

DROIT FRANÇAIS, QUEBÉCOIS OU ONTARIEN : QUE CHOISIR ?

Exportateur français, vous décidez de contracter avec un distributeur canadien. Survient un conflit du fait du non-respect par votre distributeur d'une clause d'exclusivité prévue au contrat. N'allez pas penser que le conflit qui vous oppose se résoudra systématiquement devant les tribunaux français en application du droit français ou que le litige sera tranché par un tribunal international qui appliquerait une loi internationale universelle !

Certains litiges internationaux peuvent être soumis à une convention internationale, telle la *Convention de Vienne* applicable aux contrats de vente internationale de marchandises ou encore le *Règlement Rome I* relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles.

Effectivement, il ne faut pas oublier le principe unanimement reconnu de l'autonomie de la volonté selon lequel les parties sont libres de prévoir contractuellement le droit qui leur sera applicable. Leur choix se porte souvent sur un droit national, quoiqu'elles puissent également opter pour une clause compromissoire et, ainsi, manifester leur volonté de voir soumettre leur différent à un tribunal arbitral.

Dans cet article, nous nous concentrerons sur l'impact du choix d'un droit national sur la résolution d'un différend. Deux possibilités sont en effet offertes à notre exportateur français et son distributeur canadien :

1. Le choix du droit du pays exportateur, ici le droit français ;
2. Le choix du droit du pays importateur, ici le droit québécois, ontarien, ou autre, selon la province de destination des produits d'exportation.

Un exportateur va spontanément chercher à voir son droit national s'appliquer car c'est celui qu'il connaît le mieux. Le droit du pays importateur peut néanmoins s'avérer bien plus favorable pour l'exportateur. C'est précisément ce type de situation qu'il convient d'explorer dans cet article.

Rappelons qu'au niveau juridique, il existe certaines différences substantielles entre la France, l'Ontario et le Québec. Ces différences relèvent essentiellement des distinctions existant entre deux grandes traditions juridiques, le droit civil et la *Common Law*.

L'Ontario et les autres provinces anglophones du Canada sont officiellement des juridictions *Common law* inspirées du modèle anglais. La France, quant à elle, suit le modèle civiliste inspiré du droit romain. Pour sa part, la Province du Québec est dans une classe à part en temps que juridiction mixte de droit civil et de *Common law*.

La France, juridiction civiliste par excellence, privilégie la codification du droit. La jurisprudence y joue un rôle secondaire, tout le moins théoriquement. Ceci reflète d'ailleurs la théorie de la séparation des pouvoirs élaborée par Montesquieu : le législateur français crée les lois, le juge français les applique.

Dans les juridictions *Common law*, la jurisprudence joue un rôle bien plus important au sens où elle forme un système de précédents juridiques perpétués à travers la doctrine du *stare decisis*, c'est-à-dire l'obligation faite aux juges de suivre les décisions rendues par les tribunaux supérieurs.

En matière de droit privé, le Québec est officiellement une juridiction civiliste dont le droit est codifié dans le *Code civil du Québec* et dans le *Code de procédure civile*. Cependant, le droit québécois se distingue du droit civil classique au sens où la jurisprudence y joue un rôle plus important. Par ailleurs, le Québec demeure fortement influencé par la procédure civile et certaines institutions issues de la *Common law*. L'identité juridique de la Belle Province est donc hybride.

Le choix du droit applicable au contrat arrêté par notre exportateur et son cocontractant aura ainsi des conséquences aux ramifications multiples quant à la résolution du litige.

C'est pourquoi en cette matière, plus qu'en toute autre, prudence est toujours mère de sûreté.

I. Structure et organisation du système judiciaire

La compréhension de la structure et de l'organisation des juridictions en France et au Canada est impérative pour toute personne impliquée dans une situation litigieuse. Il n'est en effet pas rare que beaucoup de temps et d'argent soient dépensés pour contester la compétence du tribunal saisi.

A. Les juridictions françaises

1. Juridictions de première instance

Les juridictions civiles de première instance ont une compétence d'attribution délimitée quantitativement s'agissant de répartir entre elles les actions personnelles ou mobilières en matière civile.

Une loi du 26 janvier 2005 relative aux compétences du Tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du Tribunal de grande instance est récemment intervenue afin de procéder à la simplification de la répartition des compétences entre les juridictions de première instance.

Le Tribunal de grande instance connaît désormais des conflits portant sur des sommes supérieures à 10.000 euros ainsi que des litiges concernant, quel que soit le montant de la demande, le droit de la famille (mariage, divorce, adoption, successions), les saisies immobilières, les brevets d'invention, les marques et la dissolution des associations.

Le Tribunal d'instance connaît, en matière civile, à charge d'appel, des seules actions personnelles ou mobilières n'excédant pas la somme de 10.000 euros.

Les juges de proximité, enfin, dont les compétences ont été élargies par la loi du 26 janvier 2005, sont des magistrats non professionnels qui peuvent juger en dernier ressort les litiges portant sur des sommes n'excédant pas 4.000 euros. Il est à noter qu'en vertu de ce nouveau dispositif législatif, les juges de proximité peuvent être saisis non seulement par des personnes physiques mais aussi par des personnes morales.

A coté de ces juridictions civiles de droit commun, les justiciables peuvent compter sur des tribunaux spécialisés (le *Conseil de prud'hommes* en droit du travail, le *Tribunal des affaires de sécurité sociale* en matière de sécurité sociale, le *Tribunal paritaire des baux ruraux* en matière d'agriculture et le *Tribunal de commerce*).

Le Tribunal de commerce est amené à statuer sur l'ensemble des litiges commerciaux tels que :

- les conflits entre commerçants dans l'exercice de leur profession ;
- les conflits entre associés d'une société commerciale ;
- les conflits nés de la vente d'un fonds de commerce ;

- les conflits concernant les actes de commerce entre commerçants et non-commerçants ;
- les conflits liés aux règlements et aux liquidations judiciaires.

Il est également compétent, en dernier ressort, pour connaître des demandes d'un montant inférieur ou égal à 4.000 euros.

2. La Cour d'appel

L'appel est une voie de recours ordinaire qui tend à faire réformer ou annuler la décision rendue en premier ressort ou en première instance. La Cour d'appel statue à nouveau en fait et en droit.

La Cour d'appel est divisée en différentes chambres spécialisées selon la nature du litige (civile, commerciale, pénale, sociale...).

3. La Cour de cassation

Placée au sommet de la hiérarchie de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation est chargée d'apprécier, en fonction des faits souverainement constatés par les juges du fond, la légalité des jugements et arrêts rendus en dernier ressort par les Cours et Tribunaux et, de casser les décisions dont les dispositions sont entachées d'une violation de la règle de droit.

La Cour de cassation ne saurait être considérée comme un troisième degré de juridiction dans la mesure où elle ne fait qu'examiner le droit et aucunement le fait. Seuls les juges du fond procèdent à la constatation pure et simple des éléments matériels du litige et leur décision, qui est souveraine à cet égard, ne saurait être remise en cause à l'occasion d'un pourvoi.

La Cour de cassation rend essentiellement deux sortes d'arrêts :

- Lorsqu'elle rend un arrêt de rejet du pourvoi, la procédure s'arrête et la décision attaquée devient irrévocable.
- Lorsqu'elle décide de casser la décision qui lui est déférée, elle renvoie en principe l'affaire devant une juridiction de même degré que celle qui a rendu la décision attaquée ou bien devant la même juridiction autrement composée.

B. Les juridictions canadiennes

La répartition des compétences des juridictions canadiennes est assez complexe compte tenu de ce que le Canada est une fédération de provinces avec un gouvernement fédéral. Si les gouvernements provinciaux appliquent leur propre droit et administrent certaines juridictions, le gouvernement fédéral conserve cependant des responsabilités étendues en ce qui concerne l'administration de la justice.

1. Les juridictions de première instance

Les juridictions canadiennes se divisent en trois grandes catégories : les Cours provinciales, administrées par les gouvernements provinciaux, les Cours supérieures et les Cours fédérales, toutes deux administrées par le gouvernement fédéral.

La compétence entre les Cours provinciales et les Cours supérieures dans le cadre des affaires civiles est répartie en fonction du montant de l'affaire. Les taux de compétence varient d'une province à l'autre.

a. Québec

La Cour du Québec est une juridiction de première instance qui a compétence exclusive sur les litiges en affaire civile dont le montant réclamé est inférieur à 70.000 dollars canadiens.

La Cour des petites créances, division de la Cour du Québec, a compétence pour connaître des demandes d'une personne physique ou morale résidant au Québec dont le montant n'excède pas 7.000 dollars et ayant pour cause un litige concernant un contrat, un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit. La procédure qui y est suivie est simplifiée, les parties se représentant elles-mêmes sauf autorisation du juge de se faire représenter lorsque le litige est complexe. Le juge préside les débats, interroge les témoins et entend les parties. Sa décision n'est pas susceptible d'appel.

La Cour supérieure du Québec est une juridiction de droit commun pour les litiges dont le montant excède 70.000 dollars. L'organisation de la Cour supérieure, la désignation de ses juges et leur rémunération incombent au Gouvernement fédéral.

Les règles de procédure applicables devant la Cour supérieure sont également celles qui trouvent à s'appliquer devant la Cour du Québec.

La Cour supérieure entend les appels des décisions rendues par la Cour du Québec. Elle dispose d'une compétence exclusive quant aux recours collectifs et d'une compétence partagée avec la Cour fédérale en certaines matières.

b. Ontario

L'Ontario est souvent considérée comme disposant du système de tribunaux le plus vaste et le plus actif du Canada, et l'un des plus importants d'Amérique du Nord.

En Ontario, les affaires civiles sont entendues par la Cour supérieure de l'Ontario. Cette dernière est sub-divisée en trois entités : la *Small Claims Court*, la *Divisional Court* et la *Superior Court* (toutes sont des divisions de la Cour Supérieure de l'Ontario).

La *Small Claims Court* connaît des litiges dont le montant est inférieur à 10.000 dollars tandis que la *Divisional Court* a compétence jusqu'à 25.000 dollars.

La *Superior Court* est quant à elle saisie des affaires civiles dont la valeur excède 25.000 dollars. Tout comme la Cour supérieure du Québec, elle a compétence exclusive en matière de recours collectifs et compétence partagée avec la Cour fédérale pour certaines matières.

2. Les Cours fédérales

Les Cours fédérales sont, comme leur nom l'indique, directement administrées par le gouvernement fédéral. Présentes dans toutes les provinces, elles rendent des jugements dans des matières où le Gouvernement fédéral possède une compétence partagée avec les gouvernements provinciaux (ex : droit maritime et de la propriété intellectuelle).

3. Les Cours d'appel

Peuvent être portés en appel devant la Cour d'appel du Québec les litiges dont la valeur totale est supérieure à 50.000 dollars. L'autorisation d'un juge de la Cour d'appel doit être obtenue pour former appel d'une décision dont la valeur serait inférieure à ce seuil. Les Cours fédérales possèdent leur propre Cour d'appel, la Cour fédérale d'appel.

Contrairement aux Cours d'appel françaises, les Cours d'appel canadiennes statuent uniquement sur des questions de droit, excluant ainsi les questions de fait. Ce raisonnement s'applique à tous les tribunaux, y compris à la Cour Suprême du Canada. Le juge de première instance est en effet considéré comme le mieux placé pour apprécier la preuve et les témoignages et donc les questions de faits.

4. La Cour suprême du Canada

Placée au sommet de la hiérarchie des Cours de justice canadiennes, la Cour suprême est la cour d'appel générale pour tous les tribunaux canadiens. Elle a compétence pour connaître des litiges relevant de tous les domaines du droit (constitutionnel, administratif, pénal et civil).

Dans la plupart des cas, la Cour n'entend les pourvois qu'après autorisation. La Cour accorde l'autorisation d'appel si l'affaire comporte une question d'importance pour le public ou une question importante de droit ou mixte de droit et de fait, ou si, pour toute autre raison, l'importance du litige ou sa nature justifie l'intervention de la Cour. L'autorisation de se pourvoir devant la Cour peut aussi être donnée par une Cour d'appel fédérale ou provinciale.

Une particularité de la Cour suprême du Canada réside en ce qu'elle peut également donner des « *références* » en l'absence de tout litige.

II. Conflit de juridictions et conflits de lois en droit international privé

Que vous soyez une compagnie française investissant au Canada ou une compagnie canadienne développant vos activités commerciales sur le marché français, vous serez probablement impliqué dans divers conventions et contrats avec des personnes physiques ou morales d'un pays dont vous ne connaissez pas le droit. Dans l'éventualité d'un conflit de lois, vers quel système juridique devriez-vous vous tourner ? L'intérêt de connaître le droit international privé de chaque Etat réside dans la possibilité de déterminer comment une juridiction nationale saisie va procéder au règlement des conflits de lois et de juridictions pour désigner le droit applicable et le juge compétent.

Notons à cet égard que la désignation du droit applicable est souvent délicate dans la mesure où elle dépend de la désignation de la juridiction compétente. En effet, il appartient à la juridiction saisie du litige, à défaut de disposition contractuelle expresse dans une clause d'élection de for, de désigner la loi applicable au contrat au regard de ses propres règles de droit international privé.

A. France

1. Désignation de la juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs au contrat

La détermination de la juridiction compétente suppose, en premier lieu, de connaître l'ordre, le degré et la nature de la juridiction apte à connaître d'une affaire donnée, ce à quoi répondent les règles dites de compétence matérielle ou d'attribution, que nous avons brièvement étudié dans la première partie.

En deuxième lieu, il convient de déterminer parmi toutes les juridictions de même nature celle qui sera géographiquement apte à juger en fonction du lien rattachant une affaire à un lieu déterminé. Tel est l'objet de la compétence territoriale.

Il est classiquement admis, en vertu de l'adage latin *Actor sequitur forum rei*, que le demandeur doit saisir le tribunal du défendeur (NCPC, art.42). Retenons pour les personnes physiques la primauté du domicile comme critère de détermination de la compétence territoriale, la référence à la résidence n'intervenant qu'à titre subsidiaire.

Lorsque le défendeur est une personne morale, le lieu de sa demeure s'entend « *du lieu où elle est établie* ». Ce lieu est normalement celui du siège social.

Toutefois, les intérêts d'une bonne administration de la justice peuvent conduire à atténuer l'application de ce principe. Des raisons diverses (efficacité de la preuve, protection particulière de certaines catégories de plaideurs, nature du litige, lien

entre l'objet du litige et tel autre lieu, etc.) sont de nature soit à imposer la compétence d'une autre juridiction, soit à offrir au demandeur la possibilité d'opter pour un autre tribunal.

Le droit français offre ainsi souvent une option de compétence au profit du demandeur en matière contractuelle comme en matière délictuelle.

Il existe de surcroît certaines règles subsidiaires de compétence des juridictions françaises, liées à la nationalité des parties, qui constituent de véritables privilèges de juridiction pour le demandeur ou le défendeur français. Ainsi, en vertu de l'article 14 du Code civil, un Français pourra attirer son cocontractant étranger devant un juge français. De même, en vertu de l'article 15 du même Code, le défendeur français a droit à ce que sa cause soit entendue par son juge national.

2. Désignation de la loi applicable au contrat

a. Unification du droit international privé au sein de l'UE

La compétence du juge français entraîne application par celui-ci des règles de droit international privé des contrats, c'est-à-dire essentiellement la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Cette convention s'applique aux contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur (1^{er} avril 1991).

L'article 3 § 1 prévoit que le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

A défaut de choix des parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

L'article 4 § 2 présume que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale.

Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

La convention de Rome prévoit également des dispositions spéciales à fin protectrice pour certains types de contrats (article 5, pour les contrats conclus avec les consommateurs, et article 6, pour les contrats individuels de travail).

La commission envisage aujourd'hui l'opportunité de transformer cette convention en règlement communautaire, ce qui assurerait une uniformisation du droit international privé au sein de l'Union européenne et attribuerait une compétence d'interprétation à la Cour de justice favorisant une application de règles de conflit uniformisées (Comm. CE, MEMO/05/483 du 15 déc. 2005).

Il résulterait de cette transformation en un Règlement dit « Rome I » une modernisation des règles de conflits de loi. Les parties devraient désormais pouvoir choisir comme droit applicable au contrat des règles qui ne sont pas d'origine étatique, tels que des conventions internationales ou des usages du commerce.

Cette proposition de la commission complète deux autres initiatives :

- la proposition « Rome II » qui harmonise les règles sur la loi applicable aux délits (en Cours d'adoption) , et
- le règlement « Bruxelles I » sur les conflits de juridictions et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.

b. Unification internationale relative à la vente internationale de marchandises

La Convention de Vienne – entrée en vigueur en France depuis le 1^{er} janvier 1988 et au Canada depuis le 1^{er} mai 1992 – est une convention des Nations Unies portant sur les contrats de vente internationale de marchandises. Elle constitue une loi uniforme en ce sens qu'elle ne comporte que des dispositions matérielles.

Cette Convention connaît une application uniforme quelque soit le juge amené à statuer (français ou canadien). L'application de cette convention suppose l'existence d'un contrat de vente internationale de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats contractants différents (ex : une vente entre un français domicilié à Paris et un canadien domicilié à Toronto).

Il convient de noter à cet égard un contentieux abondant concernant l'exclusion tacite de l'application de cette convention en vertu de son article 6, notamment lorsque les parties plaident exclusivement à la lumière des droits nationaux.

La Cour de cassation a adopté une conception particulièrement restrictive de l'exclusion tacite considérant que la Convention de Vienne s'impose au juge français qui doit en faire application sous réserve de son exclusion, même tacite, selon l'article 6, dès lors que les parties se sont placées sous l'empire d'un droit déterminé (1^{ère} Civ. Cass., 25 octobre 2005).

B. Québec

La compétence internationale des juridictions québécoises est prévue par le Code civil du Québec (dénommé ci-après « CcQ ») aux articles 3134 à 3154.

1. Compétence

Une juridiction québécoise est présumée compétente pour statuer sur le litige lorsque la partie défenderesse a son domicile au Québec. En ce qui concerne les personnes physiques, le domicile correspond au lieu de son principal établissement. Le domicile de la personne morale correspond au lieu et à l'adresse de son siège.

Selon l'article 3136 CcQ, il est également possible pour une juridiction québécoise de connaître d'un litige dans une situation où elle ne serait pas autrement compétente si la situation présente un caractère d'impossibilité ou de nécessité absolue. Dans un tel cas, le litige doit tout de même présenter un lien avec le Québec. Il doit en outre être impossible ou déraisonnable d'exiger que le litige soit entendu en dehors du Québec.

Une juridiction québécoise compétente pour entendre la demande principale l'est aussi pour entendre la demande incidente ou reconventionnelle (3139 CcQ).

2. Incompétence

La doctrine de *Common law* du *forum non conveniens* - intégrée en 1994 au CcQ à l'article 3135 - permet, exceptionnellement, au juge québécois de se dessaisir d'une affaire s'il estime que les autorités d'un autre état sont mieux à même de trancher le litige. Cette disposition est cependant interprétée de manière restrictive depuis l'arrêt récent de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Spar Aerospace*.

Par ailleurs, une juridiction québécoise peut, sur demande de l'une des parties, surseoir à statuer dans les cas de *litis pendens*, i.e. les cas où une action entre les mêmes parties, fondée sur les mêmes faits et ayant le même objet, est déjà pendante devant une juridiction étrangère pourvu qu'elle puisse donner lieu à une décision pouvant être reconnue au Québec, ou si une telle décision a déjà été rendue par une autorité étrangère (3137 CcQ).

3. Dispositions spécifiques

Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les juridictions québécoises sont compétentes dans les cas suivants (3148 CcQ) :

- Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec ;
- Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec ;
- 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 ;

- Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ;
- Le défendeur a reconnu leur compétence.

Les juridictions québécoises ne sont toutefois 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 juridiction étrangère ou à un arbitre. Les clauses d'élection de for sont donc respectées au Québec.

C. Ontario

En *Common law*, les règles traditionnelles d'attribution de compétence se basent sur la capacité du tribunal à signifier l'acte introductif d'instance à la partie défenderesse. La compétence internationale des juridictions ontariennes se base donc sur la signification en dehors de l'Ontario (Règle 17 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario).

Malgré une approche différente qui laisse une plus grande marge discrétionnaire au juge, le résultat obtenu en Ontario est sensiblement le même qu'au Québec.

Il est possible au demandeur de signifier l'acte en dehors de l'Ontario sans autorisation du tribunal dans les situations suivantes :

- le contrat a été conclu en Ontario ;
- les clauses du contrat stipulent qu'il doit être régi ou interprété conformément aux lois de l'Ontario ;
- les parties ont convenu de reconnaître la compétence des tribunaux de l'Ontario pour connaître de toute instance relative au contrat ;
- l'inexécution du contrat a eu lieu en Ontario, même si elle a été précédée ou accompagnée d'une inexécution à l'extérieur de la province qui a rendu impossible l'exécution de la partie du contrat qui devait être exécutée en Ontario.

Ainsi, d'après les règles et principes étudiés ci-dessus, il n'est pas impossible que les tribunaux ontariens et québécois puisse tous deux être compétents à la lumière des faits ayant engendrés une situation litigieuse. Les tribunaux ontariens appliquent dans une telle situation le principe du *forum non conveniens* codifié au Québec à l'article 3135 CcQ.

Il est ainsi possible pour un défendeur contestant le choix de la juridiction saisie d'introduire une motion destinée à convaincre le juge de décliner sa compétence. Il incombe alors au défendeur de démontrer que :

- d'une part, une autre juridiction serait clairement plus appropriée pour entendre le litige ; et,
- d'autre part, le refus du juge d'exercer sa compétence ne préjudicierait pas aux intérêts du demandeur.

Afin de déterminer si elle accepte ou décline sa compétence, la juridiction ontarienne appréciera certains éléments comme le domicile du défendeur, la situation physique des preuves et des témoins, la cause de l'action, les avantages et désavantages que présentent les différentes juridictions vis-à-vis des parties ou encore les intérêts de la justice.

III. Reconnaissance et exécution des jugements étrangers en droit international privé

Les autorités publiques françaises et canadiennes ont pris conscience de la nécessité d'établir des relations privilégiées en la matière. Le 10 juin 1996, une convention relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale a ainsi été conclue entre la France et le Canada.

Cette convention n'est jamais entrée en vigueur, sa ratification n'ayant pu intervenir compte tenu des engagements français pris dans le cadre du Traité d'Amsterdam par l'effet duquel les Etats membres ont perdu leur compétence pour négocier avec les Etats tiers dans les matières relevant de son champ d'application, ce qui est le cas de la coopération judiciaire entre Etats.

A. France

A défaut de ratification de la Convention de 1996, la reconnaissance et l'effet en France d'une décision de justice canadienne relèvent des règles de procédure française, et donc subordonnés à la réunion de conditions dites de régularité internationale.

Selon la nature de la décision étrangère et les conséquences que le plaideur entend en tirer, ces conditions seront ou non appréciées au Cours de la procédure préalable spécifique d'*exequatur*. La procédure relève de l'autorité exclusive du TGI siégeant à juge unique avec faculté de renvoi devant la juridiction collégiale.

L'objet de la procédure réside dans la vérification de la régularité du jugement étranger en fonction de 5 critères d'interprétation stricte :

- la compétence internationale du tribunal étranger pour le litige considéré;
- la régularité de la procédure suivie à l'étranger;
- l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit;
- la conformité de la décision étrangère à l'ordre public international ;
- l'absence de fraude à la loi ou au jugement via la pratique du *forum shopping*.

Le jugement refusant d'accorder l'*exequatur* est susceptible de voie de recours.

B. Québec

1. Reconnaissance et exécution des jugements étrangers

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

- L'autorité de l'État dans lequel la décision a été rendue n'était pas compétente (voir la section « Reconnaissance des juridictions étrangères » ci-dessous);
- La décision, au lieu où elle a été rendue, est susceptible d'un recours ordinaire, ou n'est pas définitive ou exécutoire;
- La décision a été rendue en violation des principes essentiels de la procédure;
- Un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet, a donné lieu au Québec à une décision passée ou non en force de chose jugée, ou est pendant devant une autorité québécoise, première saisie, ou a été jugé dans un État tiers et la décision remplit les conditions nécessaires pour sa reconnaissance au Québec;
- Le résultat de la décision étrangère est manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales;
- La décision sanctionne des obligations découlant des lois fiscales d'un État étranger.

La reconnaissance ou l'exécution ne peut être refusée au Québec pour la seule raison que l'autorité d'origine a appliqué une loi autre que celle qui aurait été applicable selon les règles du Code civil du Québec (3157 CcQ).

2. Reconnaissance des juridictions étrangères

La compétence des autorités étrangères est déterminée suivant les mêmes règles de compétence applicables aux autorités québécoises (3148 CcQ), c'est-à-dire en fonction des liens que présente le litige avec la juridiction saisie (3164 CcQ).

La compétence des autorités étrangères n'est ainsi reconnue que dans les cas suivants (3168, CcQ) :

- Le défendeur était domicilié dans l'État où la décision a été rendue ;
- Le défendeur avait un établissement dans l'État où la décision a été rendue et la contestation est relative à son activité dans cet État ;
- Un préjudice a été subi dans l'État où la décision a été rendue et il résulte d'une faute qui y a été commise ou d'un fait dommageable qui s'y est produit ;
- Les obligations découlant d'un contrat devaient y être exécutées ;
- Les parties leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé; cependant, la renonciation du consommateur ou du travailleur à la compétence de l'autorité de son domicile ne peut lui être opposée ;
- Le défendeur a reconnu leur compétence.

La compétence des autorités étrangères n'est pas reconnue par les autorités québécoises dans les cas suivants (3165 CcQ) :

- Lorsque, en raison de la matière ou d'une convention entre les parties, le droit du Québec attribue à ses autorités une compétence exclusive pour connaître de l'action qui a donné lieu à la décision étrangère ;
- Lorsque le droit du Québec admet, en raison de la matière ou d'une convention entre les parties, la compétence exclusive d'une autre autorité étrangère ;
- Lorsque le droit du Québec reconnaît une convention par laquelle la compétence exclusive a été attribuée à un arbitre.

B. Ontario

1. Reconnaissance et exécution des jugements étrangers

Afin d'accorder la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger, une juridiction ontarienne doit être satisfaite que trois critères sont remplis :

- L'autorité étrangère ayant rendu le jugement devait être compétente pour être saisie de l'affaire. A ces fins, le fait que la compétence de l'autorité étrangère soit fondée conformément aux critères établis dans son propre droit n'est pas pertinent en l'espèce. Effectivement, les autorités ontariennes mesurent la compétence d'une autorité étrangère suivant le *real and substantial connection test* développé par la jurisprudence. A ces fins, les autorités ontariennes peuvent considérer des facteurs tels que la circonstance du demandeur, la circonstance du défendeur, ainsi que la matière du litige. Cependant, puisque les autorités ontariennes ont une marge de discrétion inexistante dans la tradition civiliste québécoise, aucun résultat ne peut être prévu.
- L'autorité étrangère se doit d'avoir respecté les principes fondamentaux de la procédure au sens où la procédure doit avoir été juste et équitable.
- Le jugement rendu par la juridiction d'origine doit être un jugement final.

2. Procédure

Afin d'exécuter un jugement étranger en Ontario, il est nécessaire pour celui qui a reçu satisfaction d'initier une nouvelle procédure, ce qui ne signifie pas que l'affaire va être réexaminée. Les Cours canadiennes de *Common law* ont effectivement adopté la doctrine du « *full faith and credit* » issue de la constitution des Etats-unis, selon laquelle le bénéfice du doute est accordé aux juridictions étrangères et l'intégrité d'une décision étrangère est respectée sauf preuve manifeste du contraire. Une autorité ontarienne ne cherchera pas à analyser si le jugement aurait pu être obtenu sous le droit de l'Ontario. Il est donc impossible au défendeur de prétendre que le jugement ne devrait pas être exécuté car il ne serait pas responsable du dommage imputé en vertu de la législation canadienne. Les moyens de défenses sont ainsi limités aux violations de l'ordre procédural, aux violations des principes fondamentaux de la justice et aux contestations relatives à la compétence de la juridiction étrangère saisie.

La procédure d'exécution d'un jugement étranger est semblable à la procédure adoptée pour assurer le paiement d'une simple dette en droit ontarien. Ceci s'effectue généralement par voie sommaire, en réclamant auprès de l'autorité ontarienne saisie une motion indiquant qu'il n'existe pas véritablement de question à débattre lors d'un procès. Le demandeur possède alors, lorsque l'autorité ontarienne a validé sa requête, la possibilité de faire exécuter le jugement comme tout autre jugement issu d'une juridiction ontarienne. Les intérêts et les frais légaux sont généralement attribués au demandeur par l'autorité ontarienne.

IV. Des règles qui régissent le procès

A. L'administration et la charge de la preuve

Les modes d'obtention des preuves dans les différentes juridictions étudiées conduit à opposer deux traditions juridiques : celle des pays de droit civil et celle des pays de *Common Law*.

Les pays de droit civil se déterminent en considération d'une conception assez dogmatique de la vérité, perçue comme « *la substance de ce qui est* ». L'objet de la preuve se confond avec le fait, le droit de la preuve s'en détache quelque peu, faute d'espérer sa parfaite élucidation.

Les pays de *Common law* font montre d'un plus grand pragmatisme et ne voit dans la vérité qu'une « *qualité de ce qui se dit* ». Elle fait des propositions des parties, et non du fait lui-même, l'objet de la preuve. Ayant ainsi réduit son objet, elle élève la recherche de la vérité au rang des finalités du droit de la preuve.

A la faveur d'une certaine « américanisation » de droit civil, le droit de la preuve à la française se laisse pourtant progressivement gagner par une autre culture de la preuve.

Le Québec a de son côté opté pour le modèle de *Common law* affichant aujourd'hui une procédure assez proche de l'Ontario.

1. Le rôle de l'avocat dans l'établissement des faits

L'approche française privilégie la preuve écrite sur la preuve orale. Libre au juge de décider s'il veut entendre un témoin, l'avocat ne peut exiger sa comparution. Si le juge décide d'entendre le témoin, il n'est pas question que l'avocat prenne une part prépondérante à l'enquête : le rôle inquisitorial joué par le juge lui réserve le droit de mener l'interrogatoire.

L'importance accordée à la preuve orale ainsi qu'à la plaidoirie dans les systèmes juridiques ontariens et québécois constitue donc une différence notable avec le système inquisitorial français. Les avocats sont non seulement libres d'interroger les témoins, mais aussi de mener un contre-interrogatoire ayant pour objet de tester la crédibilité de ces derniers.

2. La procédure de « discovery », l'interrogatoire préalable ou la mesure d'instruction

En France, le juge est présumé connaître le droit (*jura novit curia*). Il lui appartient donc de solliciter toutes mesures d'instruction qu'il estime nécessaires. Ainsi, si le litige est défini et amené par les parties, c'est au juge de décider des moyens à mettre en œuvre pour aboutir à une solution.

La procédure de discovery, inexistante en France, est issue des pays de *Common law* et employée au Québec sous le nom d' « *interrogatoire préalable* ».

Il s'agit essentiellement d'un moyen d'enquête qui permet aux parties de découvrir des preuves après la signification de la demande. Obligation est ainsi faite par le juge à l'une des parties de produire à l'autre une pièce spécifique et identifiable ou tous les éléments importants pour l'affaire dont elle disposerait y compris ceux qui lui seraient éventuellement défavorables.

Précisons que les pays de *Common law* et le Québec ne s'entendent pas sur l'étendue de cette procédure. Étendu et intrusif aux États-Unis, la discovery au Québec demeure plus timide.

La procédure de discovery comprend deux aspects importants :

- L'affidavit de documents qui impose de divulguer à la partie adverse dans la phase préalable de l'instance non seulement les preuves pertinentes, mais aussi tous les documents en sa possession ou sous son contrôle qui ont trait au litige, même les documents défavorables à sa cause. Présent dans le système ontarien, l'affidavit de documents n'est pas pratiqué au Québec.
- L'interrogatoire préalable dans le cadre duquel il est possible de procéder à un interrogatoire de la partie adverse ou d'un tiers sur tous les faits se rapportant au litige lors de la phase préalable au procès. Ce mécanisme, présent en Ontario, peut être initié au Québec pour tout litige dont la valeur excède \$25.000.

La demande d'interrogatoire est adressée à un juge et peut être contestée par la partie adverse au motif que l'interrogatoire est inutile, inapproprié ou non susceptible de faire progresser les débats.

En pratique, les interrogatoires préalables ne sont pas difficiles à obtenir car les juges ont seulement les écrits des parties pour évaluer la pertinence d'un interrogatoire : dans le doute, une objection à l'interrogatoire ne sera accordée que s'il est manifeste que l'une des parties se livre à une véritable « *partie de pêche* ».

Au Québec, il est possible de réclamer la production par la partie adverse de certains documents lors de l'interrogatoire préalable. L'accès aux documents est cependant soumise à l'autorisation du juge et n'est pas automatique, contrairement à la procédure d'affidavit de documents en Ontario. Par ailleurs, les juges appliquent un critère de pertinence plus stricte à la production des documents qu'à l'autorisation d'interrogatoire préalable.

Si un témoin est situé à l'étranger, il sera possible au tribunal de délivrer une demande de commissions rogatoires requérant l'assistance du tribunal étranger pour procéder à son interrogatoire. La nature des informations à obtenir sera précisée au Tribunal étranger.

3. Relations conventionnelles franco-canadienne et franco-québécoise destinées à faciliter l'accomplissement des actes de procédure

La Convention franco-britannique en date du 2 février 1922 a été étendue au Canada. Elle tient compte en matière d'obtention de preuves des différences de procédure existant entre les pays de droit civil et ceux de *Common law* telles que rappelées brièvement ci-dessus.

Cette Convention prévoit la possibilité de recourir à des commissions rogatoires afin de procéder à l'audition des témoins, leur exécution pouvant être faite par les autorités judiciaires de l'Etat requis, par les agents diplomatiques ou consulaires de l'Etat requérant, mais aussi par toute personne désignée par l'autorité judiciaire de l'Etat requis.

Les commissions rogatoires sont transmises par la voie consulaire. Elles peuvent être exécutées soit selon les formes de l'Etat requis avec les moyens de contrainte prévus par le droit interne de ce dernier soit selon une forme spéciale exigée par l'autorité requérante, à condition qu'elle ne soit pas contraire à la législation de l'Etat requis.

Les causes de refus d'exécution sont, d'une part, l'atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'Etat requis et, d'autre part, le défaut d'authenticité de la commission rogatoire. L'autorité requérante doit en être immédiatement informée.

Les autorités consulaires peuvent procéder sans contrainte à l'audition de témoins qui peuvent se faire assister de leur conseil et à la production de documents par ces derniers. La nationalité des personnes à entendre n'a aucune incidence et la déposition est reçue conformément à la loi de l'Etat requérant.

Dans le cadre des relations de coopération entre la France et la Province du Québec, une entente sur un programme d'entraide judiciaire en matière civile, commerciale et administrative a été conclue le 9 septembre 1977 entre les ministres de la justice français et québécois.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une convention au sens du droit international public, des règles relatives à la transmission et à l'exécution des commissions rogatoires en matière civile, commerciale et administrative ont été établies.

L'autorité judiciaire requise applique ses règles de procédure à moins qu'il n'ait été demandé l'application d'une forme particulière. Il est précisé que le juge commis peut poser des questions et autoriser les parties et leurs défenseurs à en poser également. Si cela est demandé, les questions et les réponses sont intégralement transcrites ou enregistrées. L'autorité judiciaire requérante peut avoir demandé à être

informée de la date et du lieu d'exécution. L'autorité judiciaire requise peut refuser d'exécuter une commission rogatoire qui ne rentrerait pas dans ses attributions ou qui serait de nature à porter atteinte à son ordre public et à sa compétence.

B. La conservation des droits et prétentions

Les mesures conservatoires visent à préserver l'efficacité du pouvoir juridictionnel saisi de l'affaire sans trancher le fond du litige. Elles visent essentiellement à modifier un état de fait constaté avant le procès qui donne raison de croire que le tribunal pourrait, s'il n'était pas modifié, perdre sa faculté de trancher le litige de manière efficace lors du procès ou sa faculté d'assurer l'exécution du jugement.

Dans toutes les juridictions étudiées, les mesures conservatoires visent ainsi à éviter une atteinte irréparable au litige, à conserver la preuve ou à garantir l'exécution du jugement tranchant le fond du litige.

1. En droit français

L'exécution du jugement en France peut être garantie par la mise en œuvre d'une saisie conservatoire.

La saisie conservatoire peut porter tout aussi bien sur des biens corporels que sur des biens incorporels. Autorisée par le juge de l'exécution, le créancier qui justifie d'un péril imminent menaçant le recouvrement de sa créance place ainsi sous contrôle judiciaire certains éléments d'actifs du débiteur.

La saisie conservatoire n'aboutit pas à la vente des biens saisis et à leur transformation en argent, mais opère simplement le blocage du bien saisi jusqu'à ce que la dette reçoive exécution volontaire ou forcée.

Le débiteur peut saisir le juge de l'exécution d'une demande de rétractation de l'autorisation accordée.

2. En droit québécois

L'équivalent de la saisie conservatoire en droit québécois est la saisie avant jugement (733 Cpc). Elle permet au demandeur, une fois l'autorisation du juge obtenue, de faire saisir avant jugement les biens du défendeur lorsqu'il est à craindre que sans cette mesure le recouvrement de sa créance serait en péril. Il est possible d'obtenir cette mesure à travers une procédure *ex parte* mais il est nécessaire d'établir que les craintes vis-à-vis du recouvrement de la créance sont fondées sur des faits précis par opposition à de simples soupçons.

Il est possible pour le défendeur de faire opposition à la saisie rapidement en demandant l'annulation de la saisie pour raison d'insuffisance dans l'affidavit, ou de fausses allégations dans ce dernier (738 Cpc).

3. En droit ontarien

La « Mareva Injunction » est considérée comme l'introduction dans les systèmes juridiques de *Common law* de la saisie conservatoire du droit français ou de la saisie avant jugement du droit québécois.

Il s'agit d'une mesure conservatoire in personam qui permet au juge d'obliger un débiteur à lui indiquer l'ensemble des avoirs et biens qu'il possède en quelques lieux qu'ils se trouvent. Il peut ainsi être fait interdiction à un débiteur de disposer de certains biens ou d'accomplir certains actes, sous peine de sanctions pénales très énergiques (les sanctions du « *Contempt of court* ») telles une peine d'emprisonnement, de très lourdes amendes ou une privation du droit d'accès à la justice.

Le juge se détermine au regard de critères assez proches de ceux qui gouvernent l'octroi des mesures conservatoires françaises :

- une forte probabilité de succès de la prétention du demandeur (a good arguable case), et
- une menace réelle planant sur les chances de recouvrement de cette créance.

À ces conditions s'ajoutent des engagements pris par le demandeur de réparer tout dommage causé au défendeur (an undertaking in damages) et de fournir tous les éléments d'information nécessaires (a duty of full and frank disclosure).

En Ontario, les Mareva injonctions sont accordées par les juges de la Cour Supérieure sur demande des parties justifiant d'un risque réel que le défendeur se départisse de ses biens pendant le déroulement de l'instance.

Lorsque les avoirs et biens en question sont situés dans un pays étranger, il est possible que la Mareva injunction accordée par une Cour de justice canadienne puisse être exécutée à l'étranger grâce à la procédure du Mareva in aid, laquelle consiste à transformer l'ordonnance ayant accordé l'injonction en un jugement du pays dans lequel sont situés les biens visés.

Il convient de noter que cette mesure d'exécution extraterritoriale de *Common law* est aujourd'hui accueillie en droit français, la Cour de Paris ayant confirmé par deux arrêts l'ordonnance d'exequatur du Tribunal de grande instance de Paris sur divers points, et notamment sur l'absence de contrariété à l'ordre public international, au regard du respect des droits de la défense, de l'exécution d'une telle injonction (CA Paris, 1ère ch., sect. C, 14 juin 2001 et CA Paris 1ère ch., sect. C, 5 octobre 2000).

V. Des parties à l'instance : les actions collectives

A. Vers une reconnaissance des actions collectives en France

L'action collective est une action permettant au juge de rendre un jugement au bénéfice d'une « classe » toute entière ou au nom d'une catégorie de plaignants, même si ceux-ci ne sont pas personnellement identifiés.

Cette action ne pourra être intentée qu'après une procédure préalable afin de vérifier s'il existe des éléments communs dans les rapports entre les membres de la classe et l'action exercée contre le défendeur.

On distingue deux catégories d'action collective :

- Lorsque l'action de groupe repose sur un mandat exprès ou une volonté manifeste des membres du groupe, elle est dite « *opt in* » et ne saurait être considérée comme portant atteinte au principe de liberté d'agir en justice.
- Lorsque l'action est intentée par le groupe sans le consentement préalable de la personne dans l'intérêt duquel l'organisme agit, elle est dite « *opt out* ». Dans un tel système une personne peut ainsi se retrouver partie à une instance sans même le savoir.

Rendue célèbre par les grands procès intentés aux Etats-Unis contre les compagnies de tabac ou plus récemment contre le géant pharmaceutique Merck et la filiale américaine du groupe français Sodexo, l'action collective est au cœur des débats politiques et juridiques en France.

Son introduction a été souhaitée officiellement par le Président Jacques Chirac en janvier 2005 à l'occasion de ses vœux de nouvelle année. Le Gouvernement a mis en place un groupe de travail chargé d'établir un projet axé sur les droits des consommateurs.

Le Conseil national des barreaux (CNB) a également approuvé le principe des « *class actions* » en France, lors d'une assemblée générale en janvier. Le CNB a manifesté sa volonté de ne pas voir cette procédure limitée au droit de la consommation, souhaitant l'étendre aux catastrophes collectives, aux produits défectueux, au droit des contrats, au droit social, au droit de la concurrence et au droit bancaire.

Une transposition directe de l'action collective « *américaine* » paraît impossible. Trois obstacles majeurs s'opposent à son introduction :

- Le premier consiste en la prohibition des arrêts de règlement édictée par l'article 5 du Code civil qui impose aux juges de motiver leurs décisions et d'y exposer à tout le moins succinctement les prétentions et moyens respectifs des parties ;
- Le second, d'ordre procédural, est lié au principe de l'autorité relative de la chose jugée ;

- Le dernier réside dans l'application de l'adage « *nul ne plaide par Procureur* » qui impose l'identification de tous les colitigants mandants dans les actes de procédure, et notamment dans l'acte introductif d'instance et interdit par le fait même à une partie de représenter un groupe de personnes innomées.

Le droit français ne méconnaît pas toutefois le principe de représentation d'intérêts collectifs en justice.

Le législateur a institué deux procédures en matière de droit de la consommation (l'action collective instaurée par la loi du 5 janvier 1988 et l'action en représentation conjointe introduite en 1992), qu'il a ensuite déclinées plus spécifiquement en 1994 (et rénovées par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003) envers les actionnaires et investisseurs en valeurs mobilières et produits financiers.

Dans le cadre de l'action en représentation conjointe, les inconvénients sont nombreux.

Ainsi, l'association peut agir au nom de plusieurs consommateurs ayant subi des dommages résultant d'un même fait générateur et défendre en justice les intérêts individuels de chacun mais uniquement si ces derniers ont consenti à cette action. Elle ne peut donc agir dans l'intérêt de personnes dont l'identité resterait inconnue, comme c'est le cas pour une *class action*.

En outre, ce type d'action vise uniquement à réparer la somme des préjudices individuels des personnes ayant donné mandat à l'association, et non à réparer le préjudice collectif causé aux consommateurs ou aux investisseurs en général.

Enfin, en cas d'échec du procès, les consommateurs sont déchu de leur droit d'exercer individuellement une action en justice ; l'on considère qu'ils l'ont déjà exercée par le truchement de l'association agréée. Au total, cette action est donc très peu pratiquée.

Face aux insuffisances des procédures classiques, certains professionnels du droit et de l'informatique se sont ainsi rassemblés à l'initiative d'un avocat dans le cadre d'une société commerciale afin de promouvoir l'introduction en France des actions judiciaires de masse du type de celles qui existent déjà notamment dans les juridictions de *Common law*.

Le site Internet de cette société « *classaction.fr* » propose ainsi de mettre en relation consommateurs et avocats dans le but d'engager une action en justice collective.

Par un jugement en date du 6 décembre 2005, le Tribunal de grande instance de Paris, saisi par plusieurs associations a toutefois sanctionné le Site pour « *démarchage juridique illicite* », lui interdisant de « *proposer en ligne la collecte de mandats de représentation de justice, et ce sous astreinte de 15.000 euros par infraction constatée* » et le condamne à verser 2.500 euros à chaque association.

Notons que le Site s'était déjà vu rappeler à l'ordre en juin 2005 par le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Paris et condamné en référé par une ordonnance du Tribunal de grande instance de Lille pour publicité illicite et démarchage interdit.

B. Le recours collectif au Québec et en Ontario

Le recours collectif a été adopté au Québec et en Ontario afin de poursuivre trois buts particuliers : faciliter l'accès à la justice, une économie des ressources judiciaires (en évitant la multiplication des recours semblables) et la dissuasion des comportements néfastes pour le public.

Bien que la procédure soit fortement similaire dans les deux provinces, le stade préalable de l'autorisation (*certification* en Ontario) semble plus facile à franchir au Québec, province reconnue comme étant le « paradis » du recours collectif.

Notons que malgré sa disponibilité, l'utilisation du recours collectif demeure encore relativement faible dans les provinces canadiennes en comparaison avec leur voisin américain.

Le Québec a été la première province canadienne à introduire le recours collectif dès 1978. Ce nouveau moyen d'intenter une action est incorporé dans le Livre IX du *Code de procédure civile*.

Le recours collectif est généralement employé par des personnes physiques. Il est néanmoins possible pour une personne morale de droit privé, une société ou une association de s'en prévaloir, à condition qu'au cours de la période de douze mois précédant la requête pour autorisation, elle compte sous sa direction ou son contrôle au plus 50 personnes liées à elle par un contrat de travail et qu'elle ne soit pas liée avec le représentant du groupe. L'exercice du recours collectif est donc limité aux sociétés de petite taille.

Au Québec, les critères d'autorisation sont larges car le représentant doit seulement prouver une apparence de droit entre les faits allégués et les conclusions recherchées. D'ailleurs, dans le doute, les tribunaux québécois favoriseront l'autorisation. Depuis 1982, la requête qui autorise le recours n'est pas susceptible d'appel, alors que le groupe qui se voit refuser l'autorisation peut former un recours contre cette décision. De plus, la réforme du *Code de procédure civile* en 2002 a limité la contestation du défendeur à une plaidoirie orale, sauf s'il obtient la permission du juge de déposer une preuve écrite.

En Ontario, la procédure de recours collectif est régie par la *Loi de 1992 sur les recours collectifs (Class Proceedings Act)*. Les tribunaux sont habituellement favorables à cette procédure. Toutefois, les critères d'autorisation sont parfois interprétés de façon plus stricte que dans les tribunaux québécois, particulièrement celui qui requiert que le recours collectif soit le « meilleur moyen » disponible au groupe de demandeurs (ce critère ne se retrouve pas au Québec). La loi ontarienne ne possède pas d'appel asymétrique ou de limitations au niveau de la contestation du défendeur.

Il semble donc que le Québec soit plus favorable envers les demandeurs au stade de l'autorisation.

Les deux provinces, conscientes de la difficulté résultant de l'absence de certains des demandeurs à la procédure, ont développé des mesures pour restreindre les inconvénients d'un tel recours collectif. Les tribunaux, après avoir autorisé l'action, obligent ainsi les demandeurs à envoyer un avis afin que tous les membres du groupe soient prévenus du recours collectif. Ils pourront alors s'exclure de la procédure (*opt out*) ou y participer s'ils jugent qu'il y va de leurs intérêts.

Le recours collectif est surtout utilisé par les consommateurs, toutefois il s'agit d'une procédure ouverte à tous les domaines, tant au Québec qu'en Ontario. Bien que la procédure ne soit pas sans lacune, elle connaît un succès croissant.

C. Le financement des actions collectives

Le financement de telles actions est assuré grâce aux fonds publics ou aux pactes *quota litis*.

1. Les fonds publics

Le Québec facilite l'exercice des « *recours collectifs* » répondant à certains critères (bien-fondés, charge économique excessive pour les parties, etc...) en permettant leur financement grâce aux deniers publics. Ce fond a été créé lors de l'introduction du recours collectif en 1978 afin de contribuer également à favoriser l'accès à la justice. Le groupe devra rembourser le fond seulement s'il a gain de cause.

L'Ontario dispose lui aussi d'un fond public servant à financer les recours collectifs. Cependant, contrairement au fond québécois, l'étendue de la couverture assurée par le fond ontarien est plus limitée et ne couvre pas les honoraires d'avocats, une autre raison qui contribue à l'image du Québec comme étant fortement favorable aux recours collectifs.

2. Le pacte de « *quota litis* » (contingency fees)

Le pacte de « *quota litis* » est une convention passée entre l'avocat et son client aux termes de laquelle les parties conviennent que des honoraires seront versés à l'avocat uniquement dans l'hypothèse où le client obtiendrait gain de cause.

Le droit Français interdit formellement le recours au pacte de *quota litis*. Le résultat obtenu peut cependant intervenir comme critère de pondération des honoraires, par exemple sous la forme d'un complément (*success fee*) à un honoraire de base. Il est ainsi possible de convenir que l'avocat percevra un honoraire fixe « *minimum* » ainsi qu'un honoraire « *complémentaire* », forfaitaire ou fonction du résultat et des sommes obtenues. Cette possibilité est souvent utilisée en matière prud'homale par les avocats des salariés.

Au Québec, le pacte de quota litis est autorisé depuis 1956. Il est cependant nécessaire qu'il résulte d'une convention écrite prévoyant des honoraires justes et raisonnables (c'est-à-dire limités, en pratique, à 30% de la valeur totale du litige). Le juge peut discrétionnairement réduire ces honoraires s'il les considère trop élevés.

Pareillement, de tels pactes sont possibles en Ontario. Dans l'affaire *McIntyre Estate v. Ontario [2002]*, la succession de McIntyre, un fumeur décédé d'un cancer du poumon, intenta une poursuite contre Imperial Tobacco and Venturi Ltd. La succession de McIntyre demanda au tribunal une déclaration validant un pacte quota litis avec ses avocats les représentant dans l'affaire. Ils obtinrent gain de cause, la cour estimant qu'une prohibition absolue de telles conventions n'était pas justifiée.

VI. De la réparation du préjudice subi

A. La détermination des dommages et intérêts susceptibles d'être octroyés

A l'issue du procès, des dommages et intérêts seront versés par la partie perdante à la partie gagnante. La différence entre les trois juridictions étudiées réside principalement dans la méthode de calcul adoptée.

1. Les dommages et intérêts punitifs (*punitive damages*)

En France, le montant des dommages et intérêts correspond au montant du préjudice subi, ce dont le demandeur doit faire la preuve devant le tribunal. On parle à cet égard de « *dommages et intérêts compensatoires* ».

Cette limitation du montant des dommages et intérêts permet de distinguer le système français des systèmes québécois et ontarien, où le juge peut également allouer au demandeur des « *dommages et intérêts punitifs* » (*punitive damages*), i.e. une somme excédant la simple réparation des dommages subis. Cette majoration vise ainsi à pénaliser celui qui s'est rendu coupable d'une faute intentionnelle ou d'une grave négligence.

La notion de dommages et intérêts punitifs est apparue pour la première fois dans l'affaire *Huckle c/ Money* en 1763 en Angleterre. Elle trouve aujourd'hui application dans l'ensemble des pays de *Common law* - tels l'Angleterre, les États-Unis et le Canada - ainsi qu'au Québec.

Au Canada, les montants demeurent raisonnables et ne sont aucunement comparables aux sommes auxquels ont pu être condamnés les fabricants américains, qu'il s'agisse des secteurs de l'automobile, de l'aéronautique, des produits pharmaceutiques ou du tabac.

Le droit français commence à intégrer ces évolutions. A cet égard, notons l'importance du rapport rendu par la Commission Catala sur l'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription qui a été remis au Garde des sceaux le 22 septembre dernier. Il préconise notamment de modifier la

définition de certaines notions comme celles de préjudice réparable, de perte de chance ou de faute mais aussi et surtout d'autoriser le versement de dommages et intérêts punitifs reprenant les principes adoptés par le Code civil du Québec.

Les recommandations du rapport Catala suivies, un nouvel article 1371 serait introduit dans le Code civil dans les termes suivants :

« L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ».

Cette proposition n'est pas sans poser des problèmes de compatibilité avec les principes du droit communautaire, et notamment avec la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles, dite Rome II, disposant que les dommages-intérêts punitifs sont contraires à l'ordre public communautaire.

2. L'indemnisation des pertes économiques

Au titre de l'indemnisation des pertes économiques, les tribunaux ont aussi admis la réparation du préjudice résultant de l'impossibilité de tirer profit d'un bien, pendant une durée déterminée. On parle également de « *pertes d'exploitation* ».

Soulignons que les systèmes civilistes en France et au Québec admettent dans le quantum des dommages et intérêts la perte de profits ('*lucrum cessans*' en latin), ce qui a toujours été plus difficile en *Common law*, où traditionnellement la « *pure economic loss* » ne pouvait être indemnisée. Aujourd'hui, il faut toutefois relativiser cette position, les tribunaux canadiens paraissant plus disposés à l'accepter.

3. L'indemnisation du préjudice moral (*non-pecuniary damages and moral injury*)

On admet enfin, dans le cadre de la réparation des dommages aux biens, l'indemnisation du préjudice moral.

La Cour de cassation a admis la réparation du préjudice moral subi par une société ce, en raison de l'utilisation de vêtements de sports qu'elle produisait, à l'occasion du tournage d'un film pornographique (Cass. com., 6 nov. 1979 : D. 1980, jurispr. p. 94).

Si le droit positif français et québécois favorise toujours davantage l'indemnisation du préjudice moral, plusieurs réserves ont été émises par la doctrine d'une part, quant au caractère immoral du versement d'une somme d'argent pour compenser la souffrance d'une victime et d'autre part, quant à la difficulté d'évaluer un préjudice qui est subjectif par essence.

Cette critique explique la réticence des juridictions de *Common law* à octroyer des dommages et intérêts en réparation de ce type de préjudice difficilement quantifiable.

B. Spécificité des modalités de la réparation contractuelle en droit international

En cas de perte, de destruction, ou de détérioration d'un bien corporel, la victime dispose en principe du droit d'obtenir la réintégration d'un bien identique dans son patrimoine. Cette réintégration s'opère selon des modalités particulières définies sous le terme générique de remise en état du bien, une possibilité qui est d'ailleurs prévue par la *Convention de Vienne*.

En outre, la victime peut obtenir réparation de divers préjudices accessoires de son préjudice principal. Les tribunaux ne se contentent pas toujours de verser à la victime une somme correspondante au coût de remplacement ou de réfection du bien. Quand des frais supplémentaires sont engagés, ils sont pris en compte dans le calcul de l'indemnité.

De surcroît en cas de dépréciation du bien consécutive à sa détérioration, la victime peut obtenir réparation dans la limite de la moins-value du bien.

Si le préjudice accessoire consiste en un trouble de jouissance, la juridiction saisie du litige déterminera le montant de l'indemnité après avoir déterminé la valeur d'utilisation du bien par son propriétaire.

Conclusion

Les juridictions de la France, du Québec et de l'Ontario tendront à donner effet aux clauses contractuelles d'élection du for. A son tour, l'identité de la juridiction choisie dans une telle clause aura des ramifications multiples en cas de situation litigieuse.

Effectivement, les trois juridictions étudiées sont dotées de tribunaux dont les champs de compétence matériels et territoriaux ne sont pas définis uniformément. Par ailleurs, la portée des questions examinées par une Cour d'appel sera plus étendue en France, où il est possible pour un juge de réviser certaines allégations factuelles. Au Québec et en Ontario, un tel examen relève de la compétence du juge de première instance.

Retenons qu'il existe certaines différences particulièrement pertinentes dans le champ de la procédure civile, un domaine où le droit québécois semble se rapprocher davantage de la *Common law* ontarienne que du droit civil français. A titre d'exemple, le Québec dispose d'une procédure civile plus orale que le droit français, avec des interrogatoires et des contre-interrogatoires de témoins entrepris par les avocats des parties plutôt que par le juge, qui joue un rôle passif et non inquisitorial.

Nombre de différences apparentes entre les trois juridictions sont attribuables aux distinctions historiques qui subsistent entre la *Common law* et le droit civil. Cependant, il est nécessaire de reconnaître que bien souvent, les deux grandes traditions juridiques mettent en œuvre des moyens apparemment forts différents pour arriver à un résultat similaire : c'est notamment le cas en ce qui concerne la détermination de la compétence internationale des tribunaux.

Notons enfin que les différences historiques entre la *Common law* et le droit civil ont tendance à s'estomper plutôt qu'à s'accroître. Ainsi, le fait que le débat sur le bien fondé des actions collectives atteigne à présent la France - ou encore le fait que les juridictions *Common law* commencent à s'ouvrir à la reconnaissance des dommages moraux - illustre que la globalisation ne se limite pas au champ de l'économie mais s'étend aussi au domaine juridique.

* * *

*