu'à ce qu'il soit remplacé ou modifié par l'Assemblée nationale.

Les règles québécoises actuelles peuvent-elles résoudre les litiges de droit international privé régis par les lois fédérales qui ont été adoptées ces dix dernières années, particulièrement celles qui mettent en œuvre des traités tels que l'*Aléna*? Le développement phénoménal du commerce électronique et les problèmes soulevés par l'utilisation du réseau Internet surtout dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle ainsi que la protection de la vie privée sont aussi liés au droit international privé. Ils requièrent des solutions qui dépassent le cadre de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (L.C. 2000, c.5) et la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.Q. 2001, c.32).

## 2. Analyse complémentaire des changements de nature juridique pendant la dernière décennie

### 2.1 Litiges se rapportant aux investissements étrangers

#### 2.1.1 L'*Aléna*

Le 17 décembre 1992, les gouvernements du Canada, des États-Unis d'Amérique et des États-Unis du Mexique ont signé un *Accord de libre-échange nord-américain (Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, c.44)* qui traite d'un certain nombre de matières dans le domaine économique et en particulier du régime applicable aux investissements étrangers, question d'importance capitale pour le Québec. À la suite de l'accession du Québec à l'indépendance, ce dernier pourrait continuer à faire partie de cet accord en vertu du principe du maintien en vigueur des conventions à l'égard de l'État successeur.

Le chapitre 11 de l'*Aléna* qui est consacré aux mesures adoptées ou maintenues par une partie à l'accord concernant en particulier a) les investissements d'une autre partie et b) les investissements des investisseurs d'une autre partie sur son territoire, contient des dispositions qui soulèvent des questions de droit international privé lorsqu'il existe un différend entre un investisseur de l'une des parties et l'État où se trouve cet investissement. Par exemple, si un investisseur américain ou mexicain estime avoir subi une perte ou un dommage en raison ou par suite d'un manquement du Québec à une obligation découlant de ce chapitre. Il en sera de même s'il s'agit d'un québécois ayant investi au Mexique ou aux États-Unis d'Amérique y subit une perte ou un dommage.

Les obligations des parties qui sont énumérées aux articles 1102 à 1114 se rapportent entre autres, au traitement national (art. 1102), au traitement de la nation la plus favorisée (art. 1103) et à la norme minimale de traitement (art. 1105). D'importance majeure dans le domaine des investissements, l'article 1110 donne la liste des principes applicables aux mesures de nationalisation et d'expropriation des investissements d'un investisseur d'une autre partie sur son territoire et de l'indemnité auquel cet investisseur peut prétendre (art. 1110). En général, c'est à l'occasion des nationalisations et expropriations confiscatoires, c'est-à-dire non suivie d'une indemnité équitable, que naissent les différends.

La partie B du chapitre 11 consacrée au règlement des différends entre une partie et un investisseur d'une autre partie (arts. 1115 à 1138) prévoit une procédure régulière devant un tribunal arbitral. La plainte soumise à l'arbitrage devra être déposée par un investisseur d'une partie soit en son nom propre soit au nom d'une entreprise d'une autre partie qu'il possède ou contrôle directement ou indirectement dans un délai de trois années depuis la date à laquelle cet investisseur ou l'entreprise a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi.

La procédure à suivre n'est régie qu'en partie par les dispositions de la partie B du Chapitre 11, car l'article 1120 permet à l'investisseur de soumettre sa plainte à l'arbitrage soit a) en vertu de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, faite à Washington le 18 mars 1965 (*Convention CIRDI*) à condition que la partie contestante et la partie de l'investisseur soient parties à la Convention, soit b) en vertu du *Règlement du mécanisme supplémentaire* du CIRDI, à condition que la partie contestante ou la partie de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la *Convention CIRDI*, soit enfin c) en vertu des *Règles d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international*, approuvées par l'Assemblée générale des Nations unies le 15 décembre 1976 (CNUDCI).

Comme à l'heure actuelle le Canada n'est pas partie à la *Convention CIRDI*, un investisseur contestant ne peut avoir recours à la procédure a). En revanche, il peut avoir recours à la procédure b) contre les États-Unis car cet État est partie à cette Convention.

La question qui se pose est de savoir si un arbitrage en vertu du chapitre 11, section B peut se dérouler selon la procédure prévue par le *Code de procédure civile* (arts. 940-947.4) sujet aux modifications apportées par les règles impératives de la section B. Nous ne le pensons pas, car les règles de la CNUDCI ne sont pas exactement identiques aux dispositions du *Code de procédure civile* qui s'inspirent de la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* adoptée le 21 juin 1985 par la CNUDCI.

En outre, l'article 940 du *Code de procédure civile* déclare que "les dispositions du présent titre s'appliquent à un arbitrage lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires" ce qui serait le cas pour un arbitrage en vertu des procédures prévues par l'article 1120 de la section B du chapitre 11 de l'*Aléna*. Ces procédures sont reconnues par l'article 3133 du *Code civil*. Il va de soi que l'investisseur contestant et l'entreprise doivent consentir à l'arbitrage, conformément à l'une des procédures prévues par la section B (art. 1120).

Ce consentement est aussi exigé des parties à l'*Aléna* (art. 1122). Le consentement et la soumission d'une plainte à l'arbitrage par un investisseur contestant satisfont à l'obligation d'un consentement écrit aux termes de la *Convention CIRDI* et du *Règlement du mécanisme supplémentaire* ainsi qu'aux termes de l'article II de la *Convention des Nations unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* faite à New York, le 1<sup>er</sup> juin 1958 (*Convention de New York*) et de l'article I de la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, faite à Panama, le 30 janvier 1975 (*Convention interaméricaine*).

Le Canada fait partie de la *Convention de New York* dont les dispositions ont été adaptées au *Code civil* (arts. 2638-2643) et au *Code de procédure civile* (arts. 948) (Voir John E.C. Brierley, *De la convention d'arbitrage, Articles 2638-2643, La Réforme du Code civil*, tome 2, chapitre XVIII (1993), p. 1067). L'investisseur contestant et l'entreprise doivent aussi renoncer à leur droit d'engager ou de poursuivre devant un tribunal judiciaire aux termes de la législation interne d'une des parties ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant au manquement de la partie contestante (art. 1121, *Aléna*).

Il nous faut signaler ici qu'un jugement rendu dans l'un des États parties à l'*Aléna* peut faire l'objet d'un recours à l'arbitrage si ce jugement porte atteinte aux intérêts d'un investisseur de l'une de ces parties (voir *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, 5 jan. 2001 Tribunal Arbitral créé en vertu du Chapitre 11 de l'*Aléna*).

Quant au siège de l'arbitrage, sauf entente contraire entre les parties contestantes, il devra se trouver sur le territoire d'une partie qui est partie de la *Convention de New York*. Cela ne présente pas de problème puisque le Canada, les États-Unis et le Mexique sont parties à cette Convention.

Pour trancher les points en litige, le tribunal arbitral applique les dispositions de l'*Aléna* et les règles du droit international. Il en résulte que si l'arbitrage a lieu au Québec, les dispositions du *Code civil* ne s'appliquent pas.

La sentence rendue par le tribunal arbitral n'a de force obligatoire qu'entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée (art. 1136 *Aléna*). Chacune des parties doit assurer l'exécution d'une sentence sur son territoire. Ainsi, l'investisseur contestant peut demander l'exécution d'une sentence arbitrale sur le territoire de l'une des parties à l'*Aléna* en vertu de la *Convention CIRDI*, de la *Convention de New York* ou de la *Convention interaméricaine*.

Au Canada et au Québec, cette exécution devra se faire en vertu de la *Convention de New York* puisque le Canada en fait partie et que le Québec, comme nous l'avons déjà mentionné, en a incorporé les dispositions dans le *Code de procédure civile* (arts. 948-951.2).

Si l'arbitrage avait eu lieu au Québec, il nous semble que les articles 946 à 947.4 du *Code de procédure civile* devraient s'appliquer car il ne s'agit pas d'une sentence rendue hors du Québec. Ceci pourrait poser problème car cette sentence ne serait pas soumise aux conditions prévues pour sa reconnaissance et son exécution par la *Convention de New York* (voir à ce sujet: *United Mexican States v. Metalclad Corporation* (2001 B.C.S.C. 664). Le siège de l'arbitrage se trouvant en Colombie britannique, la Cour supérieure de cette province a examiné la validité de la sentence arbitrale rendue en vertu du chapitre 11 de l'*Aléna*, à la lumière des dispositions de l'*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c.233 et non du *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c.55). Il s'agirait alors d'un manquement à l'obligation d'avoir recours à la *Convention de New York* prévue par l'article 1136.6 de l'*Aléna*. Par contre, si l'arbitrage avait eu lieu hors du Québec dans un État partie à la *Convention de New York*, les articles 948 à 951.2 s'appliqueraient. Le problème n'est pas insoluble car les articles 946.4, 946.5 et 950 du *Code de procédure civile* contiennent des dispositions substantiellement identiques.

Enfin, si l'arbitrage avait eu lieu dans un État non signataire de la *Convention de New York*, l'exécution de la sentence serait aussi soumise aux règles des articles 948 à 951.2 du *Code de procédure civile* car le Québec n'exige pas la réciprocité.

En principe, une sentence finale rendue en faveur de l'investisseur étranger qui condamne le Québec soit à des dommages pécuniaires, soit à la restitution des biens de l'investisseur (auquel cas la sentence disposera que la partie contestante pourra verser des dommages pécuniaires en remplacement d'une restitution) sera exécutée sur le territoire québécois comme un jugement du tribunal (arts. 946.6 et 951.2, *Code de procédure civile*). Il est cependant possible de faire exécuter cette sentence dans l'un des autres États parties à l'*Aléna* si des biens qui appartiennent au Québec devaient s'y trouver. L'immunité des États ne peut pas y faire obstacle puisque les parties contractantes se sont engagées à assurer l'exécution d'une sentence sur leur



territoire. En général, les parties contestantes s'exécuteront, car un refus constituerait une violation des engagements qu'ils ont pris en vertu de l'*Aléna*.

Notons que l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili* de 1997 contient des dispositions presque identiques à celles de l'*Aléna* en ce qui concerne les investissements et la procédure de règlement des différends.

Si le Québec devait accéder à l'indépendance avant que le Canada ne devienne partie à la *Convention CIRDI*, il pourrait envisager la signature de cette Convention dont le but est d'encourager l'investissement privé international tout en maintenant un équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des États hôtes. Cette Convention avait été élaborée dans le cadre de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement. La Convention crée un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, le C.I.R.D.I. Ce Centre fournit aux États contractants et aux investisseurs étrangers ressortissants d'autres États les moyens de régler sur une base volontaire les litiges relatifs aux investissements qui pourraient surgir entre eux. Les modes de règlement des litiges sont la conciliation ou l'arbitrage. Cependant, aucun État n'est tenu en raison de sa ratification de soumettre un différend au Centre. Si l'État bénéficiaire et l'investisseur étranger sont convenus de recourir au Centre, la procédure s'engage et les parties doivent prendre en considération les recommandations du conciliateur ou de l'arbitre et se conformer à la sentence arbitrale. Cette dernière est obligatoire pour tous les États parties à la Convention qui s'engagent à exécuter les obligations pécuniaires qu'impose la sentence (arts. 54-55).

Le tribunal arbitral doit trancher le litige conformément aux règles de droit choisies par les parties et à défaut de choix conformément aux règles de droit en vigueur dans l'État partie au litige y compris ses règles de droit international privé (art. 42(1)). Ainsi, les règles de droit international privé du Québec pourraient s'appliquer si le Québec était partie à un litige soumis au Centre. En tant qu'État contractant, le Québec aurait l'obligation de mettre en œuvre les dispositions de cette Convention dans sa législation (art. 69). Ceci ne devrait pas présenter de difficultés puisque le droit de l'arbitrage commercial international fait déjà partie du *Code de procédure civile* du Québec.

### 2.1.2 *Accords bilatéraux*

Il existe de nombreux accords bilatéraux signés par le Canada sur l'encouragement, la protection et la garantie des investissements internationaux privés. Ces accords contiennent des dispositions se rapportant au règlement des différends entre les parties contractantes par voie diplomatique et à défaut par arbitrage dont la sentence lie les parties et entre un investisseur et l'État hôte par voie amiable ou à défaut par arbitrage conformément aux *règles d'arbitrage de la CNUDCI 1976* ou de la *Convention CIRDI* à condition que la partie contestante et la partie de l'investisseur soient parties à cette Convention. (Voir par ex. Accord avec l'Ukraine, 24 oct. 1994, *Recueil des Traités* 1995/23, art. XIII, XV). Nous retombons dans un cadre identique à celui du chapitre 11 de l'*Aléna*.

Ainsi, pour assurer la continuité juridique des investissements québécois à l'étranger et encourager les investissements étrangers au Québec, particulièrement au regard des règles de droit international privé se rapportant à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, il serait souhaitable que dès l'indépendance, le Québec affirme qu'il succède aux obligations du Canada dans ce domaine.

### 2.1.3 *Absence d'accords*

En l'absence d'accords avec un État étranger au sujet de la protection des investissements et du règlement des différends qui s'y rapportent, ce sont les règles du droit international public qui s'appliquent. Cette question n'entre pas dans le cadre de ce travail. Cependant, lorsqu'il s'agit de reconnaître au Québec la validité d'un transfert de biens à la suite d'une nationalisation, expropriation ou confiscation par un gouvernement arrivé au pouvoir par des méthodes non constitutionnelles, les tribunaux québécois auront certaines questions préalables à résoudre qui se rattachent à l'application de l'article 3097 du *Code civil*. Les actes de ce gouvernement doivent-ils être reconnus au Québec quelle que soit sa légitimité? Jusqu'à une époque récente le Canada n'accordait la reconnaissance à un nouveau gouvernement étranger qu'après avoir apprécié le caractère effectif et, éventuellement, la légalité du contrôle exercé par le nouveau gouvernement sur le territoire et la population concernés, à la lumière de l'intérêt national canadien. En fait, cette reconnaissance obéissait à des mobiles politiques. L'absence de reconnaissance d'un gouvernement empêchait les tribunaux canadiens de reconnaître des situations juridiques créées à la suite d'actions prises par celui-ci.

Depuis 1988 le gouvernement canadien ne reconnaît que les États et a abandonné la pratique de la reconnaissance de gouvernement ce qui n'a pas facilité pas la tâche des tribunaux canadiens. Cependant, il semblerait que dans leur pratique se dessine une tendance à résoudre le problème en appréciant eux-mêmes si la condition liée au caractère effectif leur paraît remplie: auquel cas ils pourront en tirer les conséquences légales appropriées.

Avec l'accès à l'indépendance, le gouvernement du Québec aura à décider s'il désire continuer la politique du gouvernement canadien et laisser aux tribunaux québécois le soin de déterminer si effet doit être donné aux actes d'un gouvernement étranger selon les circonstances, particulièrement lorsque le nouveau gouvernement a succédé au précédent par voie révolutionnaire.

### 2.1.4 *Médiation*

L'article 2022 de l'Aléna invite les parties à encourager et faciliter le recours à d'autres méthodes de règlement des différends en matière de commerce international entre personnes privées de la zone de libre-échange. Le recours à la médiation est l'une de

ces méthodes que le Québec devrait encourager en en assurant la reconnaissance au même titre que l'arbitrage (voir J.A. Talpis, "Enforceability of Mediated Settlements of International Disputes with NAFTA" dans *Commercial Mediation and Arbitration into NAFTA Countries*, New York, JURISNET LLC, 1999, à la p.171).

## 2.2 La réglementation du réseau Internet

### 2.2.1 Introduction

L'essor pris par l'utilisation du réseau Internet au cours de ces dernières années, surtout dans le domaine du commerce électronique, lance un véritable défi à l'autorité de l'État sur son territoire. Il remet en cause son aptitude à régler les difficultés juridiques créées par ce nouvel outil de communication qui sert à toutes sortes d'activités et comportements licites ou répréhensibles.

En effet, si le recours au réseau Internet facilite les échanges commerciaux, il peut aussi être utilisé pour diffuser des propos diffamatoires, violer les droits d'auteur, répandre de la propagande haineuse ou encore offrir l'accès à du matériel pornographique, etc.

Le défi à l'autorité de l'État provient du fait que le réseau Internet qui est constitué par un grand nombre d'ordinateurs sans gestion centralisée couvre la terre entière. Il suffit qu'un utilisateur possède un ordinateur relié à une ligne téléphonique. Le réseau Internet est international car ses opérateurs et utilisateurs sont situés partout dans le monde et communiquent entre eux instantanément quelle que soit leur situation géographique. Le réseau Internet ne tient pas compte des frontières. Il ignore la géographie et le territoire. C'est pourquoi certains le décrivent comme ayant une localisation virtuelle en "cyberspace".

Si tel est le cas, il en résulte que le réseau Internet, ses opérateurs et utilisateurs, échappent à tout contrôle étatique. Cela n'est pas entièrement vrai car à un certain moment, il existe des contacts réels et non virtuels entre un opérateur ou utilisateur et un territoire soumis au contrôle d'un État. A titre d'exemple, il en est ainsi lorsqu'un contrat de vente de marchandises passé en ligne est exécuté hors ligne. Le contrat virtuel est réalisé réellement au lieu de livraison des marchandises. Dans le cas de propos diffamatoires sur le Web, ce lieu se trouve là où la victime a subi un préjudice. S'il existe un vide juridique créé par une absence de localisation, il faudra le combler dès l'accession à l'indépendance. Le Québec doit relever le défi en soumettant les opérateurs et utilisateurs du réseau Internet au droit québécois dans les situations qui se rattachent à son territoire afin de protéger l'intérêt général et les intérêts particuliers de ses citoyens et résidents. Il ne faut pas que les opérateurs et utilisateurs soient libres de toutes normes étatiques et organisent leurs activités sans l'intervention de l'État. Quelles sont donc les mesures que le Québec pourrait prendre pour régler l'utilisation du réseau Internet?

Dans le domaine du droit international privé, afin d'éviter tout déni de justice, les tribunaux québécois pourraient dès maintenant adapter les règles existantes. Pour l'avenir, le législateur pourrait créer des nouvelles règles de droit international privé, spécialement conçues pour le réseau Internet. Cependant, comme ces règles pourraient avoir une portée extraterritoriale et se heurter à des règles différentes adoptées par d'autres États, il semblerait préférable que le Québec adopte des normes internationales contenues dans une convention multilatérale traitant à la fois des questions de droit civil, commercial, pénal et de droit international privé posées par l'utilisation du réseau Internet.

### 2.2.2 *Compétence internationale du Québec pour régler le réseau Internet*

Afin de régler le réseau Internet, le Québec doit posséder une compétence normative au regard du droit international public. Cette compétence est généralement fondée sur le principe de la territorialité subjective ou objective. Ainsi, en vertu de ce principe, le Québec serait en mesure d'adopter des normes de portée générale ou individuelle visant à empêcher des opérateurs dont les services sont localisés sur son territoire de télécharger (*upload*) certains documents ou informations sur leurs sites Web et aussi empêcher des utilisateurs présents au Québec de les télécharger (*download*) ou de visiter certains sites Web. Il s'agit ici de territorialité subjective. Le Québec pourrait aussi adopter des normes visant les activités d'opérateurs ou utilisateurs localisés hors du territoire québécois à condition que ces activités produisent des effets au Québec. Le principe de la territorialité objective en serait la justification.

Une autre possibilité pour le Québec serait d'appliquer ses normes de portée générale ou individuelle sur la base du principe de la nationalité active qui est reconnue par le droit international public. Ainsi, seraient soumis aux normes québécoises les opérateurs et utilisateurs de nationalité québécoise quelque soit leur localisation. La délocalisation réelle ou présumée ne pourrait constituer un obstacle juridique à la réglementation. Cependant, il faut reconnaître que le principe de la nationalité peut conduire à une concurrence de compétences entre l'État sur le territoire duquel se trouvent les opérateurs et utilisateurs du réseau Internet et l'État de leur nationalité.

Enfin le Québec pourrait appliquer ses normes en se basant, soit sur le principe de la protection de sa sécurité pour réprimer toute attaque contre l'État en utilisant le réseau Internet, soit sur le principe de l'universalité, par exemple, pour empêcher une incitation au génocide sur ce réseau quelque soit la localisation de ses opérateurs, utilisateurs ou serveurs. Dans ces deux derniers cas, l'étendue de la compétence normative est très restreinte.

Si le Québec devait donner à ses normes générales ou individuelles une portée extraterritoriale, celles-ci ne pourraient produire leurs effets sur le territoire d'un autre État que dans la mesure où celui-ci ne s'opposerait pas à leur application. La compétence opératoire ou exécutoire du Québec pour mettre en œuvre ces normes ne peut s'exercer qu'au Québec car un État qui adopte des normes ne peut déployer des

contraintes matérielles sur le territoire d'un autre État souverain pour obtenir une application efficace de ces normes à une personne, un fait ou une situation donnée.

En conclusion, dès l'accession à l'indépendance, le Québec possédera une compétence normative suffisante au regard du droit international pour régler la plupart des activités qui ont recours au réseau Internet, ainsi que ses opérateurs et utilisateurs, sous réserve d'un conflit possible de compétences si le Québec devait appliquer ces normes extraterritorialement.

### 2.2.3 *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*

À l'heure actuelle, la réglementation du réseau Internet semblerait être l'apanage du Parlement fédéral en vertu de la *Constitution* canadienne ((1867), 30 et 31 Vic. c.3 et mod.). Cette compétence découlerait soit de l'article 91 "lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada", soit du paragraphe 2 de cet article "réglementation des échanges et du commerce", soit encore du paragraphe 10(a) de l'article 92 "télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province". Le législateur fédéral n'a pas abusé de cette compétence puisque pour le moment, seule la *Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques* (L.C. 1990-2000, c.5) touche partiellement à notre matière (arts. 2-9 et 31 et Annexe I). Elle n'interdit pas l'échange de données entre opérateurs de base de données au-delà des frontières du Canada.

Quant au droit pénal substantiel, domaine qui lui aussi ressort de la compétence du Parlement fédéral (art. 91.27 de la *Constitution*), l'accès à un casino virtuel dont le serveur serait localisé à l'étranger semble prohibé par le *Code criminel* (art. 201-209), sauf s'il est autorisé par les gouvernements provinciaux (art. 207).

En général, il apparaît souhaitable que les fournisseurs d'accès soient tenus de respecter le droit de l'État dans lequel sont situés les visiteurs de site.

Lors de l'accession à l'indépendance, il suffirait que le Québec ajoute à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (L.R.Q. c.P-39.1) des dispositions qui traitent de la collecte et du traitement des données à caractère personnel dans les infomoutes y compris leur transfert vers les pays tiers afin de réglementer les échanges de renseignements entre opérateurs et utilisateurs du réseau Internet à travers les frontières. La législation pourrait s'inspirer de la *Directive* du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne adoptée en 1995 (24 oct. 1995 J.O. (L.281) 31. Voir en particulier ch. IV, Transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers: arts. 25-26. Au Canada voir "L'échange de données informatisées", dans *Conférence sur l'Uniformisation des Lois au Canada*, Compte rendu 1993, Annexe G, p. 207). Quant à la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.Q. 2001, c.32), elle ne traite pas de cette question.

## 2.2.4 Droit international privé

La question qui se pose est de savoir si, dans un contexte international, les tribunaux québécois peuvent résoudre les problèmes juridiques associés au réseau Internet en ayant recours aux règles de droit international privé actuellement en vigueur ou si il est nécessaire de les adapter à ce mode de communication.

En vue de la mondialisation du commerce international qui demande une véritable coopération entre les États, il serait peut-être bon d'adopter de nouvelles règles substantielles uniformes au lieu de règles de droit international privé.

### 2.2.4.1 Compétence des tribunaux

Le titre troisième du livre deuxième du *Code civil* traite de la compétence internationale des autorités du Québec (arts. 3134-3154).

Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes si le défendeur est une personne morale (par exemple, un opérateur ou utilisateur du réseau Internet non domicilié au Québec) qui a un établissement au Québec et si la contestation est relative à son activité au Québec (art. 3148.2). On pourrait se demander si permettre le simple accès à un site Web par des utilisateurs au Québec constitue une activité au Québec. Un site Web passif qui contient des informations ou des sollicitations qui ne sont pas spécifiquement dirigées vers le Québec et ses résidents ne devrait pas donner compétence aux tribunaux québécois. Si l'opérateur ou l'utilisateur n'a pas d'établissement au Québec, il peut néanmoins y être poursuivi si un préjudice a été subi au Québec (art. 3148.3), par exemple, si l'utilisateur lésé y est résident car le préjudice est présumé avoir été subi à sa résidence (*Morales Moving and Storage c. Chatigny Britton*, [1996] R.D.J. 14 (C.A.)).

Les autorités québécoises sont également compétentes si une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée (art. 3148.3). Lorsque une personne au Québec accède à l'information erronée offerte sur un site Web dont l'auteur est établi hors du Québec peut-on dire que ce simple accès constitue un fait dommageable au Québec suffisant pour établir la compétence des autorités québécoises? Nous ne le pensons pas à moins que le Québec soit spécialement ciblé par l'information ou qu'elle ait été sollicitée par l'utilisateur québécois et téléchargée dans son ordinateur auquel cas le site est actif, voire interactif. L'affichage d'un site Web sur le réseau Internet et l'émission d'informations sur ce site sans plus ainsi que le simple fait de permettre l'accès à ce site à des québécois, site qui peut être visualisé simultanément dans le monde entier, ne devraient pas avoir de conséquences juridiques car il s'agit d'un site passif.

Les parties par convention peuvent soumettre aux autorités québécoises les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, par exemple un contrat en ligne (art. 3148.4).

Enfin le défendeur peut avoir reconnu la compétence des autorités québécoises (art. 3148.5).

Le *Code civil* précise que "...les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises" (art. 3148, deuxième alinéa).

Cette reconnaissance des clauses d'élection de for soulève le problème de savoir si elles sont valables dans les contrats en ligne où elles prennent souvent la forme "clickwrap". Il suffit de cocher la référence au choix de forum proposé par la personne qui doit fournir les services ou les biens. Aucune négociation n'est possible. En général, ces clauses sont valables (*Camionex Inc. c. Bombardier*, R.E.J.B. 99-13575 (C.S.) et *2736349 Canada Inc. c. Rogers Cantel Inc.*, J.E. 98-1178 (C.S.)) excepté dans le cas d'actions fondées sur un contrat de consommation ou un contrat de travail (art. 3149).

Les autorités québécoises sont aussi compétentes lorsque le défendeur, opérateur ou utilisateur, a son domicile ou sa résidence au Québec (arts. 3134 et 3148.1).

L'article 3136 du *Code civil* pourrait aussi être invoqué pour poursuivre au Québec un opérateur ou utilisateur du réseau Internet lorsque les autorités québécoises ne sont pas compétentes pour connaître d'un litige dans le cas où une action à l'étranger se révèle impossible ou si l'on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, à condition que le litige présente un lien suffisant avec le Québec.

En vertu de l'article 3149 du *Code civil*, les autorités québécoises sont compétentes à connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou un contrat de travail conclu en ligne si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec. Les dispositions de cet article nous semblent adéquates pour donner compétence aux autorités québécoises pour les contrats de consommation ou de travail conclu en ligne et exécutés hors ligne.

Il nous faut aussi mentionner que l'article 3140 du *Code civil* qui déclare qu'en "cas d'urgence ou d'inconvénients sérieux, les autorités québécoises sont compétentes pour prendre les mesures qu'elles estiment nécessaires à la protection d'une personne qui se trouve au Québec ou à la protection de ses biens s'ils y sont situés", devrait permettre l'émission d'injonctions permanentes à des opérateurs ou utilisateurs du réseau Internet afin de protéger les résidents du Québec.

Dans le domaine contractuel en général, il serait peut être souhaitable de séparer d'une part les contrats négociés et conclus en ligne mais exécutés hors ligne, en tout ou en partie (par exemple une vente d'objets mobiliers corporels par un particulier), et ceux qui sont négociés en ligne (par exemple, un contrat de prestation de services de nature

intellectuelle). Pour les premiers, les règles de compétence juridictionnelle traditionnelles qui se trouvent à l'article 3148 du *Code civil* sont satisfaisantes. Pour les autres, la compétence juridictionnelle pourrait dépendre uniquement d'une clause d'élection de for.

On peut se poser la question de savoir si, à l'instar des États-Unis (voir *Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com Inc.*, 952 F. Supp. 1119, à la p. 1124 (W.D. Pa. 1997) contacts passifs, interactifs et commerciaux), la compétence des tribunaux dans les actions personnelles à caractère patrimonial se rapportant au réseau Internet devrait dépendre de la nature des contacts que les parties au litige ont eu avec ce réseau. Cette question fait-elle partie de l'interprétation à donner à l'article 3148 du *Code civil* par les tribunaux québécois?

#### 2.2.4.2 *Loi applicable*

##### 2.2.4.2.1 *Obligations contractuelles*

Les articles 3109 à 3115 et 3127 du *Code civil* sont amplement suffisants pour déterminer la loi applicable aux contrats entre professionnels conclus électroniquement en ligne et exécutés en tout ou en partie en ligne ou hors ligne.

La plupart du temps les parties désignent expressément la loi applicable à ce type de contrats. En l'absence de désignation expresse, il peut être difficile de déterminer la loi applicable à la forme du contrat si les parties ne possèdent pas un établissement dans un certain lieu. S'agit-il du lieu où se trouve le serveur ou du lieu ciblé par l'offre affichée sur le site Web? (Voir aussi la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q. 2001, c.32). En ce qui concerne la loi applicable au fond du contrat, comment appliquer la présomption en faveur de "la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement?" (art. 3113 du *Code civil*).

Il nous faut reconnaître que la résidence d'un individu ou le lieu où se trouve l'établissement d'une entreprise n'est pas toujours connu dans le cas de contrats conclus en ligne et exécutés intégralement en ligne. La détermination de la loi applicable à la vente d'un meuble corporel ou d'un immeuble est plus facile car l'exécution du contrat se fait hors ligne permettant ainsi d'identifier la résidence de l'acheteur.

##### 2.2.4.2.2 *Protection du consommateur*

La loi applicable aux contrats conclus en ligne et exécutés hors ligne entre un professionnel et un consommateur est déterminée par l'article 3117 du *Code civil*. Le premier et le dernier alinéas de cet article sont très pertinents dans le cadre du commerce électronique car il se réfèrent à la résidence du consommateur qu'il est facile d'identifier puisque dans la majorité des cas, ce sera en ce lieu que les marchandises



qui sont l'objet du contrat seront livrées. C'est aussi ce lieu qui a été ciblé par l'offre ou la publicité sur le site Web et d'où le consommateur a envoyé sa commande électroniquement.

La *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q., c.P-40.1) ne s'applique que si, en vertu de l'article 3117 du *Code civil*, le consommateur réside au Québec au moment de la conclusion du contrat en ligne (pour le contrat de travail conclu en ligne voir l'article 3118 du *Code civil*).

#### 2.2.4.2.3 *Obligations délictuelles*

La loi applicable aux délits en ligne qu'il s'agisse de diffamation sur un site du Web ou des délits spécifiques au réseau Internet tels que le *hacking* ou l'implantation de virus, ou encore de concurrence déloyale ou de violation des droits d'auteur, *etc.*, est celle de l'État où l'acte ou l'omission qui est à l'origine du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est survenu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur de l'acte ou de l'omission devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait. Dans ce cas, c'est souvent la loi de la résidence de la victime qui s'applique. Celui qui télécharge une information diffamatoire sur un site peut-il vraiment prévoir raisonnablement qu'elle peut être lue partout dans le monde?

En outre, dans tous les cas, si l'auteur et la victime ont leur domicile ou leur résidence dans le même État, c'est la loi de cet État qui s'applique.

Quant à la responsabilité du fabricant d'un bien meuble, elle est régie par l'article 3128 du *Code civil* qui donne à la victime un choix entre la loi de l'État dans lequel le fabricant a son établissement ou à défaut, sa résidence et la loi de l'État dans lequel le bien a été acquis.

L'application de ces règles aux délits en ligne se heurte souvent à la difficulté d'identifier l'auteur du fait générateur du préjudice et de localiser ce fait. La recherche du domicile ou de la résidence de cet auteur peut aussi s'avérer difficile, voire impossible.

Le fait générateur du préjudice doit-il être localisé à l'endroit où la victime a accédé au site Web, c'est-à-dire, en principe, au lieu de sa résidence? Si l'on retient le lieu d'affichage de l'information sur le site Web, comment identifier ce lieu?

Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de modifier ces règles et qu'il faut laisser aux tribunaux québécois le soin de les interpréter de manière à les adapter aux délits en ligne.

#### 2.2.4.3 *Décisions étrangères*

##### 2.2.4.3.1 *Jugements étrangers*

Le titre quatrième du livre dixième du *Code civil* traite aux articles 3155 à 3168 de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères et de la compétence des autorités étrangères. Ces articles sont-ils adéquats pour s'appliquer à des décisions étrangères en matière de transactions électroniques qui utilisent le réseau Internet?

La question qui se pose le plus souvent pour les jugements étrangers en général a trait à la compétence de l'autorité étrangère dont on cherche à faire reconnaître le jugement. Les règles actuelles fonctionnent avec souplesse et efficacité. Cependant, à ce jour les tribunaux québécois n'ont pas encore eu à reconnaître un jugement étranger condamnant un opérateur ou utilisateur québécois ou étranger du réseau Internet à des dommages intérêts par suite d'activités sur le *net*. Il est donc trop tôt pour porter un jugement sur la valeur de ces règles lorsqu'elles s'appliquent à des transactions électroniques. On retiendra, cependant, la nature des contacts que les parties ont eu avec le réseau Internet pour déterminer si le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie (voir *Braintech Inc. v. Kostiuik* (1999), 63 B.C.L.R. (3d) 156 (C.A.) et J.A. Talpis, *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec – United States Crossborder Litigation*, Éditions Thémis, 2001, aux pp. 110-113).

#### 2.2.4.3.2 *Conférence de la Haye*

La *Conférence de la Haye de Droit international privé* est en train de préparer une *Convention sur la compétence juridictionnelle internationale et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* qui tient compte tout particulièrement de la compétence juridictionnelle internationale par rapport aux besoins du commerce électronique. (Voir aussi, avant projet de *Loi uniforme sur l'exécution des jugements étrangers*, préparé par la *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, Compte rendu de la quatre-vingt deuxième réunion annuelle, 2000, Annexe E, pp. 68, 256.)

Etant donné l'importance de la détermination de la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux particulièrement dans les actions qui se rapportent à l'utilisation du réseau Internet, il faut que le Québec s'assure dès maintenant que ses intérêts seront bien défendus pendant la négociation de cette convention.

#### 2.2.4.3.3 *Sentences arbitrales rendues hors du Québec*

La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec qui règlent des litiges nés à la suite d'activités d'opérateurs ou utilisateurs du réseau Internet, tels les contrats conclus en ligne et exécutés en ligne ou hors ligne en tout ou en partie entre professionnels ou entre professionnels et consommateurs, sont soumis aux articles 948 et suiv. du *Code de procédure civile* et s'interprètent en tenant compte, s'il y a lieu, de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* adoptée à New York le 10 juin 1958 par la *Conférence des Nations unies sur l'arbitrage commercial international* ((1959), 330 R.T..O.N.U. 38). Les

règles énoncées dans ces articles sont satisfaisantes et devraient continuer à s'appliquer après l'accession à l'indépendance.

### 2.2.5 *Protection de la propriété intellectuelle*

Les droits d'auteur sont souvent et facilement violés par les opérateurs et utilisateurs du réseau Internet qui téléchargent ou télédéchargent des œuvres protégées par la *Loi sur le Droit d'auteur* (L.R.C. 1985, c.C-42 et mod.) sans la permission des propriétaires de ces droits. Il en est de même des marques de commerce (*Loi sur les Marques de commerce*, L.R.C. 1985 c.T-13 et mod.).

Ces lois qui protègent la propriété intellectuelle sont territoriales et ne s'appliquent qu'à des reproductions communiquées au Canada.

Ces communications ont lieu au site du serveur à partir duquel l'œuvre est transmise, peu importe l'origine de la demande ou l'emplacement du site Web d'origine. Par conséquent, pour qu'une communication ait lieu au Canada et soit soumise à la législation canadienne, elle doit provenir d'un serveur situé au Canada sur lequel un contenu a été mis. Il y a donc communication et violation des droits d'auteur au moment où un serveur contenant l'œuvre répond à une demande et qu'il y a transmission de paquets sur le réseau Internet permettant au destinataire d'écouter, de voir ou de copier l'œuvre. (Voir à ce sujet *Décision de la Commission du droit d'auteur, Tariff 22*, 27 octobre 1999, à la p. 48). En ce qui concerne les contrefaçons de marques de commerce affichées sur un site Web, l'acte répréhensible a lieu là où ce site est créé et maintenu et non au lieu où la marque peut être visualisée. En revanche, si le propriétaire de la marque qui est l'objet de la contrefaçon subit un dommage dans la province qui était spécialement visée par le site Web, les tribunaux de ce lieu pourraient être saisis du litige et appliqueraient la législation canadienne sur les marques de commerce (voir *Pro-C Ltd. v. Computer City Inc.*, Order 2119-022 Sept. 11/01 (Ont. C.A.)).

Lors de l'accession à l'indépendance, le Québec devra se doter de lois sur le droit d'auteur et sur les marques de commerce. À cette occasion, il pourrait aussi signer et ratifier le *Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur* adopté en décembre 1996.

### 2.2.6 *Solutions proposées*

Lors de l'accession à l'indépendance le Québec pourrait considérer l'adoption d'une loi spéciale dans le domaine du commerce électronique fondée sur la *Loi type de la Commission des Nations Unies sur le commerce électronique* de 1996 (voir <http://www.uncitral.org/en-index.htm>).

La *Conférence pour l'harmonisation des Lois au Canada* a aussi préparé une loi uniforme sur le commerce électronique qui s'inspire de la *Loi type* et qu'il serait bon de

consulter (voir *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, Compte rendu de la quatre-vingt-unième réunion annuelle 1999, Annexe G, pp. 76, 414 et suiv.)

Il faut noter cependant que ces lois ne posent pas de règles de droit international privé et ne traitent pas de tous les aspects du réseau Internet.

## 2.3 Divers

### 2.3.1 *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*

Cette loi fédérale (L.R.C. 1985, c.F-29 et mod.: L.C. 1996, c. 28) a été adoptée en réaction aux prétentions d'application extraterritoriale des compétences d'un autre État que le Canada. Elle vise tout particulièrement les États-Unis. En effet, dans le cadre de procédures judiciaires pour contraventions aux lois antitrust, la législation économique américaine prévoit sa propre application extraterritoriale, prescrivant entre autres, la communication de documents localisés à l'étranger. Cet État a aussi pris des mesures d'application extérieure inspirées par des mobiles de politique étrangère dans le domaine économique, par exemple, la loi intitulée *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAI) Act, 1996*.

La *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* vise à être une contre-mesure pour permettre au Canada de se prémunir contre de telles pratiques, jugées attentatoires à sa souveraineté et préjudiciable à son commerce international. Il s'agit d'une loi de blocage afin de régler la concurrence des compétences des États.

Entre autres, cette loi autorise la prise d'arrêtés interdisant ou soumettant à des restrictions la production de documents et la fourniture de renseignements dans le cadre d'instances en matière d'exécution des lois commerciales étrangères mentionnées à l'annexe de la loi ; elle autorise aussi la non-reconnaissance au Canada de jugements étrangers rendus en application de ces lois commerciales étrangères. Cette loi touche donc à plusieurs domaines du droit international privé. En cas d'accession à l'indépendance, le Québec devra-t-il se doter d'une loi nouvelle identique afin d'assurer la continuité juridique des mesures prises sous l'empire de la loi fédérale ancienne?

Avant de répondre à cette question, il nous faut signaler que le Québec possède déjà une loi de blocage qui est la *Loi sur les dossiers d'entreprises* (L.R.Q. c.D-12). Elle fait obstacle aux demandes de communication de documents relatifs à une entreprise dont le siège social est au Québec, émanant d'une autorité législative judiciaire ou administrative extérieure au Québec lorsque l'intérêt public québécois ou canadien est en jeu.

La *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* peut protéger dans une certaine mesure les entreprises canadiennes en dégageant leur responsabilité vis-à-vis des autorités étrangères. Cependant, elle a souvent pour effet de placer ces entreprises dans une situation fort délicate. En outre, cette loi ainsi que la *Loi sur la concurrence*

(L.R.C. 1985, c.C-34 et mod. c.19 (2<sup>e</sup> suppl.), arts 46, 82-83) contiennent, elles aussi, des dispositions à portée extraterritoriale.

Nous sommes d'avis qu'en cas d'accession à l'indépendance, le Québec ne devrait pas adopter une loi qui reproduirait les dispositions de la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*.

Afin d'éviter l'affrontement des compétences concurrentes du Québec et d'un État étranger dans le domaine du commerce international, en particulier au sujet de l'obtention de la preuve, il vaudrait mieux avoir recours aux dispositions de la *Loi sur certaines procédures* (L.R.Q. c.P-27. Voir aussi la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985 c.C-5, arts. 46 à 51) ou aux dispositions contenues dans les accords ou ententes sur l'entraide judiciaire internationale (voir par ex., la *Loi assurant l'application de l'entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec*, L.R.Q. c.A-20.1) qui imposent aux tribunaux québécois le devoir de coopérer avec les tribunaux des juridictions visées par ces accords. Le Québec pourrait aussi devenir partie à la *Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* et dans le domaine du droit de la concurrence signer avec les États-Unis un *Mémoire d'entente concernant la consultation et la coopération relatives à l'application des lois antitrust* identique à celui qui existe à l'heure actuelle entre le Canada et les États-Unis. Enfin, il est toujours possible pour les tribunaux québécois d'écarter, au nom de l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales, l'application d'une loi étrangère ou de refuser de reconnaître et d'exécuter un jugement étranger (arts. 3081, 3155.5 du *Code civil*).

Ces mesures réduiraient considérablement les cas d'affrontement des compétences et éviterait aux entreprises et aux individus d'être soumis à des obligations contradictoires (voir par ex. *Arab Banking Corp. et al. c. Wightman et al.*, [1996] R.J.Q. 1715 (C.S.) interprétant les articles 3079 et 3130 du *Code civil*).

D'ailleurs, sur le plan interprovincial, la Cour suprême du Canada a déclaré que la *Loi sur les dossiers d'entreprises* était inapplicable aux autres provinces, car elle porte atteinte à la structure fondamentale de la fédération canadienne (*Hunt c. T & N Plc. et al.*, [1993] 4 R.C.S. 289). Sur le plan international, la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* nous semble aller à l'encontre de la courtoisie internationale et décourager le commerce international et la coopération dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale.

### 2.3.2 *Lois se rapportant à la faillite et l'insolvabilité et aux arrangements avec les créanciers des compagnies*

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.R.C., c.B-3, cc. 27, 31 (1<sup>er</sup> suppl.), cc. 3, 27 (2<sup>e</sup> suppl.) et autres modifications) contient des dispositions très importantes qui se rapportent à l'insolvabilité dans un contexte international (L.C. 1996-97, c.12, arts. 267-275). Ainsi, en vue de faciliter, d'approuver ou de mettre un œuvre les arrangements permettant de coordonner les procédures visées par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

et les procédures intentées à l'étranger qui touchent les droits de l'ensemble des créanciers, le tribunal canadien peut, à l'égard du débiteur, rendre les ordonnances et accorder les redressements qu'il estime indiqués.

La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (L.R.C. 1985, c.C-36, c.27 (2<sup>e</sup> suppl.) et autres modifications) traite aussi de l'insolvabilité dans un contexte international (L.C. 1996-97, c.12, art. 18.6) en vue de faciliter, d'approuver ou de mettre en œuvre les arrangements permettant de coordonner les procédures intentées au Canada et à l'étranger qui touchent les droits de l'ensemble des créanciers.

Dans ces deux lois, il existe également une disposition spéciale consacrée à la conversion en monnaie canadienne des créances en devises étrangères.

Des lois similaires devront être adoptées au Québec au moment de l'accession à l'indépendance afin d'éviter un vide juridique lorsque des représentants étrangers de débiteurs déclarés insolubles ou faillis à l'étranger mais possédant des biens au Canada ou au Québec avaient, dans le cadre de ces lois, intenté des procédures au Canada avant cette accession.

### 2.3.3 *Disposition du Traité d'extradition entre le Canada et les États Unis se rapportant aux obligations fiscales*

Le 26 novembre 1991, est entré en vigueur un *Protocole* modifiant le *Traité d'extradition* entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique (R.T. Can 1991/37). Ce *Protocole*, à l'article 1, déclare qu'une infraction est passible d'extradition même si "elle constitue une infraction en matière d'impôt ou de revenu ou de nature purement fiscale". (*Traité*, art. 2(2)(ii) nouveau).

Au Québec, l'article 3162 du *Code civil* énonce que: "L'autorité du Québec reconnaît et sanctionne les obligations découlant des lois fiscales d'un État qui reconnaît et sanctionne les obligations découlant des lois fiscales du Québec."

Ainsi, au moment de l'accession à l'indépendance, le Québec s'il succède au *Traité sur l'extradition* devra signer avec les États-Unis une Convention en matière d'impôts sur le revenu aux termes de laquelle les parties s'engagent réciproquement à sanctionner leurs obligations fiscales respectives (voir *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts*, 1984 L.C. 1984, c.20, art. XXVIA ajouté par le 3<sup>e</sup> *Protocole* du 17 mars 1995). Il nous semble que ce n'est que dans ce cas que l'article 2(2)(ii) du *Traité d'extradition* pourrait s'appliquer aux auteurs de faits qui constituent une infraction en matière d'impôt et qu'en application de l'article 3162 du *Code civil*, les autorités québécoises seraient compétentes pour reconnaître et sanctionner les obligations découlant des lois fiscales américaines. On éviterait ainsi les dispositions de l'article 3155 du *Code civil* à l'effet que: "Toute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants: 6. La décision sanctionne les obligations découlant des lois fiscales d'un État étranger."

#### 2.3.4 Transfert de placement en valeurs mobilières

Eventuellement, le législateur québécois devra réviser les règles de droit international privé qui s'appliquent à la validité des sûretés mobilières (arts. 3102 à 3106 du *Code civil*) et la *Loi sur les valeurs mobilières* (L.R.Q. c. V-1.1) pour tenir compte du projet canadien de *Loi uniforme sur le transfert de placement en valeurs mobilières* qui traite de la détention à plusieurs niveaux des valeurs mobilières ainsi que du projet de *Convention sur la Loi applicable aux dispositions de titres détenus auprès d'un intermédiaire* préparé par la *Conférence de la Haye de Droit international privé* (*Conférence de la Haye de Droit international privé*, Doc. prélim. No. 13, juin 2001). Il est nécessaire d'adopter des règles cohérentes dans le choix des lois applicables en raison du nombre très important et croissant des transactions internationales de valeurs mobilières (voir aussi à ce sujet, *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, Compte rendu, 1997, aux pp. 65, 352; 1999, aux pp. 79, 457; 2000, aux pp. 80, 448).

Toujours dans le domaine des sûretés mobilières, il serait bon que les autorités québécoises étudient le contenu de la *Convention UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles* et son *Protocole sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques* signés au Cap le 16 novembre 2001 (DCME Doc. 74, 16/11/01).

#### 2.3.5 Conventions internationales diverses se rapportant au droit international privé

Les autorités québécoises auraient intérêt à adopter une loi de mise en œuvre de la *Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (1993) qui est entrée en vigueur pour le Canada en 1997.

La *Convention de la Haye sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution ainsi que la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* conclue en 1996 et la *Convention de la Haye sur la protection internationale des adultes* conclue en 1999 sont deux autres conventions qu'il serait bon d'examiner à la lueur des dispositions du *Code civil* qui traitent des conflits de lois se rapportant au statut personnel (arts. 3083 à 3096, 3141 à 3147 et 3155 à 3168).

#### 2.3.6 Lois fédérales diverses contenant des dispositions de droit international privé

Certaines lois fédérales contiennent des dispositions importantes qui se rapportent au droit international privé. Nous citerons notamment la *Loi sur l'Immunité des États* (L.R.C. 1985, c.S-18 et mod.); la *Loi sur les Missions étrangères et les organisations internationales* (L.C. 1991, c.41); La *Loi sur la Marine marchande du Canada* (L.R.C. 1985, c.S-9 et c.6 (3<sup>e</sup> supp.)) qui incorpore les dispositions de la Convention du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (Londres) et le Protocole du 17 février 1978 (Londres), arts. 654-728, surtout arts. 687-695. et mod.); la

*Loi sur la Cour fédérale* (L.R.C. 1985, c. F-7 et mod.); la *Loi sur le Code maritime* (L.C. 1977-78, c.41); la *Loi sur la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises* (L.R. 1991, c.13); La *Loi sur le Divorce* (L.R.C. 1985, c.3 (2<sup>e</sup> suppl.) et mod.); la *Loi sur les Lettres de change* (L.R.C. 1985, c.C-5 et mod.); la *Loi sur l'Entraide juridique en matière criminelle* (L.R.C. 1985, c.30 (4<sup>e</sup> suppl.)); la *Loi sur la concurrence*, (L.R.C. 1985, c.C-34 et c. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), arts. 46, 82-83 et mod.); *La Loi sur la Monnaie* (L.R.C. 1985, C-52 et mod.); la *Loi sur les Océans* (L.C. 1996, c.31); et la *Loi sur les Privilèges et immunités de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord* (L.R.C. 1985, c.P-24). Ces lois devront être remplacées par des lois nouvelles adaptées au Québec devenu État unitaire.

#### 2.4 *Principes de droit constitutionnel applicables au droit international privé québécois*

Dans l'arrêt *Morguard Investments c. DeSavoye* ([1990] 3 R.C.S. 1077), la Cour suprême du Canada avait exprimé l'opinion que " les règles de la courtoisie et du droit international privé, doivent, dans leur application entre les provinces, respecter la structure fédérale de la Constitution". Par conséquent, "les tribunaux d'une province devraient reconnaître totalement, selon l'expression employée dans la *Constitution* américaine, les jugements rendus par un tribunal d'une autre province ou d'un territoire, pourvu que ce tribunal ait correctement et convenablement exercé sa compétence dans l'action" (aux pp. 1101-02). Ainsi, la *Constitution* canadienne contient implicitement un principe équivalent à la clause de *full faith and credit* contenue dans la *Constitution* des États-Unis qui permet la libre circulation des jugements à l'intérieur de la confédération et oblige chaque province et territoire à donner plein effet aux jugements des autres provinces et territoires. C'est ce que l'on appelle la courtoisie interprovinciale. Pour que l'on considère compétent un tribunal d'une autre province en respectant la structure fédérale du Canada et les principes d'ordre et d'équité, il suffit qu'il existe un lien réel et substantiel entre le défendeur ou l'objet de l'action et le tribunal.

L'arrêt *Morguard* posait une simple règle de droit international privé de *common law*. C'est avec l'arrêt *Hunt c. T & N Plc et al.* ([1993] 4 R.C.S. 289) que la Cour suprême, se fondant sur l'arrêt *Morguard*, a donné au critère du lien réel et substantiel un statut de règle constitutionnelle. Par la suite la Cour suprême a tenté de constitutionnaliser un certain nombre de règles de droit international privé au Canada en tenant compte de ce critère de lien réel et substantiel et des principes d'ordre et d'équité, notamment au sujet de la doctrine du *forum non conveniens* et des injonctions interlocutoires pour empêcher la poursuite d'une action intentée à l'étranger (voir *Amchem Products Inc. c. Colombie Britannique (Workers Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897).

Plus récemment, la Cour suprême s'est penchée sur la question de la loi applicable à la responsabilité extra-contractuelle interprovinciale (voir *Tolofson c. Jansen et Lucas c. Gagnon* ([1994] 3 R.C.S. 1022). En réaffirmant que les règles de droit international privé doivent être en harmonie avec les impératifs constitutionnels, elle a décidé que la *lex loci delicti* est particulièrement appropriée dans un régime fédéral pour les délits interprovinciaux. En revanche, des exceptions à cette règle sont possibles dans le cas



de délits internationaux. La décision de la Cour suprême n'est "qu'une application au "choix de la loi applicable" des principes énoncés relativement à la reconnaissance et à l'exécution des jugements dans l'arrêt *Morguard*" (à la p. 1048).

Que restera-t-il de ce traitement de faveur appliqué aux situations interprovinciales après l'accession du Québec à l'indépendance? Les règles de droit international privé québécois actuelles devront-elles être modifiées? Nous ne le pensons pas. D'une part, le *Code civil* ne distingue pas entre situations internationales et interprovinciales, et d'autre part, les tribunaux québécois n'ont jamais, et avec raison, étendu aux jugements étrangers cette notion de courtoisie interprovinciale comme l'ont fait les tribunaux des autres provinces du Canada (voir J. A. Talpis, *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*, Éditions Thémis, 2001, aux pp. 101 et suiv.). Par conséquent, la continuité juridique ne sera pas interrompue par l'accession à l'indépendance et il ne sera pas nécessaire de modifier le contenu des articles du *Code civil* qui traitent de l'exception de *forum non conveniens* (art. 3135), de la litispendance (art. 3137), des injonctions (arts. 3138, 3140), de la compétence des autorités québécoises et étrangères (arts. 3136, 3164) et de la responsabilité civile extra-contractuelle (art. 3126). Il faudra donc que les représentants du Québec à la *Conférence de la Haye de Droit International privé* soient vigilants lors de la négociation de la *Convention sur la compétence juridictionnelle et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* afin de prévenir une extension abusive du critère de lien réel et substantiel.

### 3. Le droit transitoire

Dans notre étude originale, nous avons soutenu que les règles du droit transitoire devraient s'appliquer aux conflits dans le temps résultant du démembrement des États. Le principe de la non-rétroactivité et de l'effet immédiat des lois nouvelles nous paraissait favoriser la stabilité des situations juridiques de droit international privé nécessaire au bon fonctionnement de la société québécoise après l'accession du Québec à l'indépendance.

Les situations juridiques régies par le droit fédéral dont la formation, l'extinction et les effets se sont déroulés entièrement avant l'accession à l'indépendance continueraient à être régies par les règles de droit international privé du droit fédéral. En revanche, les situations juridiques en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle dont les effets se produiraient après l'accession à l'indépendance seraient soumises à cette loi nouvelle uniquement quant à ces effets à venir.

#### 3.1 *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*

A l'époque où nous avons préparé notre étude, cette loi n'avait pas encore été adoptée par le Québec (L.Q. 1992, c.57).

Aujourd'hui, cette loi pourrait, en partie, servir de modèle pour assurer le passage du droit actuel au droit nouveau qui découlerait de l'accession du Québec à l'indépendance et éviter ainsi un conflit dans le temps lorsque deux lois successives, loi fédérale ancienne et loi québécoise nouvelle, énonçant des règles différentes sont susceptibles de s'appliquer à une situation juridique. Lorsque la loi nouvelle ne prévoit pas expressément que telle ou telle situation juridique sera régie soit par la loi ancienne soit par la loi nouvelle, il faut avoir recours à des principes généraux de résolution des conflits de lois dans le temps. C'est ce qu'a fait le législateur québécois pour régler les conflits de lois résultant de l'entrée en vigueur du *Code civil* du Québec, en adoptant la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* qui énonce le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle à l'article 2 et celui de l'application immédiate de cette loi à l'article 3:

2. La loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif: elle ne dispose que pour l'avenir.

Ainsi, elle ne modifie pas les conditions de création d'une situation juridique antérieurement créée ni les conditions d'extinction d'une situation juridique antérieurement éteinte. Elle n'altère pas non plus les effets déjà produits par une situation juridique.

3. La loi nouvelle est applicable aux situations juridiques en cours lors de son entrée en vigueur.

Ainsi, les situations en cours de création ou d'extinction sont, quant aux conditions de création ou d'extinction qui n'ont pas encore été remplies, régies par la loi nouvelle; celle-ci régit également les effets à venir des situations juridiques en cours.

Ces deux articles qui posent les règles *générales* de droit transitoire consacrent le système de l'effet immédiat prôné par un juriste français (voir P. Roubier, *Le Droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2<sup>e</sup> éd. 1960, Paris, Dalloz et Sirey).

Par contre, les articles 167 à 170 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* traitent de quelques situations particulières afin de respecter les droits acquis et la spécificité du droit international privé (conditions de forme du mariage; désignation faite par testament avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle de la loi applicable à une succession qui s'ouvre postérieurement à cette date; succession ouverte avant la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle; successions ouvertes avant la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle quant aux biens situés au Québec et dont le partage n'est pas encore commencé à cette date; reconnaissance et exécution des décisions étrangères déjà rendues lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et instances alors en cours devant les autorités étrangères).

Au plan politique, il nous semble important que le Québec dès son accession à l'indépendance applique immédiatement la loi nouvelle pour les situations juridiques en

cours, tout en reconnaissant que seules les situations juridiques dont les effets sont déjà produits échappent au domaine de la loi nouvelle.

Le principe de l'effet immédiat de la loi québécoise nouvelle devrait permettre son application aux situations juridiques en cours créées sous l'empire de l'ancienne loi fédérale.

Cet exposé succinct des règles générales adoptées par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (pour une analyse détaillée voir P.A. Côte et Daniel Jutras, *Le Droit transitoire relatif à la réforme du Code civil, la Réforme du Code civil*, t.3, 1993, Presses de l'Université Laval, p. 935, surtout aux pp. 958-978) ne change en rien ce que nous avons écrit dans notre étude originale.

L'Assemblée nationale pourrait dès maintenant abroger les articles 12 et 13 de la *Loi d'interprétation* du Québec (L.R.Q., c.I-16 et mod.) pour les remplacer par des dispositions nouvelles énonçant les règles générales de droit transitoire identiques à celles des articles 2 et 3 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*. Ces règles permettraient de régler les conflits de lois dans le temps qui pourraient résulter de l'adoption de nouvelles lois par le Québec au moment de son accession à l'indépendance pour remplacer les lois fédérales pertinentes qui régissent à l'heure actuelle certaines situations juridiques de droit international privé. En revanche, il devrait être possible de s'affranchir de ces règles lorsqu'elles aboutissent à des solutions contraires aux objectifs propres au droit international privé (voir J.A. Talpis, "Quelques réflexions sur les conflits transitoires soulevés par le nouveau Code civil en droit international privé québécois" (1996), 98 R. du N. 451, à la p. 468 et suiv.).

#### **4. Conclusions nouvelles à la lumière des changements survenus depuis l'étude originale**

Nous sommes d'avis que les conclusions auxquelles nous étions arrivés dans notre étude originale sont encore valables aujourd'hui. Cependant nous tenons à y ajouter quelques recommandations.

Premièrement, afin de maintenir la continuité juridique de la protection des investissements, il faudrait que le Québec indique au moment de l'accession à l'indépendance qu'il désire succéder à l'*Aléna* et aux autres conventions internationales ratifiées par le Canada dans ce domaine et aussi qu'il devienne membre du *CIRDI*.

Deuxièmement, il nous semble important que le Québec se dote de lois réglementant l'usage du réseau Internet.

Troisièmement, il serait bon que, dès maintenant, le Québec adopte des règles générales de droit transitoire. Celles-ci pourraient remplacer les règles énoncées aux articles 12 et 13 de la *Loi d'interprétation* et préciser que dans le domaine du droit privé, comme c'est déjà le cas au sujet de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*,

le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle ainsi que son application immédiate aux situations juridiques nouvelles, y compris celles qui sont antérieures à la nouvelle loi mais dont les effets sont en cours, constituent les deux fondements du droit transitoire québécois. Dans certains cas, ces règles générales seraient sujettes à des exceptions pour tenir compte des objectifs propres au droit international privé. Ainsi, au moment de l'accession à l'indépendance, les justiciables seraient en mesure de connaître facilement leur situation au regard de la portée des lois fédérales antérieures et des lois québécoises nouvelles qui les remplacent, à moins que la loi nouvelle, elle-même, contienne des règles spéciales sur son applications dans le temps.