

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2020 EN DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ

Stéphanie Ghozlan

Volume 123, Number 1, 2021–2022

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2020

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1088967ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1088967ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ghozlan, S. (2021). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2020 EN DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ. *Revue du notariat*, 123(1), 277–321.
<https://doi.org/10.7202/1088967ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2020 EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Stéphanie GHOZLAN*

INTRODUCTION	279
1. La compétence des tribunaux	279
1.1 Le for de nécessité	279
1.2 Des actions personnelles à caractère extrapatrimonial et familial	281
1.2.1 La demande de garde accessoire à une demande de séparation de corps	282
1.2.2 L'action en reconnaissance de paternité	283
1.3 Les clauses d'élection de for.	284
1.3.1 La clause d' <i>attornment</i>	284
1.3.2 Des règles de compétence générale face une clause d'élection de for.	285
1.4 La qualification d'une action liée à des droits ancestraux	287
2. Les effets du mariage et le régime matrimonial	293
2.1 La qualification du concept de distribution équitable	294

* LL.M. (droit international privé), notaire à Montréal. L'auteure remercie Yohann Levy, étudiant en droit, pour son aide à la recherche.

2.2	L'application par défaut de la loi québécoise en matière de régimes matrimoniaux.	297
3.	Les successions internationales	300
3.1	La compétence juridictionnelle en matière successorale	300
3.2	La vérification de testaments étrangers	302
3.3	Le partage du patrimoine familial, la qualification du droit de survie et la prescription	304
3.4	La <i>professio juris</i> et le <i>Joint Tenancy with Right of Survivorship</i>	308
4.	Le non-retour et le déplacement illicite d'enfants	312
4.1	Des cas d'application de la <i>Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants</i>	313
4.2	Le déplacement d'un enfant au Québec en provenance d'un État non désigné	316
	CONCLUSION	320

INTRODUCTION

Malgré la situation actuelle, des tribunaux de première instance du Québec à la Cour suprême du Canada, la jurisprudence de l'année 2020 a livré de nombreuses décisions relevant du droit international privé dans des contextes variés, principalement en matière de compétence des autorités québécoises et de détermination de la loi applicable. Pour cette revue sélective de jurisprudence, certaines causes ont particulièrement retenu notre attention. Y sont mis en lumière des questions juridiques intéressantes, peu courantes, voire originales, confrontant parfois diverses règles de droit international privé et rappelant pour certaines l'enjeu essentiel que représente l'étape de la qualification dans cette sphère du droit.

Nous traiterons ainsi de jugements liés à des règles de compétence générale et spécifique, qu'ils soient relatifs à la notion de for de nécessité, à des actions personnelles à caractère extrapatrimonial et familial, à des clauses d'élection de for ou à des droits ancestraux. Nous aborderons également divers sujets en matière de régimes matrimoniaux et de successions internationales, ainsi que certains cas de demandes de retour d'enfants soumises ou non à l'application de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*¹.

1. La compétence des tribunaux

Malgré de nombreuses décisions rendues en la matière, nous avons sélectionné certains jugements intéressants relatifs à des règles de compétence générale et particulière.

1.1 *Le for de nécessité*

Bien qu'une autorité québécoise ne soit pas compétente pour connaître d'un litige, l'article 3136 C.c.Q. lui permet, si une action à l'étranger se révèle impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, d'entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant

1. RLRQ, c. A-23.01.

avec le Québec. Dans *Droit de la famille – 201873*², la Cour supérieure, saisie d'une demande de garde déposée par la mère, n'est pas compétente suivant l'article 3142 C.c.Q., les enfants étant domiciliés au « pays A » depuis 2015. Décidant néanmoins de se prévaloir de l'article 3136 C.c.Q., la Cour constate que le litige présente un lien important avec le Québec : Madame en est originaire, y vit depuis 2018 et y reçoit régulièrement ses enfants grâce à des ordonnances de sauvegarde émises par les tribunaux québécois et les parties y ont de la famille. Madame ne démontre pas l'impossibilité d'entreprendre un recours au « pays A ». Pour y ester en justice, un ressortissant étranger doit présenter son permis de séjour, ce qui nécessite d'obtenir un matricule fiscal. Observant les versions française et anglaise de l'article 3136 C.c.Q., la Cour estime qu'il est déraisonnable d'imposer à Madame d'y exercer un recours en raison de l'échec de ses nombreuses démarches et de la difficulté de retenir les services d'un avocat, eu égard à l'implication politique de la famille de Monsieur et à la sécurité des personnes impliquées. Madame se voit refuser le droit d'ester en justice, mais cela n'a pas empêché les juridictions de cet État de rendre un jugement par défaut contre elle, accordant la garde exclusive au père, sans droits d'accès pour elle. Pour la Cour supérieure, elle n'a pas accès à la justice dans cet État.

D'application restrictive et exceptionnelle, cette règle fait du Québec un for de nécessité en vue d'éviter un déni de justice. Son application nécessite que les autorités québécoises ne soient pas compétentes³, mais requiert tout de même un lien suffisant avec le Québec⁴, lien qui a été établi en l'espèce. Aucun tribunal étranger ne peut être saisi, ce qui implique l'exigeante preuve d'une impossibilité juridique ou matérielle presque absolue de faire entendre cette action dans quelque ressort que ce soit. Ce peut être le cas lorsque aucune juridiction ne peut se déclarer compétente en vertu de ses propres règles de conflit ou lorsque les tribunaux ne peuvent concrètement entendre le litige en raison d'une guerre civile, d'une

2. *Droit de la famille – 201873*, 2020 QCCS 4023 (et *Droit de la famille – 202070*, 2020 QCCS 4480). Voir aussi *Droit de la famille – 20558*, 2020 QCCS 1248, et *Droit de la famille – 20759*, 2020 QCCS 1837.

3. Ni en vertu des art. 3141 à 3154 C.c.Q., ni des art. 3134-3135 et 3137-3140 C.c.Q. (distinction avec la notion d'urgence).

4. Comme la résidence habituelle de l'enfant au Québec, en matière de garde : *N. (H.H.) c. N. (O.X.)*, [2002] J.Q. n° 10608 (C.S.), et Gérald GOLDSTEIN, « Commentaires sur l'article 3136 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec* (DCQ), *La référence*, EYB2013DCQ1276.

catastrophe naturelle, d'une importante instabilité politique ou de tout évènement paralysant les institutions judiciaires d'un État, de la nécessité de la protection d'un réfugié politique ou d'un risque sérieux de danger physique. Dès lors qu'un État étranger peut entendre le litige dans le respect des principes de justice fondamentale, le recours à l'article 3136 C.c.Q. ne peut se justifier⁵. Une application plus libérale de cette règle a émergé dans la jurisprudence en matière familiale⁶. Cette tendance a été désapprouvée, les articles 3138 et 3140 C.c.Q. pouvant constituer une solution suffisante⁷. D'ailleurs, les tribunaux y ont parfois recours lorsque leur compétence n'est pas établie en vertu de l'article 3142 C.c.Q.⁸ : dans ces situations, l'enfant se trouve au Québec et la Cour rend une ordonnance de garde provisoire le temps que le tribunal compétent statue. En revanche, en l'espèce, le recours à ces articles semble moins approprié que celui de l'article 3136 C.c.Q. N'obtenant pas le droit d'ester en justice malgré ses nombreuses démarches, Madame ne réclame pas des mesures provisoires ou conservatoires ou destinées à protéger des personnes au Québec, mais cherche à faire valoir ses droits relativement à la garde de ses enfants, objectif qu'elle ne parvient pas à atteindre dans l'État où ils sont domiciliés. Il n'est pas question de résultat, mais de possibilité d'ester en justice.

1.2 Des actions personnelles à caractère extrapatrimonial et familial

Plusieurs règles de compétence ont été mises en application en la matière en 2020. Nous nous concentrerons sur une affaire confrontant deux règles de compétence puis sur une demande de reconnaissance de paternité.

5. *Lamborghini (Canada) inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, 1996 CanLII 6047 (QC C.A.); *Droit de la famille – 201873*, 2020 QCCS 4023; *Anvil Mining Ltd. c. Association canadienne contre l'impunité*, 2012 QCCA 117; *Droit de la famille – 143017*, 2014 QCCA 2188; *Souffrant c. Haytian American Sugar Company*, 2006 QCCS 5580; *Lemieux, Nolet c. Marcus Evans (Amérique du Nord) ltée*, 2008 QCCQ 1235. G. GOLDSTEIN, préc., note 4; John P. McEVOY, « Forum of Necessity in Quebec Private International Law: C.c.Q. art. 3136 », (2005) 35 R.G.D. 61.

6. *Droit de la famille – 201873*, 2020 QCCS 4023; *Droit de la famille – 172346*, 2017 QCCS 4582, et *Droit de la famille – 1830*, 2018 QCCA 24; *Droit de la famille – 082431*, 2008 QCCS 4493. Voir aussi *Droit de la famille – 192582*, 2019 QCCS 5399; *Droit de la famille – 1535*, 2015 QCCS 106; *Droit de la famille – 131294*, 2013 QCCA 883; *Droit de la famille – 1381*, 2013 QCCS 136.

7. G. GOLDSTEIN, préc., note 4.

8. *Protection de la jeunesse – 125083*, 2012 QCCQ 9955; *Droit de la famille – 082569*, 2008 QCCS 4784; *Droit de la famille – 082664*, 2008 QCCS 4970; *Droit de la famille – 082569*, 2008 QCCS 4784.

1.2.1 La demande de garde accessoire à une demande de séparation de corps

Dans *Droit de la famille – 201276*⁹, la compétence de la Cour supérieure était acquise suivant l'article 3146 C.c.Q. pour la séparation de corps, mais pas en vertu de l'article 3142 C.c.Q., les enfants étant domiciliés en Côte d'Ivoire et ayant été déplacés illicitement au Québec. La demande liée à la garde étant accessoire à celle de séparation de corps, le tribunal recourt aux enseignements de la Cour d'appel qui donne préséance à l'article 3146 C.c.Q., mais nuance ses propos en cas de déplacement illicite et conclut que dans un tel cas, la question pourrait être résolue suivant la doctrine du *forum non conveniens*¹⁰. Le tribunal, ayant compétence sur la demande principale, considère qu'il peut aussi statuer sur la garde qui n'est qu'une composante de la demande en séparation de corps, et refuse de décliner compétence en faveur des instances ivoiriennes en vertu de l'article 3135 C.c.Q.

L'arrêt *Droit de la famille – 131294*¹¹ est effectivement suivi dans la jurisprudence. Cette prévalence de l'article 3146 C.c.Q. présente certaines faiblesses en ce que les tribunaux québécois peuvent avoir compétence pour statuer sur la garde d'enfants qui ne sont pas domiciliés au Québec et peuvent ne même pas s'y trouver. Elle ne permet pas d'assujettir tous les enfants à une même norme à la différence de l'article 3142 C.c.Q. et a pour effet d'assouplir la volonté du législateur de ne pas encourager le déplacement illicite d'enfants, même si le recours à la doctrine du *forum non conveniens* est possible¹². Cet arrêt avait justement soupesé les différents arguments et les différentes positions doctrinales avant d'arriver à cette conclusion, qui finalement reprend le point de vue du ministère de la Justice¹³. Il concorde avec l'article 3139 C.c.Q. et reste la référence

9. 2020 QCCS 2796. Voir *Droit de la famille – 201995*, 2020 QCCA 1680 (l'appel est devenu théorique et donc rejeté).

10. Art. 3135 C.c.Q. *Droit de la famille – 131294*, 2013 QCCA 883; *Droit de la famille – 132433*, 2013 QCCA 1529.

11. Préc., note 10.

12. Voir notamment Gérard GOLDSTEIN, « Commentaire sur l'article 3146 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, *La référence*, EYB2013DCQ1286, par. 550.

13. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, « Commentaire du ministre de la Justice sur l'article 3142 C.c.Q. », dans *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, *La référence*, EYB1993CM3143.

sur le sujet, certains tribunaux ayant assumé leur compétence¹⁴ tandis que d'autres l'ont déclinée en vertu de l'article 3135 C.c.Q.¹⁵.

1.2.2 L'action en reconnaissance de paternité

Suivant le premier alinéa de l'article 3147 C.c.Q., en matière de filiation naturelle, la compétence des autorités québécoises est établie si l'enfant ou l'un de ses parents a son domicile au Québec. Dans *Droit de la famille – 201011*¹⁶, l'enfant X est née au Québec en 2016, alors que la mère était séparée de fait de son époux et en couple avec le demandeur. L'acte de naissance du Québec mentionne l'inscription de père inconnu. La mère met fin à sa relation avec le demandeur en 2017 et reprend la vie commune avec son époux dans une autre province avec leurs deux autres enfants. Le demandeur, domicilié au Québec, y introduit une action en reconnaissance de paternité. La Cour supérieure juge qu'il ne peut se qualifier de parent au sens de l'article 3147 C.c.Q., l'objet de son action étant justement de réclamer ce titre. Le certificat de naissance dressé en 2020 dans la province où vit l'enfant comporte de plus le nom de l'époux de la mère et l'enfant porte son nom. La Cour renvoie le dossier devant la Cour supérieure de cette province.

L'article 3147 C.c.Q. englobe effectivement les actions liées à l'établissement, la constatation ou la contestation de la filiation ou relatives à ses effets, ce qui comprend les demandes de reconnaissance de paternité¹⁷. Ce cas de figure spécifique ne s'était pas encore réellement posé. Dans certaines décisions, l'enfant ou l'un de ses parents a clairement son domicile au Québec¹⁸. Dans *Droit de la famille – 1916*¹⁹, le domicile du demandeur en reconnaissance de paternité était au Québec et celui de l'enfant dans un autre pays. La Cour a pourtant admis sa compétence, mais dans une situation où la mère reconnaissait qu'il était bien le père de l'enfant et le seul susceptible de l'être. Ce n'est pas le cas en l'espèce et l'acte de naissance

14. *Droit de la famille – 1535*, 2015 QCCS 106; *Droit de la famille – 143408*, 2014 QCCS 6568; *Droit de la famille – 132433*, 2013 QCCA 1529. Voir aussi *Droit de la famille – 2223*, [1995] R.J.Q. 1792 (C.S.).

15. *Droit de la famille – 192171*, 2019 QCCS 4483.

16. 2020 QCCS 2320.

17. Gérald GOLDSTEIN, « Commentaire sur l'article 3147 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), La référence*, EYB2013DCQ1287.

18. *Droit de la famille – 114198*, 2011 QCCS 7163; *Droit de la famille – 16792*, 2016 QCCS 1551; *Droit de la famille – 082813*, 2008 QCCS 5244.

19. 2019 QCCS 35.

de l'enfant dressé dans la province de son domicile mentionne le nom de deux parents, avec lesquels il vit. Dans ce contexte, la Cour estime que le demandeur ne peut se qualifier de parent selon les termes de l'article 3147 C.c.Q. En outre, les instances de cette autre province semblent plus appropriées pour statuer sur cette demande.

1.3 Les clauses d'élection de for

L'article 3148 C.c.Q. a, comme à l'accoutumée, fait l'objet de nombreuses décisions. Nous nous attarderons sur celles relatives au deuxième alinéa, qui écarte la compétence des autorités québécoises en présence d'une clause la conférant exclusivement à une autorité étrangère ou à un arbitre.

1.3.1 La clause d'attornment

Dans *Vision Solutions de Procédés inc. c. Samson Controls inc.*²⁰, alors que la demanderesse réclame des dommages de la défenderesse pour résiliation unilatérale intempestive et abusive de leurs relations d'affaires, cette dernière invoque notamment une clause de leur contrat conférant une compétence exclusive aux tribunaux ontariens. Leur contrat contient une clause dite d'*attornment*, libellée comme suit : « *the parties hereby attorn to the jurisdiction of the Courts of the Province of Ontario sitting in Toronto* ». La Cour examine ce concept de common law à la lumière de la jurisprudence pour conclure que cette clause implique davantage une acceptation des parties de se soumettre aux juridictions ontariennes plutôt que d'imposer de reconnaître cette compétence à l'exclusion d'autres juridictions²¹. Pour elle, aucun terme impératif ne se dégage de cette clause, contrairement à d'autres clauses de ce même contrat. Bien que certains jugements aient pu valider des clauses similaires en vertu du deuxième alinéa de l'article 3148 C.c.Q.²², cette décision s'inscrit dans la tendance jurisprudentielle qui considère que les clauses de common law dites d'*attornment* ne répondent pas à la définition d'une véritable clause d'élection de for.

20. 2020 QCCS 2060. Sur l'élection de for, voir aussi : *Mauvalin c. Big Land Construction Ltd.*, 2020 QCCS 394.

21. La Cour s'appuie sur *Sleep Number Corporation v. Maher Sign*, 2020 ONCA 95 (clause pratiquement identique).

22. Voir par exemple *SMC Pneumatique (Canada) Ltée c. Ressort Déziel inc.*, 2014 QCCA 300; *Investissement Nolinor inc. c. Air Inuit Ltd.*, 2017 QCCS 3396; *Hubmar Import-Export inc. c. Zellers Inc.*, 2005 CanLII 51315 (QC C.Q.).

Elles ne constituent qu'une simple clause de reconnaissance de juridiction, par laquelle les parties s'engagent à reconnaître et accepter la juridiction mentionnée, à s'y soumettre si elles devaient être saisies mais sans s'obliger à y recourir²³. Une clause d'élection de for, en revanche, revêt un caractère impératif, irrévocable et exclusif, contraignant les parties à n'intenter de recours que devant la juridiction désignée.

1.3.2 Des règles de compétence générale face à une clause d'élection de for

Malgré la valorisation de l'autonomie de la volonté, une clause d'élection de for exclusif s'efface devant la règle de l'article 3149 C.c.Q. lorsque les conditions sont remplies²⁴. En 2020, la Cour supérieure s'est aussi interrogée sur l'applicabilité de règles de compétence générale en présence d'une clause conforme au deuxième alinéa de l'article 3148 C.c.Q. Dans l'affaire *Corner Brook Pulp and Paper Limited c. Valmet Ltd.*²⁵, la Cour supérieure décline sa compétence sur l'appel en garantie. En présence de clauses compromissoires renvoyant à l'arbitrage tout différend lié à l'accord entre les parties, rédigées en termes clairs et obligatoires, la Cour reprend le principe de l'arrêt *GreCon*²⁶ suivant lequel le deuxième alinéa de l'article 3148 C.c.Q. doit avoir préséance sur l'article 3139 C.c.Q. dans le cadre d'une action en garantie. Elle ne saurait ainsi se prévaloir de sa compétence relative à la demande principale afin de s'arroger compétence pour une demande incidente ou reconventionnelle visée par une clause soumettant tout litige éventuel à un arbitre ou à un tribunal étranger. En matière de conflit de juridictions, cet arrêt fait en effet prévaloir l'autonomie de la volonté, de la

23. *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401; *STMicroelectronics inc. c. Matrox Graphics inc.*, 2007 QCCA 1784; *Bombardier produits récréatifs inc. c. PICC Property and Casualty Insurance Co. Limited*, 2019 QCCS 1503; *Bedford Resource Partners Inc. c. Adriana Resources Inc.*, 2010 QCCA 2030. Les tribunaux ont conclu à une véritable élection de for et pas à une simple clause d'attornment dans *Ben & Max inc. c. Éditions Bibi et Geneviève inc.*, 2009 QCCS 4511, et *Commission des normes du travail c. Calian Ltd.*, 2008 QCCS 5190. Voir aussi *Sleep Number Corporation v. Maher Sign*, préc., note 21; *Forbes Energy Group Inc. v. Parsian Energy Rad Gas*, 2019 ONCA 372; *Hollinger International v. Hollinger Inc.*, 2005 CanLII 4582 (Ont. S.C.D.C.); *Old North State Brewing Company Inc. v. Newlands Services Inc.*, 1998 CanLII 6512 (BC C.A.).

24. Pour 2020, voir *Chung c. Merchant Law Group*, 2020 QCCS 398; *Bright c. Site 2020 inc.*, 2020 QCCS 2532; *Massicotte c. GFL Environmental Inc.*, 2020 QCCS 668; *Lapointe c. Noize Faktory Canada*, 2020 QCCQ 3590.

25. 2020 QCCS 2136. Voir aussi *Specter Aviation c. Laprade*, 2020 QCCS 4392.

26. *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, préc., note 23, par. 37.

prévisibilité et de la sécurité juridique des transactions internationales, sur le caractère procédural de l'article 3139 C.c.Q.²⁷.

La question s'est posée de savoir si le deuxième alinéa de l'article 3148 C.c.Q. devait aussi primer l'article 3138 C.c.Q. En présence d'une élection de for étranger valide, un tribunal québécois peut-il tout de même ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ? Dans la décision *Associated Foreign Exchange Inc. c. 9189-0921 Québec inc. (MBM Trading)*²⁸, la Cour supérieure prolonge une injonction provisoire et rejette la demande d'exception déclinatoire en dépit d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux ontariens. La Cour d'appel accorde l'autorisation d'interjeter appel²⁹, cette question n'ayant pas été traitée par la Cour d'appel depuis l'arrêt *GreCon* et faisant l'objet de décisions contradictoires en Cour supérieure. Elle peut surprendre à première vue puisque l'article 3138 C.c.Q. vise justement les situations où les autorités québécoises n'ont pas compétence pour statuer sur le fond. Finalement, elle s'interroge sur la place de la volonté des parties qui retiendraient la compétence exclusive d'un tribunal étranger ou d'un arbitre. Devrait-elle supplanter cette règle de l'article 3138 C.c.Q. qui limite l'intervention d'une cour québécoise à l'ordonnance de mesures provisoires ou conservatoires en vue de favoriser l'administration de la justice et la collaboration judiciaire internationale ? Cette question nécessite sans doute de pondérer ces objectifs, l'autonomie de la volonté des parties et aussi une certaine déférence envers l'autorité compétente, et ce, au regard des circonstances. Comme le mentionne la Cour d'appel, les jugements de la Cour supérieure ne sont pas uniformes sur ce sujet, préséance ayant déjà été donnée à l'autonomie de la volonté des parties³⁰, alors que d'autres jugements ont ordonné des mesures conformément à l'article 3138 C.c.Q.³¹. L'arrêt *GreCon* ne se prononce d'ailleurs pas de

27. Voir aussi *Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc.*, 2006 QCCA 461; *Bombardier inc. c. General Directorate for Defense Armaments and Investments of Hellenic Ministry of National Defense*, 2013 QCCS 6896; *Commission des normes du travail c. Calian Ltd.*, 2008 QCCS 5190; *Plastiques Dura Plastics (1997) ltée/Ltd. c. Solarium de Paris inc.*, 2006 QCCS 2396.

28. *Associated Foreign Exchange Inc. c. 9189-0921 Québec inc. (MBM Trading)*, 2020 QCCS 1823.

29. *9189-0921 Québec Inc. (Mbm Trading) c. Associated Foreign Exchange Inc.*, 2020 QCCA 876.

30. *Ekinciler Demir Ve Celik San, a.s. c. Bank of New York*, 2007 QCCS 1615; *Jefagro Technologies inc. c. Vetagro, s.p.a.*, 2012 QCCS 2945; *Investissements Nolinor inc. c. Air Inuit Ltd.*, 2017 QCCS 3396.

31. *Bombardier inc. c. General Directorate for Defense Armaments and Investments of Hellenic Ministry of National Defense*, 2013 QCCS 6896 (pour la Cour, l'objectif (à suivre...))

manière explicite sur le sujet – citant les professeurs Goldstein et Groffier, mais n’apportant aucun éclaircissement relativement à l’article 3138 C.c.Q.³². La mise à l’écart systématique de cet article en présence d’une telle clause d’élection de for étranger ou d’arbitrage a d’ailleurs été remise en cause par le professeur Goldstein lui-même, qui souligne notamment qu’un arbitre ne peut imposer des mesures provisoires ou conservatoires sans la collaboration des tribunaux étatiques³³. L’arrêt de la Cour d’appel à venir permettra d’éclaircir la question.

1.4 La qualification d’une action liée à des droits ancestraux

Pour établir si les autorités québécoises peuvent statuer sur une action ayant une dimension internationale, la qualification de cette action est nécessaire pour déterminer la règle de compétence applicable. La Cour suprême a été confrontée à la complexité que peut receler cet exercice, dans le cadre d’un dossier impliquant deux provinces canadiennes et mettant en jeu le droit autochtone, l’arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*³⁴. En 2013, une requête introductive d’instance est déposée devant la Cour supérieure du Québec par deux Premières Nations innues, plusieurs chefs et conseillers (ci-après les « Innus ») contre deux compagnies minières exploitant un mégaprojet sur des territoires situés au Québec et à Terre-Neuve-et-Labrador, chevauchant ainsi la frontière entre ces deux provinces. Les Innus revendiquent le droit d’utiliser et d’occuper de façon exclusive les terres visées qu’ils occupent depuis des temps immémoriaux, soutiennent que le mégaprojet a été entrepris sans

(...suite)

est justement la préservation du processus d’arbitrage en cours); *D.D.H. Aviation inc. c. Fox*, 2002 CanLII 41085 (QC C.A.); *Sonox Sia v. Albury Grain Sales Inc.*, 2005 CanLII 26784 (QC C.S.). Voir aussi *Construction injection EDM inc. c. SNC-Lavalin Construction (Atlantic) inc.*, 2013 QCCS 5049.

32. *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, préc., note 23, par. 47 : « De l’avis des auteurs Goldstein et Groffier, le pouvoir discrétionnaire provenant des art. 3136, 3138, 3139 et 3140 C.c.Q. devrait être écarté, à condition que la clause d’arbitrage entre dans le domaine d’application de la loi, qu’elle ne soit pas nulle et que le litige soit arbitral selon la loi désignée par l’art. 3121 C.c.Q. » (Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 1 : *Théorie générale*, coll. « Traité de droit civil », Montréal, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 363.)

33. Gérald GOLDSTEIN, « Commentaire sur l’article 3138 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec* (DCQ), *La référence*, EYB2013DCQ1278, par. 570.

34. 2020 CSC 4.

leur consentement et cause de nombreuses atteintes environnementales nuisant à leurs activités et les empêchant de jouir de leur territoire. Ils sollicitent une injonction permanente contre les compagnies minières leur ordonnant de cesser les travaux liés au mégaprojet, des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire portant que le mégaprojet constitue une violation de leur titre ancestral et d'autres droits ancestraux reconnus par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les compagnies minières et le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador déposent chacun une requête en radiation de certaines parties de cette demande qui, selon eux, concernent des droits réels sur des terres situées à Terre-Neuve-et-Labrador et relèvent de la compétence des tribunaux de cette province. La Cour supérieure rejette les requêtes en radiation. Refusant de qualifier l'action de réelle, elle conclut à la compétence des tribunaux québécois. La Cour d'appel du Québec rejette l'appel de Terre-Neuve-et-Labrador.

Dans cet arrêt, le droit international privé se trouve au cœur d'une situation liée au fédéralisme canadien, à la souveraineté des provinces et au droit des autochtones. Outre les considérations liées à l'accès à la justice et aux notions de réconciliation et d'honneur de la Couronne, la question essentielle qui divise les juges de la Cour suprême est celle de la qualification de l'action au sens du droit international privé, pour déterminer si les autorités québécoises ont compétence en l'espèce³⁵. Jusque-là, aucun tribunal québécois n'avait eu à définir la nature d'une action fondée sur les droits garantis par l'article 35 pour l'application des règles de compétence du Livre dixième du *Code civil du Québec*. L'ensemble des juges reconnaît que les droits ancestraux sont de nature *sui generis*, des droits présentant des caractéristiques uniques n'entrant dans aucune catégorie reconnue. Ce ne sont ni des droits réels ni des droits personnels au sens du droit civil, ni même un amalgame de ces deux types de droits, mais des droits juridiquement distincts. Si les juges minoritaires le concèdent, ils estiment que cela n'empêche pas de les considérer comme des droits réels au sens du droit international privé. Pour eux, l'action doit être qualifiée à la lumière du droit québécois, mais avec souplesse de manière à pouvoir y inclure des institutions analogues. Les droits ancestraux confèrent un certain nombre de droits assimilables à des droits réels. Tant la

35. Pour la majorité : le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis avec l'accord des juges Gascon et Martin rejettent l'appel. Les juges dissidents : les juges Brown et Rowe, avec l'accord des juges Moldaver et Côté.

demande de jugement déclaratoire que l'injonction sollicitée et la demande de dommages-intérêts reposent sur la nature réelle du titre ancestral. Bien que le recours fondé sur l'article 976 C.c.Q. soit de nature personnelle et donc soumis aux paragraphes 1^o et 3^o du premier alinéa de l'article 3148 C.c.Q., ils estiment que tous les autres éléments de la demande relèvent de l'article 3152 C.c.Q. et que les autorités québécoises n'ont pas compétence relativement aux terres de la province de Terre-Neuve-et-Labrador³⁶. La majorité ne souscrit pas à cette analyse. Elle maintient que la nature *sui generis* des droits et titres ancestraux doit être résolument distinguée de ce qui relève du droit réel, même aux fins du droit international privé, et ne peut donc entrer dans le champ d'application de l'article 3152 C.c.Q. Elle conclut que l'action en cause est mixte mais non classique. Le fait que cette situation n'ait pas été envisagée par le Code civil n'empêcherait pas de la définir comme telle, en raison du caractère particulier des droits consacrés par l'article 35. Selon les juges majoritaires, une action mixte présente un aspect réel et personnel, deux volets sur lesquels le tribunal québécois doit avoir compétence pour pouvoir statuer sur l'affaire. Ils estiment que cette action suppose la reconnaissance d'un droit *sui generis* (en sollicitant un jugement déclaratoire reconnaissant un titre ancestral) et l'exécution d'obligations liées au non-respect de ce droit (en demandant des dommages-intérêts pour délit et troubles de voisinage). Pour la majorité, le tribunal québécois doit alors avoir compétence à la fois sur l'aspect *sui generis* et la dimension personnelle de la demande. Ils les soumettent respectivement à l'article 3134 et au paragraphe 1^o du premier alinéa de l'article 3148 C.c.Q. qui se fondent sur le même facteur de rattachement et confèrent compétence aux autorités québécoises en l'espèce, en raison du siège des défenderesses à Montréal.

L'originalité de cet arrêt est qu'il met en jeu le droit international privé face à des droits constitutionnels garantis sur un territoire chevauchant deux provinces canadiennes. Chacune d'elles étant un État au sens de l'article 3077 C.c.Q., l'enjeu préliminaire de la compétence juridictionnelle passe par la qualification de la nature de l'action, qui a profondément divisé la Cour suprême. Jusqu'ici,

36. Pour ces juges, la requête devrait être limitée, pour ce qui est de nature réelle, au territoire à l'intérieur de la province de Québec. Ils estiment que la demande de dommages-intérêts devrait être suspendue jusqu'à ce que les tribunaux de Terre-Neuve-et-Labrador se soient prononcés sur la reconnaissance de titres ancestraux en jeu sur leur territoire, proposant diverses pistes de solutions eu égard aux considérations d'accès à la justice.

seuls les tribunaux des autres provinces canadiennes avaient eu à s'interroger sur la qualification du droit ou du titre ancestral en se référant à la common law³⁷. Cet arrêt pose finalement cette question devant les juridictions québécoises, avec le défi d'appréhender ces concepts au regard du droit civil québécois. Les droits ancestraux peuvent être définis comme des droits ou intérêts fonciers sur des portions du territoire canadien, des droits non pas de propriété mais plutôt d'usage et d'occupation exclusifs, sur des terres dont la Couronne reste propriétaire. Ils ne peuvent être cédés (sauf à la Couronne fédérale) et présentent un caractère collectif. La Cour suprême a mis l'accent sur leur nature spécifique, qui ne peut être assimilée aux concepts traditionnels du droit de la propriété. Elle a ainsi émis des doutes sur la pertinence d'utiliser ces concepts pour les décrire, au risque d'en trahir le contenu³⁸. Face à une difficulté de qualification d'un droit ou d'une institution juridique en droit international privé, la notion de droit *sui generis* est parfois mise en avant³⁹. Même si elle met en relief la nature toute particulière d'un concept juridique, elle ne règle pas le problème de la qualification, nécessaire pour déterminer la règle de compétence ou de conflit pertinente et dont dépend toute l'analyse des questions posées⁴⁰. Cette étape conduit à rechercher dans le droit interne du for à quelle institution pourrait correspondre le concept étranger au regard de ses caractéristiques et enjeux, de manière à pouvoir le catégoriser. En vertu du deuxième alinéa de l'article 3078 C.c.Q., la loi étrangère peut être prise en compte, notamment lorsque le droit du for ignore cette institution juridique ou lui attribue une désignation ou un contenu distinct. La faille de cette solution est que le concept en

37. Sylvio NORMAND, « La qualification du titre ancestral des peuples autochtones au regard du droit civil », (2019) 53 *R.J.T.U.M.* 221, 226.

38. Pour ne citer que quelques exemples : *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44, par. 24-50; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Sparrow c. La Reine*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

39. Par exemple pour les droits sur titres intermédiés (aspect réel et personnel) (Gérald GOLDSTEIN, « Commentaire sur l'article 3108.7 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, *La référence*, EYB2011DCQ1202, par. 565) ou le PACS français (Sylvette GUILLEMARD, « Les points de rattachement en matière de régimes matrimoniaux et d'union », (2014) 1 *C.P. du N.* 233, 242-243).

40. Aussi de cet avis : Sylvette GUILLEMARD, « Commentaire sur la décision *Terre Neuve et Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) - L'art de la qualification et son importance en droit international privé* », *Repères*, avril 2020, *La référence*, EYB2020REP2967 et S. GUILLEMARD, préc., note 39.

question ne bénéficie parfois pas d'une qualification claire en vertu de la loi étrangère elle-même⁴¹. Cette démarche ne vise pas à dénaturer des concepts étrangers en les assimilant à des institutions du for auxquelles ils ne correspondent pas, mais à rechercher des analogies et à concilier des traditions juridiques distinctes pour solutionner un problème juridique⁴². Dans cet esprit, il convient d'établir si les revendications des demandeurs aux fins de protéger leurs droits ou titres ancestraux peuvent se qualifier d'action personnelle, réelle ou mixte, ce qui permettra de se tourner vers la règle de compétence appropriée.

Relativement à la **dimension personnelle** de l'action, la majorité suggère que le titre ancestral crée des obligations liées à l'honneur de la Couronne, ce qui peut se rapprocher d'un droit personnel. Elle explique aussi que la demande liée aux troubles de voisinage vise l'exécution de diverses obligations liées au non-respect de droits ancestraux et présente ainsi un aspect personnel soumis à l'article 3148 C.c.Q., l'incluant néanmoins dans une notion plus large d'action mixte. Pour les juges dissidents, la question du trouble de voisinage est bien de nature personnelle et ceux-ci concèdent la compétence des autorités québécoises sur ce point en vertu de l'article 3148, alinéa 1(1) et (3) C.c.Q.

Si les arguments militent davantage en faveur de la **qualification réelle**, l'article 3152 C.c.Q. a vocation à s'appliquer. Les autorités québécoises seraient alors compétentes seulement si le bien en litige est situé au Québec. Or, le terrain en question chevauche aussi le territoire d'une autre province. Comme le soulignent les juges dissidents, les tribunaux du Québec n'auraient donc pas compétence relativement aux revendications liées au territoire situé dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador, ce qui obligerait les demandeurs à intenter un recours dans ces deux juridictions pour les mêmes demandes, découlant pourtant de droits sauvegardés par la Constitution. Les arguments ne manquent pas pour établir une analogie entre les droits réels et les titres ancestraux, sans que la nature toute particulière de ceux-ci ne soit occultée ou niée. Pour se qualifier d'action réelle, l'action doit permettre d'exercer un droit réel au sens de nos conceptions civilistes, un droit portant sur un objet susceptible de soulever un rapport direct entre un bien et une per-

41. Comme ce fut le cas du patrimoine familial québécois. Citant le PACS français, voir S. GUILLEMARD, préc., note 39.

42. En ce sens, voir S. NORMAND, préc., note 37, p. 231-233.

sonne⁴³. L'auteur Sylvio Normand s'interrogeait justement sur la qualification du droit ou du titre ancestral au regard du droit civil québécois. Par un raisonnement très élaboré disséquant tous les aspects du titre ancestral et en faisant l'analogie avec les différentes caractéristiques possibles du droit réel en droit civil, il pose comme hypothèses que le titre ancestral peut être qualifié de droit réel innommé, soit de démembrement soit de modalité de la propriété. Pour lui, ces possibilités de qualification rendent inutile le recours à la notion de droit *sui generis*⁴⁴. Son analyse prône donc une qualification réelle, à l'instar de l'opinion des juges dissidents de la Cour suprême.

La demande peut aussi être appréhendée comme une **action mixte**. La section du Code civil relative aux actions réelles et mixtes se compose de trois articles. L'article 3152 C.c.Q. vise les actions réelles et celles qui concernent des actions mixtes spécifiques, l'article 3153 vise les actions en matière successorale et l'article 3154 celles en matière de régimes matrimoniaux ou d'union civile. Une action mixte ayant une dimension réelle et personnelle, les juges majoritaires sont partis du postulat que la compétence devait être établie pour chacun de ces aspects. Ils concluent à une action mixte « non classique », présentant un aspect *sui generis* et une dimension personnelle, qu'ils soumettent respectivement à l'article 3134 et au paragraphe 1^o du premier alinéa de l'article 3148 C.c.Q. Sans aller jusqu'à cette qualification, celle d'une simple action mixte aurait peut-être pu être envisagée puisque la dimension à la fois réelle et personnelle de cette demande a été observée, en raison des caractéristiques du titre ancestral, de son statut constitutionnel et des conclusions recherchées. Or, l'action mixte se caractérise justement par la demande de reconnaissance d'un droit réel et d'exécution d'une obligation. La majorité semble avoir concédé l'aspect personnel, mais a voulu écarter cet aspect réel pour éviter d'avoir recours à l'article 3152 C.c.Q., lui préférant la notion de droit *sui generis*. Quant à l'hypothèse suivant laquelle la compétence doit être établie pour chacun des volets, les articles 3153 et 3154 C.c.Q. ne vont pas dans ce sens puisque le législateur n'a pas exigé le cumul de conditions liées à une personne et à la situation de biens. Ce type d'action n'ayant pas été expressément prévu par le législa-

43. Gérald GOLDSTEIN, « Commentaire sur l'article 3152 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec* (DCQ), *La référence*, EYB2013DCQ1292. Voir aussi *Specter Aviation c. Laprade*, 2020 QCCS 4392.

44. S. NORMAND, préc., note 37, p. 230-238.

teur, l'article 3134 C.c.Q. peut justement entrer en jeu, sans qu'il soit nécessaire de le cumuler avec une autre règle de conflit⁴⁵. Le recours à cet article nous semble tout aussi pertinent, et ce, que l'action soit considérée comme étant mixte, mais non prévue au Code civil, ou qu'elle soit plutôt fondée sur un droit strictement *sui generis*. Cet article se veut justement une règle classique de compétence « naturelle » pour le défendeur domicilié au Québec, à des fins de bonne administration de la justice, et a bien une vocation subsidiaire puisqu'il ne s'applique qu'« en l'absence de disposition particulière » comme son libellé le prévoit, ce qui serait le cas dans ces deux hypothèses⁴⁶. En termes de résultat néanmoins, les conclusions des juges de la majorité permettent aux demandeurs de poursuivre leur action dans une seule juridiction.

2. Les effets du mariage et le régime matrimonial

Dans cette section, nous nous concentrerons, d'une part, sur un arrêt de la Cour d'appel ayant eu à qualifier le concept de distribution équitable puis, d'autre part, sur un jugement mettant en jeu l'article 2809, alinéa 2 C.c.Q.⁴⁷

-
45. La professeure Sylvette Guillemard écrivait en 2014 que la seule application de l'art. 3134 C.c.Q. aurait été suffisante et n'aurait pas eu d'incidence sur le résultat, estimant que « le plus haut tribunal du pays, par un raisonnement très contestable, a décidé de faire reposer la compétence du tribunal québécois à la fois sur cet article 3134 C.c.Q. et sur l'article 3148 C.c.Q., propre aux actions personnelles à caractère patrimonial » : S. GUILLEMARD, préc., note 39.
46. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, « Commentaire du ministre de la Justice sur l'article 3134 C.c.Q. », dans *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, *La référence*, EYB1993CM3135; Gérald GOLDSTEIN, « Commentaire sur l'article 3134 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), La référence*, EYB2013DCQ1274. Si l'objectif de la majorité était plutôt de scinder la demande selon les conclusions recherchées, il nous semble qu'il n'était alors pas nécessaire de les regrouper sous le vocable d'action mixte non classique.
47. Signalons aussi une décision relative à une demande de nullité de mariage pour vice de consentement : *Droit de la famille – 201947*, 2020 QCCS 4223. Se référant au droit interne, la Cour souligne que le consentement de monsieur peut avoir été vicié par l'erreur quant à l'intention conjugale de madame, mais juge la preuve insuffisante. Voir les art. 3088 al. 1, 3083, 380 et 1399 C.c.Q. et les art. 5, 6 et 7 de la *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4. Voir *Droit de la famille – 152227*, 2015 QCCA 1416; *Droit de la famille – 091179*, 2009 QCCA 993; *Droit de la famille – 191830*, 2019 QCCS 3767; *Droit de la famille – 16788*, 2016 QCCS 1527; *Droit de la famille – 151706*, 2015 QCCS 3210; *Droit de la famille – 153576*, 2015 QCCS 6574; *Droit de la famille – 1486*, 2014 QCCS 183; *Droit de la famille – 14995*, 2014 QCCS 1894; *M.N. c. B.G.V.*, 2005 CanLII 45363 (QC C.S.).

2.1 La qualification du concept de distribution équitable

En droit international privé, les effets du mariage et le régime matrimonial sont assujettis à des règles de conflits distinctes⁴⁸. La catégorisation d'une institution juridique peut être délicate dans ce contexte, comme ce fut le cas pour le patrimoine familial qui a finalement été qualifié d'effet du mariage⁴⁹. L'arrêt *Droit de la famille – 201114*⁵⁰ se penche sur une autre question. Prononçant le divorce des parties, le juge de première instance a appliqué les règles du patrimoine familial québécois à titre d'effets du mariage et le régime matrimonial légal new-yorkais⁵¹. L'article 5 de la *Domestic Relations Law*⁵² établit, à défaut de convention matrimoniale, un régime de distribution équitable à la discrétion du tribunal, que celui-ci a appliqué aux biens non visés par les règles du patrimoine familial. Pour l'appelante, ce concept de distribution équitable ne devrait pas être considéré comme relevant du régime matrimonial au sens de l'article 3123 C.c.Q., mais comme un effet du mariage soumis à l'article 3089 C.c.Q. Cet article de la loi new-yorkaise présente des similarités avec le *Matrimonial Property Act* de la Saskatchewan, qui a fait l'objet de l'arrêt *Palmer c. Mulligan*⁵³. La Cour d'appel avait reconnu que le pouvoir discrétionnaire conféré par une loi étrangère au tribunal dans la répartition des biens des époux n'entrave pas la qualification de cette loi à titre de régime matrimonial. Bien que rendu avant l'adoption de l'article 3089 C.c.Q., la Cour d'appel est d'avis que ce précédent est toujours d'actualité en ce qui concerne la qualification du pouvoir discrétionnaire accordé au juge. Elle valide

48. Art. 3089 et 3122-3124 C.c.Q.

49. Art. 3089 C.c.Q. (la loi du Québec doit être applicable). Art. 416 et s. C.c.Q. O. (H.) c. B. (C.), 2001 CanLII 19820 (QC C.A.); B.(G.) c. C.(C.), 2001 CanLII 20627 (QC C.A.); *Droit de la famille – 08538*, 2008 QCCS 901; *Droit de la famille – 09713*, 2009 QCCS 1417; *Droit de la famille – 13328*, 2013 QCCA 277; *Droit de la famille – 143480*, 2014 QCCS 6680; *Droit de la famille – 161738*, 2016 QCCS 3357; *Droit de la famille – 172244*, 2017 QCCA 1470; *Droit de la famille – 1983*, 2019 QCCA 12; R.S. c. P.R., 2019 CSC 49.

50. 2020 QCCA 1054. En première instance : *Droit de la famille – 19882*, 2019 QCCS 2008.

51. Le régime matrimonial est régi par la loi de New York (art. 3123 C.c.Q., pas de contrat de mariage et domicile à New York lors de l'union), et les effets du mariage par la loi québécoise (art. 3089 C.c.Q., domicile au Québec depuis 2013).

52. *Domestic Relations Law* (New York Consolidated Laws), § 236.

53. *Palmer c. Mulligan*, 1985 CanLII 2998 (QC C.A.).

la qualification du juge de première instance et l'application de ce régime aux biens exclus du patrimoine familial⁵⁴.

En common law, le concept de régime matrimonial n'existe pas comme tel mais traditionnellement, à défaut de convention matrimoniale, les biens des époux ne sont pas affectés par le mariage. Considérant toutefois le mariage comme un partenariat économique et social et pour rétablir un certain équilibre patrimonial lors de sa dissolution, la plupart des États de common law ont adopté des dispositions législatives de distribution équitable, accordant au juge le pouvoir discrétionnaire de procéder à un partage équitable des biens acquis ou détenus par les époux au cours du mariage. Confrontés à ces règles dans des contextes internationaux, les tribunaux québécois ont été amenés à les qualifier⁵⁵. La Cour d'appel se prononce en faveur de leur rattachement aux régimes matrimoniaux dans l'arrêt *Palmer c. Mulligan*⁵⁶, la notion de régime matrimonial incluant, aux fins du droit international privé, le pouvoir d'intervention judiciaire dans la répartition des biens des époux conféré par la loi de la Saskatchewan. Après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et malgré la distinction établie par le législateur entre les notions d'effets du mariage et de régime matrimonial, soumises respectivement à leur propre règle de conflit, la Cour supérieure réaffirme cette définition large du régime matrimonial dans *H. (J.S.) c. F. (B.B.)*⁵⁷. Elle appréhende ainsi le régime de partage institué par la loi de l'Indiana comme un régime matrimonial.

54. L'intervention du tribunal, l'absence de référence expresse à un régime matrimonial ou le parallèle qui pourrait être fait avec la prestation compensatoire, ne feraient pas de ce régime un effet du mariage et il serait inacceptable que des époux mariés sciemment sous ce régime puissent s'y soustraire au seul motif qu'ils se sont installés au Québec par la suite. En revanche, la Cour considère que le premier juge n'aurait pas dû partager les fonds détenus par une compagnie incorporée par l'appelante avant le mariage, étant un « separate property » aux termes de la loi new-yorkaise.

55. Harith AL-DABBAGH, « Régimes matrimoniaux », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 34, Montréal, LexisNexis Canada, 2017, n° 25-26; Jeffrey A. TALPIS, « La distribution équitable des biens des époux en droit international privé », dans *Liber amicorum : mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Paris, Defrénois, 2007, p. 279, 280-284.

56. Préc., note 53. Voir Jeffrey A. TALPIS et Gerald GOLDSTEIN, « Le droit international privé québécois des régimes matrimoniaux après l'affaire *Palmer c. Mulligan* », (1986) 89 *R. du N.* 34.

57. 2001 CanLII 25570 (QC C.S.). Dans la même veine : *B. (C.) v. O. (H.)*, 2001 CanLII 24750 (QC C.S.).

Parallèlement à cette qualification, le patrimoine familial a plutôt été classé comme un effet du mariage. La question de son application simultanée avec un régime matrimonial étranger s'est alors présentée devant les tribunaux, en raison de leurs rattachements distincts, pour des conjoints domiciliés à l'étranger lors de leur mariage, mais s'étant installés au Québec par la suite. Lorsque la loi matrimoniale étrangère comprend des mesures de distribution équitable, celles-ci sont susceptibles de se cumuler avec les règles québécoises régissant le patrimoine familial. Dans *H. (J.S.) c. F. (B.B.)*, la Cour a effectué le partage du patrimoine familial en vertu du droit québécois désigné par l'article 3089 C.c.Q., puis a usé de son pouvoir discrétionnaire pour procéder à celui du régime matrimonial sur les biens restants conformément à la loi de l'Indiana, applicable en vertu de l'article 3123 C.c.Q. Cette solution a été critiquée par la doctrine. Pour le professeur Talpis, tant la distribution équitable que le patrimoine familial devraient être régis par la loi applicable au régime matrimonial, en l'occurrence la loi de l'Indiana, à l'exclusion des règles québécoises sur le patrimoine familial⁵⁸ : prônant une qualification commune, il est plutôt en désaccord avec la qualification du patrimoine familial à laquelle a fini par adhérer la jurisprudence. Quoique d'un point de vue différent, le professeur Goldstein pointe aussi une incohérence en termes de qualification puisque le partage discrétionnaire en vertu de la loi matrimoniale et le patrimoine familial sont de même nature et devraient ainsi faire l'objet de la même qualification. Il constate également que la loi de l'Indiana n'est appliquée que partiellement puisqu'elle n'intervient que pour les biens non visés par les règles du patrimoine familial. Il aurait ainsi été préférable d'appliquer un régime de séparation selon la loi de l'Indiana en vertu de l'article 3123 C.c.Q. et le patrimoine familial en vertu de l'article 3089 C.c.Q. en écartant le pouvoir discrétionnaire accordé au juge par la loi de l'Indiana⁵⁹. En d'autres termes, le patrimoine familial québécois et le pouvoir de distribution équitable de common law devaient être considérés comme des effets du mariage au sens de l'article 3089 C.c.Q., de sorte que ces deux institutions n'auraient pas à être cumulées. Dans le même sens, le professeur Al-Dabbah considère que la solution adoptée par la Cour

58. J. A. TALPIS, préc., note 55, p. 303; Jeffrey A. TALPIS, « Matrimonial Regimes in Quebec Private International Law: Where are we now? », (2003) 63 R. du B. 181, 210-218.

59. Gérald GOLDSTEIN, « Commentaire sur l'article 3123 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec* (DCQ), La référence, EYB2011DCQ1214, par. 565.

empiète sur le régime matrimonial étranger et présente une incohérence en termes de qualification⁶⁰.

Les auteurs se rejoignent donc sur cette idée de nature commune du patrimoine familial et de la distribution équitable de common law qui, effectivement, visent tous deux à garantir ou à préserver un certain équilibre patrimonial lors de la dissolution du mariage. Le juge Brossard de la Cour d'appel⁶¹ a d'ailleurs souligné que la loi de la Saskatchewan en cause dans l'arrêt *Palmer* était « d'une nature correspondante » au patrimoine familial. En dépit de cette constatation et des observations critiques de la doctrine, la Cour d'appel suit la tendance jurisprudentielle amorcée par l'arrêt *Palmer* et maintenue par la Cour supérieure même après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Elle n'est en effet pas convaincue que les mesures de distribution équitable puissent être assimilées à des effets du mariage et ne considère pas que le système de common law instaure la séparation de biens à titre de régime matrimonial légal⁶². Elle consacre ainsi ces mesures comme s'intégrant à la notion de régime matrimonial et la possibilité de les cumuler avec les règles du patrimoine familial, avec le dépeçage particulier que cela implique, le pouvoir discrétionnaire de partage n'affectant pas les biens inclus dans le patrimoine familial.

2.2 L'application par défaut de la loi québécoise en matière de régimes matrimoniaux

Lorsque le droit étranger n'a pas été allégué ou que sa teneur n'a pas été établie, le deuxième alinéa de l'article 2809, C.c.Q. prévoit que le tribunal applique le droit en vigueur au Québec. Permettant de pallier l'absence de preuve du droit étranger et d'éviter les frais et la complexité liés à son établissement, ce recours subsidiaire au droit interne québécois est fréquent⁶³, particulièrement en matière de régimes matrimoniaux. Ce fut d'ailleurs le cas en 2020 et

60. H. AL-DABBAGH, préc., note 55, n° 27; Harith AL-DABBAGH, « Mariage et effets du mariage », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, 2017, n° 39.

61. *O. (H.) c. B. (C.)*, 2001 CanLII 19820 (QC C.A.), par. 72.

62. Voir J. A. TALPIS, préc., note 58, p. 207.

63. En 2020, l'art. 2809 al. 2 C.c.Q. a été appliqué dans divers contextes : voir notamment *Watermark Limited c. Luminarie Canada inc.*, 2020 QCCS 3073 et *D.D. c. Dakeva*, 2020 QCCS 1714.

le régime légal de la société d'acquêts a été appliqué par défaut⁶⁴. La décision dans *Droit de la famille – 201872*⁶⁵ a retenu notre attention. Les parties s'étaient mariées au « pays A » et avaient opté pour le régime matrimonial légal de ce pays, la séparation de biens. Leur choix était indiqué dans leur acte de mariage, ainsi que dans un contrat de mariage. Leur premier domicile commun est au Québec, Madame qui vivait au « pays A » y ayant rejoint Monsieur après leur mariage. Dans un acte d'hypothèque signé par les parties au Québec, elles ont déclaré être mariées selon la loi du « pays A » et régies par le régime de la séparation de biens. La preuve de cette loi n'a pas été apportée et la Cour supérieure a eu recours à l'article 2809 C.c.Q. Compte tenu du choix des parties, elle a décidé d'appliquer le régime de séparation de biens du droit québécois et non pas le régime légal de la société d'acquêts.

En matière de régimes matrimoniaux conventionnels, l'article 3122 C.c.Q. prévoit que la loi applicable est déterminée par les règles générales applicables au fond des actes juridiques, faisant ainsi référence à l'article 3111 C.c.Q. qui permet la désignation expresse ou implicite de la loi applicable. L'expression consacrée à l'article 3122 C.c.Q. est plus large que la notion de contrat de mariage, le concept de régime matrimonial conventionnel permettant d'inclure les actes de mariage étrangers contenant le choix du régime matrimonial des parties. Une telle désignation dans l'acte de mariage doit alors être perçue comme un choix de loi applicable au régime et du régime matrimonial lui-même⁶⁶. Dans *Droit de la famille – 1269*⁶⁷, l'acte de mariage des parties mariées à l'île Maurice contenait leur choix d'être régies par les dispositions de l'ordonnance mauricienne de 1949 et la Cour supérieure a respecté ce choix. Dans notre affaire, non seulement le choix des parties est

64. Art. 3122-3124 C.c.Q. *Droit de la famille – 20776*, 2020 QCCA 775; *Droit de la famille – 201074*, 2020 QCCS 2480; *Droit de la famille – 20438*, 2020 QCCS 985; *Droit de la famille – 2048*, 2020 QCCS 113; *Droit de la famille – 20912*, 2020 QCCS 2126; *Droit de la famille – 201579*, 2020 QCCS 3429.

65. 2020 QCCS 4073.

66. Ce peut être le cas dans certains pays comme en Italie, à Monaco, au Mexique, au Sénégal, au Mali, en Tunisie et en Turquie : H. AL-DABBAGH, préc., note 55, par. 10. (Sur la question des actes de mariage religieux, voir aussi par. 13-13.2; Jeffrey A. TALPIS, *L'accommodement raisonnable en droit international privé québécois*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 34; Gérald GOLDSTEIN, « Commentaire sur l'article 3122 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec* (DCQ), *La référence*, EYB2011DCQ1217, par. 560.)

67. [1989] R.D.F. 569 (C.S.).

inséré dans l'acte de mariage, mais il l'est aussi dans un contrat de mariage. La Cour reconnaît alors le choix effectué par les parties. Néanmoins, la preuve de la loi étrangère n'a pas été apportée et le deuxième alinéa de l'article 2809 C.c.Q. conduit à l'application du droit interne québécois. Cette situation se distingue de celle où les parties sont mariées sous un régime matrimonial légal étranger à défaut d'avoir procédé à un choix. Ici, au lieu d'appliquer la société d'acquêts québécoise, ce qui aurait eu pour effet d'écarter la volonté des parties, la Cour décide de recourir au régime de séparation de biens du droit québécois, à défaut de pouvoir appliquer celui du « pays A ». En effet, si le choix des parties est valide au regard des règles de droit international privé pertinentes, le régime matrimonial à appliquer subsidiairement pourrait être celui qui correspond le mieux en droit québécois à celui pour lequel les conjoints ont opté en vertu d'une législation étrangère⁶⁸. Une telle approche se fonde sur la place essentielle de l'autonomie de la volonté dans cette sphère du droit international privé. La Cour d'appel avait procédé ainsi dans *O. (H.) c. B. (C.)*⁶⁹, pour des époux mariés sous le régime anglais de la séparation de biens alors que la teneur de la loi anglaise n'avait pas été prouvée, la différence étant que les époux n'avaient pas passé de convention matrimoniale. Le professeur Talpis souligne toutefois que l'admission du régime de séparation de biens en droit anglais était erronée. Il met en garde sur le fait que le droit étranger n'est pas simplement un fait à prouver, mais plutôt un mélange de faits et de droit et soutient que l'admission du droit étranger par des parties ne devrait pas constituer une preuve de la loi étrangère⁷⁰. Cette constatation devrait inviter à la prudence lorsque l'analogie est faite entre un régime étranger et un régime québécois en l'absence de toute preuve de ce droit étranger pour conforter cette équivalence.

Dans la décision *Droit de la famille – 1365*⁷¹, les parties ayant opté pour la séparation de biens dans leur contrat de mariage en Suisse, n'ont pas souhaité faire la preuve de la loi suisse et ont demandé l'application de la séparation de biens du Québec en vertu de l'article 2809 C.c.Q. Néanmoins, d'autres jugements ne vont pas dans ce sens, appliquant la société d'acquêts du Québec lorsque la teneur de la loi étrangère n'a pas été établie, dans un cas où les

68. Cette solution est préconisée par H. AL-DABBAGH, préc., note 55, par. 10.

69. Préc., note 61.

70. J. A. TALPIS, préc., note 58, 208-209.

71. 2013 QCCS 122.

parties avaient opté dans leur contrat de mariage pour le régime congolais de la communauté de biens⁷², et dans un autre où l'acte de mariage tunisien mentionnait le régime de séparation de biens. Dans ce second cas, la demande d'autorisation d'appel a été rejetée : pour la Cour d'appel, ce n'est pas l'absence de contrat de mariage qui a motivé la décision du premier juge, mais l'absence de preuve de la loi tunisienne⁷³. Dans notre affaire, la mention du régime dans l'acte de mariage était aussi présente dans un contrat de mariage. La Cour supérieure a estimé que l'absence de preuve de la loi étrangère ne justifiait pas d'écarter le choix des époux, se plaçant plutôt dans la lignée de l'arrêt *O. (H.) c. B. (C.)* et du respect de la volonté des parties. Soulignons qu'en cas de doute sur le régime matrimonial étranger en cause et sur l'approche à adopter dans un tel cas, l'article 2809 C.c.Q. n'exige pas un recours systématique au droit en vigueur au Québec. Si le droit étranger a été allégué, le tribunal peut demander que la preuve en soit faite par un témoignage d'expert ou la production d'un certificat de jurisconsulte.

3. Les successions internationales

Sujet d'importance qui se fait rare en jurisprudence, l'année 2020 nous livre plusieurs causes intéressantes sur le vaste thème des successions internationales.

3.1 La compétence juridictionnelle en matière successorale

L'affaire *Digiulian c. Ann-Greene (Succession de Digiulian)*⁷⁴ met en jeu la question de la compétence des tribunaux québécois en matière successorale. Les demandeurs, petits-enfants de la défunte, allèguent notamment l'invalidité de tous ses testaments, l'inaptitude de la défunte et la captation par l'une de ses filles dont ils veulent établir l'indignité successorale. Trois actes ont été signés en 2013, un testament concernant les propriétés canadiennes et italiennes de la défunte, un second pour ses propriétés américaines et un acte de fiducie, *Revocable Living Trust*. Un autre testament a été signé en 2015 et qui concerne ses biens meubles et immeubles au Canada. Lors de son décès en 2017, le seul actif au Canada est sa

72. *Droit de la famille – 17462*, 2017 QCCS 925, par. 277-283. Voir H. AL-DAB-BAGH, préc., note 55, par. 10.

73. *Droit de la famille – 171216*, 2017 QCCS 2343, par. 43-45; *Droit de la famille – 172114*, 2017 QCCA 1370.

74. *Digiulian c. Ann-Greene (Succession de Digiulian)*, 2020 QCCS 4349.

part indivise dans un immeuble au Québec, détenu avec le père des demandeurs décédé en 2014. Appliquant l'article 3153 C.c.Q., la Cour supérieure conclut que les conditions mentionnées à l'alinéa 1 ne sont pas remplies⁷⁵, mais que l'alinéa 2 lui permet de statuer sur la dévolution et la transmission de biens successoraux au Québec. Elle ne peut donc se prononcer sur l'ensemble du litige, mais seulement sur les éléments liés à la part indivise de l'immeuble au Québec. Cela implique de tenir compte du testament de 2013 et de celui de 2015 liés aux biens au Québec (incluant la capacité de tester de la défunte pour ces actes et son dossier médical pour la période à examiner), mais exclut les actes de 2013 relatifs aux propriétés aux États-Unis et au *Revocable Living Trust*. La Cour note également qu'un testament olographe de 2012 pourrait être pris en compte si les deux testaments relatifs au bien au Québec devaient être annulés. Les arguments liés au comportement des défenderesses doivent aussi être examinés, mais uniquement en lien avec ce bien. Les demandeurs soutiennent que le fait de scinder ainsi l'action engendre des frais additionnels et crée un risque de jugements contradictoires s'ils devaient aussi saisir un tribunal américain. La Cour rétorque que le seul rattachement pertinent est la présence d'un bien au Québec et de testaments liés à ce bien, mais que tous les autres éléments se situent aux États-Unis et semblent relever exclusivement de la juridiction américaine.

Nous souscrivons à cette argumentation au regard de l'article 3153 C.c.Q. Aucun critère de l'alinéa 1 n'étant rempli, les deux actes de 2013, que la Cour ne veut pas considérer, n'ont pas à être s'ils n'ont pas de vocation résiduaire susceptible d'avoir une incidence sur la succession du bien immobilier au Québec et sont strictement limités à des biens définis, non situés au Québec. Les inconvénients mis en avant par les demandeurs sont inévitables en matière de scission successorale, système consacré par les règles de conflit adoptées par les États américains et les provinces canadiennes, qui peuvent être atténuées, voire éliminées, par la *professio juris* instaurée au Québec. Sous réserve des exceptions prévues aux articles 3136 et 3138 à 3140 C.c.Q., les juridictions québécoises ne peuvent s'arroger une compétence qui ne leur est pas octroyée par les règles de droit international privé applicables. En l'espèce, elles ne peuvent se prononcer que sur les éléments liés à la dévolution et à la trans-

75. La succession s'est ouverte aux États-Unis, la défunte y étant domiciliée lors de son décès, toutes les parties résident aux États-Unis et la défunte n'aurait pas choisi le droit québécois pour régir sa succession.

mission de la part indivise dans l'immeuble situé au Québec, en appliquant les lois compétentes⁷⁶. Dans l'arrêt *Taylor c. Chiassi*, la Cour d'appel s'était également penchée sur le deuxième alinéa de l'article 3153 C.c.Q. et avait conclu que les juridictions québécoises n'avaient pas compétence puisque la succession ne comportait aucun bien au Québec même s'il en était question dans le testament⁷⁷.

3.2 La vérification de testaments étrangers

Des requêtes en vérification de testaments étrangers signés en Ontario ont été déposées en 2020 devant la Cour supérieure. Les originaux étaient détenus par des avocats, ayant la fonction de *notary public* en Ontario. Dans l'affaire *Succession de Abdel-Sayed*⁷⁸, il s'agissait d'un testament olographe signé en 2010 et, dans les décisions *Succession de Tremblay* et *Succession de Boulianne*⁷⁹, de testaments devant témoins signés en 1984. Toutes ces successions comprennent des biens au Québec. Les notifications ont été dûment effectuées. La Cour supérieure a accepté des copies certifiées conformes délivrées par les officiers publics ontariens, qui peuvent être déposées au greffe de la Cour supérieure pour tenir lieu d'original. Elles permettent à la Cour de vérifier les testaments et de délivrer des copies certifiées conformes aux intéressés⁸⁰. Elle applique dans chaque cas le droit civil québécois pour constater la validité formelle du testament. Dans le cas des testaments datant de 1984, elle se fonde sur la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* et observe que la forme du testament est valide suivant le *Code civil du Bas-Canada*⁸¹. Elle précise, en *obiter*, que c'est aussi le cas selon la loi ontarienne, conformément à l'article 3109 C.c.Q.

76. Ainsi, la loi successorale applicable est celle du Québec (sauf *professio juris* valide : art. 3098 C.c.Q.), la validité formelle des testaments est régie par l'art. 3109 C.c.Q. et l'aptitude de la testatrice par l'art. 3083 C.c.Q.

77. 2018 QCCA 1067 (voir Stéphanie GHOZLAN, « Revue de la jurisprudence 2018 en droit international privé », (2019) 121 R. du N. 146-147 et 176-177). Sur le sujet, voir notamment *Godin (Succession de)*, 2012 QCCS 3806; *Québec (Cura-teur public) c. O.P.*, 2012 QCCS 4262; *Beaupré c. Beaupré*, 2008 QCCS 5999; *Schaetzle-Wallis (Estate of) (Re)*, 2007 QCCS 2863; *Juljulian c. Juljulian*, 2007 QCCS 4588.

78. 2020 QCCS 3753.

79. *Succession de Tremblay*, 2020 QCCS 1828, et *Succession de Boulianne*, 2020 QCCS 1829.

80. Art. 2822, 2824, 2860 et 3130 C.c.Q.

81. Elle s'appuie sur les art. 7, 37 et 40 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57 (voir aussi l'art. 44) et sur les art. 851 et s. C.c.B.-C.

Ces successions comprenant des biens au Québec, les tribunaux québécois sont compétents en vertu de l'article 3153 C.c.Q. La procédure en vérification de testament permet d'établir sa validité formelle et de produire des copies après dépôt au greffe du tribunal. Dans le cas d'un testament fait à l'étranger, il se peut que l'acte ne soit soumis à aucune procédure d'homologation suivant le droit local et il ne sera pas nécessaire de le faire vérifier au Québec, la copie certifiée conforme du testament faisant preuve de son contenu comme le prévoient les articles 2822 et 2824 C.c.Q. Si, en revanche, il doit faire l'objet d'une telle procédure, le jugement peut être obtenu dans cet État; mais si le testament n'a pas encore été vérifié, il peut l'être au Québec. Il ne s'agit pas alors de se tourner vers la règle de conflit de l'article 3098 C.c.Q., mais vers l'article 3109 C.c.Q. régissant la forme des actes juridiques⁸². Pour ceux signés en 1984, il convient de se référer à l'article 7 C.c.B.-C. Ces deux articles assujettissent la validité de l'acte à la loi du lieu où il est passé, l'article 3109 C.c.Q. ajoutant d'autres possibilités de rattachement. Ainsi, même si la Cour a fondé son raisonnement sur le droit interne québécois et, dans le cas des actes de 1984, précisé en *obiter* la validité formelle de chacun de ces testaments en vertu de la loi ontarienne, c'est cette dernière qui est applicable par principe⁸³. Ce n'est pas la première fois que les tribunaux examinent un testament étranger sous l'angle du droit interne québécois dans le cadre d'une telle procédure⁸⁴. La loi du Québec peut s'appliquer à un testament fait à l'étranger si elle coïncide avec l'un des rattachements alternatifs prévus au deuxième ou au troisième alinéa de l'article 3109 C.c.Q., ceux-ci ayant été institués pour favoriser la validité formelle de l'acte, en référence à l'arrêt *Ross c. Ross*⁸⁵.

82. Sur la reconnaissance d'un testament étranger : Gérald GOLDSTEIN, « Successions internationales », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 22, Montréal, LexisNexis Canada, 2016, par. 36, 61-63; Gérald GOLDSTEIN, « Commentaire sur l'article 3109 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec* (DCQ), *La référence*, EYB2011DCQ1204; Édith VÉZINA, « Casse-tête notarial sur le plan international : Le mandat de protection et les successions », (2010) 1 *C.P. du N.* 121, par. 3.2; Jeffrey A. TALPIS, « Cauchemars rencontrés dans la liquidation d'une succession internationale », (2005) 1 *C.P. du N.* 371, exemple 9.

83. Voir art. 3-4, 7 et 43 (disposition transitoire) de la *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, ch. S.26. Sur la question de la capacité, voir art. 3083 C.c.Q.

84. Par exemple : *Succession de St-Cyr*, 2019 QCCS 5085; *Buck (Succession de)*, 2010 QCCS 370.

85. *Ross c. Ross*, (1895-96) 25 R.C.S. 307; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, « Commentaire du ministre de la Justice sur l'article 3109 C.c.Q. », dans *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1993CM3110.

3.3 Le partage du patrimoine familial, la qualification du droit de survie et la prescription

Dans l'arrêt *Succession de Gold*⁸⁶, la Cour d'appel s'est prononcée sur la prescription d'un recours en matière successorale, lié à une demande de partage de patrimoine familial et à la qualification du droit de survie des Bahamas en droit international privé. Abraham Gold et Harriet Ressler (ci-après « AG » et « HR »), ayant chacun des enfants issus de précédentes unions, se marient en 1982 aux Bahamas où ils résident. En 1991, ils déménagent en Floride et y achètent un appartement en copropriété. En 1992, ils transfèrent la propriété de cet immeuble à une société des Bahamas dont ils détiennent conjointement les actions. Ils s'installent à Montréal en 2001 et créent en 2002 une fiducie, R & G Trust, dont ils sont les seuls bénéficiaires jusqu'à la date du décès du dernier survivant d'entre eux. Les biens devront alors être ultimement distribués aux enfants de AG. Cette fiducie fait l'acquisition d'un appartement en copropriété à Westmount qui a servi de résidence au couple. L'appartement en copropriété de Floride est leur résidence secondaire en hiver. Au décès de HR en mars 2006, AG fait annuler les certificats d'actions détenus conjointement dans la société des Bahamas et en fait émettre de nouveaux à son seul nom. Malgré l'existence d'un testament dont l'appelant, le fils de HR, a été informé (il dit en avoir lui-même informé AG), la succession de HR a été liquidée suivant les règles de dévolution légale. Les héritiers ont donc été AG, l'appelant et les enfants de sa sœur décédée. L'appelant a été désigné comme l'unique liquidateur. Les actifs, soit les espèces d'un compte bancaire, ont été répartis entre les héritiers. AG est décédé en août 2013 et ses légataires sont ses enfants et petits-enfants. Le fiduciaire de R & G Trust a présenté une requête en jugement déclaratoire pour distribuer les actifs de cette fiducie aux bénéficiaires légitimes, la propriété de Westmount ayant été vendue. L'appelant, personnellement et en sa qualité de liquidateur, conteste cette requête. Il fait valoir que la succession de HR détient des droits dans la succession de AG, soit la moitié de la valeur du patrimoine familial accumulé au cours du mariage, dont le produit de vente des propriétés de Floride et de Westmount. Le juge de première instance a conclu que les réclamations de l'appelant étaient prescrites depuis 2009, l'appelant n'ayant pas démontré son impossibilité d'agir⁸⁷. En appel, la Cour doit déterminer si le juge de

86. 2020 QCCA 23. En première instance : *R & G Trust v. Gold*, 2018 QCCS 208.

87. Il aurait choisi de ne pas agir parce qu'il bénéficiait des largesses de AG et comptait sur un important legs de sa part.

première instance a commis une erreur manifeste et dominante à cet égard et établir si la succession de HR avait droit à la moitié du produit de la vente de l'appartement en copropriété de Floride, cette interrogation nécessitant la qualification du droit de survie aux fins du droit international privé.

Concernant la demande de **partage du patrimoine familial**, l'appelant prétend qu'il était dans l'impossibilité d'agir plus tôt en raison de son ignorance de cette institution légale et des actifs faisant partie de ce patrimoine. La Cour d'appel rappelle que l'exercice de ce droit est soumis à la période générale de prescription de trois ans applicable à tous les droits personnels, le délai commençant à courir le jour où le droit d'action prend naissance, à moins d'être confronté à une impossibilité d'agir suivant l'article 2904 C.c.Q.⁸⁸. Si l'ignorance des faits pertinents à l'origine du recours peut constituer une telle impossibilité lorsque l'intéressé a agi avec diligence, il n'en est pas de même pour l'ignorance de la loi ou le fait de s'abstenir d'agir volontairement. L'appelant s'était retiré de son propre patrimoine familial par acte notarié en 1990 et connaissait l'existence des deux résidences. En tant que liquidateur, il lui incombait de procéder à l'inventaire de la succession, de percevoir les sommes dues et de payer les dettes successorales, ce qu'il n'a pas fait, allant jusqu'à cacher l'existence du testament. Pour la Cour d'appel, l'appelant n'était pas dans l'impossibilité d'agir et le recours pour le partage du patrimoine familial est bien prescrit.

À la lecture du raisonnement de la Cour d'appel, il apparaît que ce premier moyen d'appel a fait directement l'objet d'une analyse suivant le droit interne. Les règles du patrimoine familial ont bien vocation à s'appliquer, conformément à l'article 3089 C.c.Q. Le droit au partage qui s'est ouvert au décès de HR est transmissible à sa succession, elle-même soumise à la loi québécoise en ce qui concerne les biens mobiliers⁸⁹. L'article 3131 C.c.Q. prévoit par ailleurs que la prescription est régie par la loi applicable au fond du litige. L'analyse de la prescription éventuelle du recours devait donc bien se fonder sur le droit interne. La règle générale de l'article 2925 C.c.Q. fixe le délai de prescription à trois ans. L'appelant n'ayant pas établi son impossibilité d'agir, la Cour a dû conclure que

88. Art. 2925, 2880 al. 2 et 2904 C.c.Q.

89. Art. 416, 3078 et 3098 C.c.Q. Voir *Lamarque c. Olé-Widholm*, 2002 CanLII 37315 (QC C.A.); *Banque nationale du Canada c. Sciascia-Trapani*, 2002 CanLII 39948 (QC C.A.); *Simard c. Beaulieu*, 2002 CanLII 19944 (QC C.S.).

le recours était prescrit en considérant le deuxième alinéa de l'article 2880 et les articles 2904 et 776 C.c.Q. Cette impossibilité ne peut se fonder sur l'ignorance d'un droit ou sur une inaction volontaire; elle doit résulter d'une incapacité d'agir, physique ou psychologique, ou liée à l'ignorance d'éléments nécessaires pour agir⁹⁰. L'article 2907 C.c.Q., qui énonce que la prescription ne court pas contre l'héritier à l'égard des créances qu'il a contre la succession⁹¹, ne peut intervenir, car il ne s'agit pas d'une créance contre la succession mais plutôt d'une créance de la succession elle-même. Les faits révèlent que l'appelant, du fait de ses agissements, de sa fonction de liquidateur et de ses connaissances relatives au patrimoine familial, ne peut prétendre avoir été diligent à cet égard.

Sur la question de l'appartement en copropriété de Floride, l'appelant soutient que la succession de sa mère a droit à la moitié en valeur de ce bien, détenu par la société des Bahamas dont les époux étaient actionnaires. L'intimé affirme que ces actions, soumises à un droit de survie reconnu par la common law et applicable aux Bahamas, revenaient automatiquement à AG au décès de HR. La Cour d'appel conclut que le droit de survie n'est pas applicable et que la moitié des actions appartiendrait à la succession de HR, mais qu'une fois encore, ce recours est prescrit. Cet élément ne remet pas en cause la conclusion du premier juge. Selon la preuve d'expert, la loi des Bahamas prévoit qu'au décès d'un copropriétaire de biens personnels comme les actions en litige, la propriété passe de plein droit au copropriétaire survivant, sans tomber dans la succession du défunt. Suivant l'article 3078 C.c.Q., la qualification du droit de survie doit se faire en vertu des principes du droit québécois. La Cour d'appel note que la doctrine et les quelques cas de jurisprudence recensés favorisent la qualification successorale puisque le droit de survie prévoit la dévolution de biens au décès. S'appuyant

90. Comme l'identité de l'auteur d'une faute ou la nature du préjudice subi. Par exemple : *Pellerin Savitz LLP v. Guindon*, 2017 CSC 29; *S.C. c. Archevêque catholique romain de Québec*, [2010] 2 R.C.S. 694; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3; *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries*, 1981 CanLII 28 (C.S.C.). Dans le cadre de successions, voir *Paré c. Paré (Succession de)*, 2014 QCCA 1138; *F.B. c. Therrien (Succession de)*, 2014 QCCA 854; *Giesbrecht c. Succession de Nadeau*, 2018 QCCS 3411; *Duma c. Wong*, 2009 QCCS 532; *K.P. c. F.S.*, 2012 QCCQ 2091.

91. *Holand c. Succession de Holand*, 2018 QCCQ 389; *Gauthier c. Gauthier*, 2016 QCCS 2333; *Bergeron (Succession de)*, 2015 QCCS 2354; *Woo c. Woo*, 2012 QCCS 4195; *Filion c. Filion (Succession de)*, 2010 QCCQ 6254; *Garneau (Succession de) c. Dion*, 2006 QCCS 5901; *G. (D.) c. G. (J.P.) (Succession de)*, 2002 CanLII 35942 (QC C.S.); *Durocher c. Vanier*, 2002 CanLII 12541 (QC C.Q.).

sur l'arrêt *Pouliot c. Cloutier*⁹² de la Cour suprême, elle y voit une autorité lui permettant de qualifier ce droit de survie comme relevant du droit des successions. En vertu de l'article 3098 C.c.Q., les actions de HR devaient revenir à ses héritiers suivant le droit successoral québécois, et non à AG par application du droit de survie des Bahamas. Or, l'appropriation des actions par AG, de bonne foi et au nom de ce droit de survie qu'il pensait applicable juste après le décès de HR en 2006, fait en sorte qu'il était un possesseur de bonne foi et a acquis la propriété des actions par le mécanisme de la prescription acquisitive⁹³. Ce transfert a aussi déclenché le délai général de prescription extinctive de trois ans en vertu de l'article 2925 C.c.Q.⁹⁴. L'appelant n'ayant pu établir son impossibilité d'agir, le recours est prescrit et l'appel rejeté.

Dans cet arrêt, la détermination de la loi applicable revêt toute son importance puisqu'en vertu de la loi des Bahamas, la moitié indivise des actions de la société revient directement à AG, tandis que suivant la loi québécoise, elle entre dans la succession et doit être dévolue suivant les règles successorales applicables. Le droit québécois prohibe les pactes sur successions futures et ce qui s'apparente à une donation à cause de mort faite en dehors d'un contrat de mariage ou d'un testament⁹⁵. Le droit de survie et autres institutions permettant de transférer la propriété de droits ou biens du défunt à une ou plusieurs personnes autrement que par succession, aussi appelées méthodes alternatives de transmission des biens au décès⁹⁶, ne bénéficient pas d'une règle de conflit spécifique. Ces systèmes permettent de soustraire les biens concernés du patrimoine successoral et d'éviter l'application des règles successorales, tout en réduisant l'actif de la succession et l'imposition correspondante ainsi que les délais et coûts de la liquidation et de l'homologation (*probate*). En droit international privé québécois, la doctrine et plusieurs décisions jurisprudentielles prônent une qualification

92. *Pouliot et al. v. Cloutier*, [1944] S.C.R. 284. La Cour suprême a qualifié de loi successorale la loi du New Hampshire qui attribuait au conjoint survivant un tiers des biens du défunt, quel que soit le contenu du testament.

93. Art. 2805 et 2919 C.c.Q. Voir *Greenberg v. Gruber*, 2004 CanLII 14882 (QC C.A.). L'art. 626 C.c.Q. n'a pas d'incidence puisque ce recours est celui de la succession de HR, le statut des héritiers n'est pas en cause.

94. *Nesteruk (Succession de) v. Nesteruk-Fulkerson*, 2008 QCCS 4586, conf. par 2009 QCCA 2236.

95. Art. 703-704, 706, 613 al. 2, 631, 1808, 1819, 1839-1841 C.c.Q.

96. Jeffrey A. TALPIS, « La transmission des biens au décès autrement que par succession en droit international privé québécois », (2009) 1 *C.P. du N.* 211. Sur l'acquisition *in joint tenancy*, voir *Pecore c. Pecore*, [2007] 1 R.C.S. 795.

successorale et soumettent l'opposabilité de ces méthodes à la loi successorale⁹⁷. Elles ne sont donc pas invalides dans l'absolu, mais leur sort dépend de la loi successorale compétente. Dans le cas du droit de survie de la loi des Bahamas, cette qualification s'impose puisqu'il entraîne un transfert de propriété au décès à une personne en particulier en dehors de la succession. En vertu de l'article 3098 C.c.Q., le droit successoral québécois régit la dévolution des actions, qui ne reviennent pas directement à AG⁹⁸. L'article 3131 C.c.Q. soumet la prescription à la loi applicable au fond du litige, soit au droit du Québec. À partir du moment où AG s'est approprié les actions par application du droit de survie, le délai de prescription acquisitive de trois ans s'est enclenché suivant les articles 2919, 2880 et 2805 C.c.Q. Le délai de prescription extinctive est le même et l'impossibilité d'agir de l'appelant n'a pas été établie, conformément aux articles 2925 et 2904 C.c.Q.

3.4 La professio juris et le Joint Tenancy with Right of Survivorship

L'affaire *Larouche c. Coudé*⁹⁹ soulève d'autres interrogations. Décédé en juin 2019, M. Larouche laisse un testament dans lequel il nomme ses enfants liquidateurs et lègue notamment deux biens immobiliers situés en Floride à titre particulier à son épouse, la défenderesse. Peu avant le décès, des transferts importants auraient été effectués à partir de deux comptes du défunt en faveur de la défenderesse. Les liquidateurs ont introduit une demande de restitution et requis une déclaration d'indignité de la défenderesse en octobre. Ils apprennent ensuite qu'elle a mis en vente les deux immeubles de Floride. Ses procureurs les informent que ces immeubles étaient détenus par les époux en copropriété indivise, en *joint tenancy with right of survivorship* et qu'ils ne font donc pas partie de la succession. La part de propriété du défunt dans ces biens a d'ail-

97. Voir notamment J. A. TALPIS, préc., note 96; Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2 : *Règles spécifiques*, coll. « Traité de droit civil », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 969 et 979; É. VÉZINA, préc., note 82, p. 151 et s.; *Trust Général du Canada c. Monfette*, C.S. Québec, n° 200-05-007886-75, 23 novembre 1977; *Moisan c. Morency*, [1983] C.S. 481; *Drolet c. Trust général du Canada*, 1989 CanLII 571 (Q.C. A.); *Gauthier c. Gauthier*, 2016 QCCS 2333; *Reichman v. Kadar*, 2014 QCCA 1180.

98. La Cour rejette la pertinence de l'art. 3108.2 C.c.Q., qui traite des droits et obligations de l'émetteur de titre et non des revendications concurrentes de propriété des actions. En l'espèce, les agissements de AG ne sont pas liés à un transfert ordinaire mais au décès de HR.

99. 2020 QCCS 3069.

leurs été transférée à la défenderesse en octobre 2019. La maison a été vendue le 30 mars 2020. Les demandeurs requièrent ainsi qu'une ordonnance de sauvegarde soit rendue afin que le produit de la vente de ces biens soit déposé en fiducie. Insistant sur le caractère exceptionnel et discrétionnaire d'une telle ordonnance, la Cour énonce les critères à satisfaire¹⁰⁰. Les liquidateurs plaident que le droit québécois s'applique aux immeubles en Floride en vertu du deuxième alinéa de l'article 3098 C.c.Q., puisque M. Larouche a désigné les lois du Québec pour l'interprétation de son testament. Ils soutiennent avoir la saisine des biens du défunt et avancent que la défenderesse ne pouvait pas vendre les immeubles en question. Celle-ci réplique que même si le testament prévoit l'application du droit québécois, cela est sans effet à l'égard des immeubles en Floride en raison du deuxième alinéa de l'article 3099 C.c.Q. Par l'effet du *joint tenancy with right of survivorship*, le droit de propriété du défunt serait dévolu automatiquement au copropriétaire survivant, en dehors de la succession et donc de la saisine des liquidateurs. Sur la question de l'apparence de droit, la Cour supérieure indique qu'il « semble fort possible » que la loi de la Floride soit applicable, supposant que ce type d'acquisition puisse « vraisemblablement se qualifier [de] régime particulier » de l'État de la Floride au sens de l'article 3099 C.c.Q., ce qui ferait sérieusement douter que la saisine des liquidateurs s'étende à ces immeubles. La Cour conclut qu'il n'est pas assez clair que le droit québécois soit applicable pour justifier qu'une ordonnance de sauvegarde soit rendue, car la désignation serait susceptible d'être privée d'effet en vertu de l'article 3099 C.c.Q. L'apparence de droit ne peut se fonder sur l'indignité invoquée puisque cette question nécessite d'examiner la preuve sur le fond. L'inquiétude des liquidateurs relativement à leur responsabilité ne serait pas justifiée, ces immeubles ayant été légués à titre particulier à la défenderesse. Estimant que les critères requis ne sont pas satisfaits, la Cour rejette la demande d'ordonnance de sauvegarde.

Bien que ce jugement ne se prononce que sur la question de l'ordonnance de sauvegarde et n'ait pas vocation à régler le litige quant au fond, les commentaires de la Cour nécessitent certaines observations. En matière de successions internationales, l'article

100. Les demandeurs doivent établir que la situation est urgente, que la question à débattre est sérieuse ou revêt une apparence de droit suffisante, qu'ils s'exposent à un préjudice sérieux ou irréparable si l'ordonnance n'est pas émise et que la prépondérance des inconvénients la favorise.

3098 C.c.Q. détermine la loi applicable, sur la base d'une règle de conflit scissionniste. Les liquidateurs invoquent que le testament de leur père comprend une *professio juris* en faveur de la loi québécoise, option qui lui était permise en vertu du deuxième alinéa de l'article 3098 C.c.Q. Le jugement mentionne que les lois du Québec ont été désignées « pour l'interprétation de son testament ». Une telle désignation serait-elle suffisante pour constituer une *professio juris* aux termes du deuxième alinéa de l'article 3098 C.c.Q., c'est-à-dire un véritable choix de la loi québécoise pour régir non pas l'interprétation du testament, mais l'ensemble de la succession ? La question se pose de savoir si cet alinéa permet les désignations implicites, et donc des références au droit québécois ou au *Code civil du Québec* peuvent suffire à écarter le droit objectivement applicable aux termes de l'article 3098 C.c.Q. Dans la décision *Martel-Rozan c. Chiasson*¹⁰¹, la Cour supérieure a dû se pencher sur un testament notarié qui comprenait des références au *Code civil du Québec* mais pas de *professio juris* explicite. La Cour s'est demandé si ces allusions ne démontraient pas l'intention de la testatrice de soumettre sa succession au droit québécois. La doctrine soutient, notamment eu égard à la différence entre le libellé du deuxième alinéa de l'article 3098 d'une part et des articles 3107 et 3111 d'autre part, que la désignation doit être expresse pour écarter la règle de conflit objective¹⁰². En d'autres termes, si ce testament ne comporte qu'une désignation tacite, ce qui semble être le cas, ce choix est sans effet et les biens immobiliers situés en Floride sont assujettis au droit local en vertu de l'article 3098 C.c.Q. Le jugement ne reproduisant pas le

101. 2005 CanLII 26787 (QC C.S.). Voir aussi *Juljulian c. Juljulian*, 2007 QCCS 4588.

102. À la différence de l'art. 22(2) du *Règlement UE n° 650/2012 sur les successions internationales* du 4 juillet 2012 (« Règlement européen ») par exemple. Stéphanie GHOZLAN, *La professio juris comme instrument de planification successorale internationale – Droit québécois et comparé*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, p. 296-299; Jeffrey TALPIS, « Managing and preventing private international law disputes in matters of successions, trusts, and matrimonial regimes », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, *Développements récents en successions et fiducies*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2020DEV2827; Jeffrey TALPIS, « La liquidation et la planification d'une succession internationale en droit québécois à la lumière du nouveau Règlement européen sur les successions », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en successions et fiducies*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2016DEV2316; Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, par. 513; J. A. TALPIS, préc., note 82, exemples 10 et 12; Martine LACHANCE, « Quand le droit international privé se mêle de nos successions », (2001) 2 *C.P. du N.* 249, 267.

libellé de cette désignation, il est malgré tout délicat de se positionner avec certitude sur la suffisance et la validité de la clause au regard du deuxième alinéa de l'article 3098 C.c.Q.

Pour poursuivre le raisonnement, supposons que cette désignation ait été valablement effectuée. Afin de produire ses effets, elle doit respecter les deux alinéas de l'article 3099 C.c.Q. Comme le plaide la défenderesse, la Cour semble penser que le *joint tenancy with right of survivorship* peut constituer un régime particulier auquel la loi désignée ne peut porter atteinte en vertu de l'alinéa 2. Ces régimes ont été définis comme des règles de droit interne attribuant des biens en particulier à des personnes précises, organisant de manière impérative leur sort, indépendamment des autres biens de la succession. Les règles successorales ont généralement une coloration économique, familiale ou sociale, mais celles établissant des régimes successoraux particuliers doivent revêtir un caractère exceptionnel et refléter une politique importante de l'État dans l'un de ces domaines, compte tenu des intérêts primordiaux qu'elles mettent en jeu. Ce ne sont donc pas toutes les règles impératives qui se qualifient à ce titre, mais seulement celles qui répondent à un besoin intéressant la collectivité, nécessitant ainsi une interprétation restrictive. Le professeur Talpis a dégagé trois types de régimes successoraux particuliers¹⁰³. La première catégorie concerne les règles établissant une dévolution spéciale en raison de l'origine du bien : c'est le cas de la succession anormale, les biens donnés au défunt de son vivant peuvent être soumis à un droit de retour successoral légal. La deuxième catégorie vise les régimes établis en considération de la nature de certains biens comme les exploitations agricoles, commerciales, artisanales, industrielles ou libérales, pour favoriser leur transmission à des personnes qui y sont actives. La dernière catégorie a trait à l'utilisation commune du bien par le défunt et une autre personne, comme les *homestead rights* qui accordent au conjoint survivant un *life interest* sur le logement et certaines attributions préférentielles de l'habitation du défunt. L'acquisition en *joint tenancy with right of survivorship* ne fait donc pas partie des régimes successoraux particuliers protégés par

103. Jeffrey A. TALPIS, « La planification successorale dans le nouveau droit international privé québécois », (1995) 97 *R. du N.* 251; Jeffrey A. TALPIS, « The Hague Convention of the Hague Conference on the Law applicable to Succession to the Estate of Deceased Persons », (1991) *Meredith Memorial Lectures* 257, 23-24; S. GHOZLAN, préc., note 102, p. 154-155 et 157-167 (voir art. 15 de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980* et art. 30 du Règlement européen).

4.1 Des cas d'application de la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants

La *Convention de La Haye du 25 octobre 1980* (« Convention »), reprise au Québec par une loi provinciale (« Loi »), vise à garantir le retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement, dans l'État de sa résidence habituelle où les juridictions locales pourront se prononcer sur les droits de garde et d'accès, sous réserve des exceptions qui exigent une application restrictive¹⁰⁹. En 2020, le principe de retour a parfois été mis en application sans qu'une exception ne soit soulevée. Dans *Droit de la famille – 20265*¹¹⁰, la Cour ordonne le retour de l'enfant au Québec et dénonce un cas grave d'aliénation parentale qui justifie d'accorder la garde à Monsieur¹¹¹. L'enlèvement ayant eu lieu en janvier 2016, il est surprenant que la mère n'ait pas soulevé que l'enfant s'était intégré dans son nouveau milieu ou cherché à démontrer que le père avait acquiescé au déplacement de l'enfant puisqu'il n'a pas tenté d'obtenir son retour plus tôt¹¹². La Cour ne dévoile pas de détails particuliers pour illustrer ce qu'elle a appréhendé comme un « cas grave d'aliénation parentale », hormis sa constatation des manœuvres de la mère pour priver l'enfant de son père et effacer tout souvenir de lui. Dans des contextes d'enlèvements internationaux, les tribunaux constatent parfois des situations d'aliénation parentale, décrivant une attitude particulièrement malsaine et manipulatrice, compromettant gravement l'équilibre et la santé de l'enfant et nécessitant d'agir en urgence¹¹³.

Si un délai de plus d'un an s'est écoulé entre le déplacement ou le non-retour considéré illicite et l'introduction de la demande devant le tribunal, celui-ci est tenu d'ordonner le retour immédiat, à

(...suite)

la famille – 20376, 2020 QCCS 881; *Droit de la famille – 20759*, 2020 QCCS 1837. Pour des situations particulières où les tribunaux ont dû se positionner au regard de la réalité de l'enfant : *Droit de la famille – 20558*, 2020 QCCS 1248 et *Droit de la famille – 20591*, 2020 QCCS 1283.

109. Art. 1-5 de la Convention, ainsi que 1 et s. et 41 de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, préc., note 1.

110. 2020 QCCS 644. Voir aussi *Droit de la famille – 201044*, 2020 QCCS 2403.

111. Les tribunaux ne se prononcent en principe pas sur la garde dans le cadre d'une demande d'ordonnance de retour, mais la Cour avait compétence en l'espèce pour le faire : art. 3142 et 3093 C.c.Q.

112. Art. 20 al. 2 et 21(1) de la Loi. Voir aussi *Droit de la famille – 192603*, 2019 QCCS 5487.

113. *Droit de la famille – 192613*, 2019 QCCS 5512; *Droit de la famille – 171063*, 2017 QCCS 2075; *Droit de la famille – 102375*, 2010 QCCS 4390; *Droit de la famille – 083474*, 2008 QCCS 6455.

moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu. Cette défense d'intégration a été plaidée dans *Droit de la famille – 20244*¹¹⁴. L'enfant vit au Québec avec son père depuis juin 2017 et est entièrement fonctionnelle dans toutes les sphères de sa vie, sur le plan de sa maîtrise du français et de l'anglais, de son adaptation à l'école, avec ses amis et son entourage familial. Elle ajoute elle-même qu'elle serait déchirée si elle devait quitter cette famille. Le tribunal ne voit ainsi pas ce qu'il faudrait de plus pour conclure à son intégration¹¹⁵. La Cour se demande si elle a malgré tout la discrétion d'ordonner le retour. L'article 18 de la Convention précisant que les « dispositions de ce chapitre ne limitent pas le pouvoir de l'autorité judiciaire ou administrative d'ordonner le retour de l'enfant à tout moment », certains tribunaux étrangers pensent déterminer une telle discrétion. La loi adoptée au Québec ne reproduit pas cet article. La Cour d'appel du Québec en a déduit que les tribunaux québécois ne possèdent pas cette discrétion et qu'une preuve d'intégration conforme au deuxième alinéa de l'article 20 de la Loi fait obstacle au retour¹¹⁶. En l'espèce, la Cour précise que même si elle disposait de cette discrétion, elle n'en aurait pas usé pour ne pas déraciner l'enfant et vider de son sens le deuxième alinéa de l'article 20. La jurisprudence révèle que les tribunaux se montrent réticents à l'idée de prononcer le retour lorsque la Loi leur permet de ne pas le faire. Ainsi, la Cour supérieure a déjà reconnu sa discrétion dans le cadre de l'article 21 de la Loi qui énonce qu'elle « peut » refuser d'ordonner le retour dans certains cas, mais a tout de même refusé de l'ordonner¹¹⁷. Pour le deuxième alinéa de l'article 20, cette question ne découle pas de son libellé mais de l'article 18 de la Convention, ce que confirme le rapport explicatif¹¹⁸. La Cour d'appel, dans *Droit de*

114. 2020 QCCS 577. Voir art. 12 de la Convention et art. 20 al. 2 de la Loi.

115. Cette notion se distingue de l'adaptation et nécessite de pondérer tous les critères pertinents sur les aspects humains, familiaux, sociaux, scolaires, linguistiques, culturels, la sécurité et la stabilité matérielle, psychologique et émotive, ainsi que le temps passé dans le nouvel environnement au regard des circonstances. Cette intégration a été établie dans *Droit de la famille – 182267*, 2018 QCCA 1791; *Droit de la famille – 111933*, 2011 QCCS 3385; *Droit de la famille – 112477*, 2011 QCCS 4266; *Droit de la famille – 08728*, 2008 QCCS 1272; *D. P. v. J. T.*, 2004 CanLII 48018 (QC C.S.); *M. B. G. A. c. R. V. M.*, 2004 CanLII 20544 (QC C.A.); *R.(J.) c. Q.(A.)*, 2002 CanLII 21861 (QC C.S.); *Droit de la famille – 2785*, 1997 CanLII 10219 (QC C.A.).

116. *Droit de la famille – 2785*, préc., note 115.

117. *Droit de la famille – 173002*, 2017 QCCS 5768; *Droit de la famille – 163158*, 2016 QCCS 6366.

118. Elisa PÉREZ-VERA, « Rapport explicatif », dans *Conférence de la Haye de droit international privé, Bureau permanent de la Conférence, Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, t. III, *Enlèvement d'enfants*, La Haye, 1981, n° 112.

la famille – 2785¹¹⁹, a estimé que la défense d'intégration devait prévaloir et que sa conclusion aurait été la même si la Loi avait reproduit l'article 18. Dans d'autres décisions ultérieures¹²⁰, les tribunaux ont reconnu cette discrétion, mais ont refusé d'ordonner le retour en raison de la preuve d'intégration des enfants. La nécessité d'interpréter restrictivement les exceptions au principe de retour a sans cesse été réaffirmée, pour ne pas vider la Convention de son essence. Lorsqu'elles sont établies, l'on peut présumer que le refus d'ordonner le retour se justifie du point de vue de l'intérêt de l'enfant, même si celui-ci n'est pas appréhendé de la même façon qu'en matière de garde. En l'espèce, il apparaît naturel qu'un retour ne soit pas ordonné lorsqu'une véritable preuve d'intégration s'inscrivant dans le temps a été apportée, puisqu'un retour aurait pour effet de perturber l'équilibre et l'évolution positive de l'enfant, en le déracinant d'un milieu auquel il s'est habitué et attaché, dans un contexte où le parent réclamant le retour a laissé passer trop de temps avant d'engager des démarches.

La Cour supérieure peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant dans d'autres cas¹²¹, y compris lorsqu'il existe un risque grave que le retour ne l'expose à un danger physique ou psychique ou, de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable¹²². Cette exception est rarement admise par les tribunaux, comme l'illustre la jurisprudence de 2020¹²³. Dans *Droit de la famille – 20637* et *Droit de la famille – 20778*¹²⁴, les mères font état de la violence du père et du danger qu'il représente pour leur enfant. Dans le premier cas, le père est sujet à la violence physique et verbale et à la consommation d'alcool. La Cour a pu constater son

119. Préc., note 115.

120. *Kubera v. Kubera*, 2010 BCCA 118, et *Droit de la famille – 18961*, 2018 QCCS 1869, par. 53-71.

121. Comme les art. 21(1) de la Loi et 13(1)(a) de la Convention. Sur l'exercice du droit de garde, voir art. 2(1) de la Loi et en 2020 : *Droit de la famille – 20244*, 2020 QCCS 577, et *Droit de la famille – 20637*, 2020 QCCS 1457. Sur l'acceptation, voir pour 2020 *Droit de la famille – 20637*, 2020 QCCS 1457, et *Droit de la famille – 20244*, 2020 QCCS 577.

122. Art. 21(2) de la Loi et 13(1)(b) de la Convention.

123. *Droit de la famille – 20244*, 2020 QCCS 577. Cas où le tribunal a admis l'exception : *Droit de la famille – 18961*, 2018 QCCS 1869; *Droit de la famille – 163158*, 2016 QCCS 6366; *Droit de la famille – 131963*, 2013 QCCA 1248; *Droit de la famille – 131963*, 2013 QCCA 1248; *Droit de la famille – 111062*, 2011 QCCA 729; *K. (A.) v. F. (E.)*, 2001 CanLII 25508 (QC C.S.); *P. (N.) v. P. (A.)*, 1998 CanLII 9569 (QC C.S.).

124. *Droit de la famille – 20637*, 2020 QCCS 1457, et *Droit de la famille – 20778*, 2020 QCCS 1839.

impulsivité et son comportement irresponsable et dangereux avec l'enfant de moins de deux ans, l'intervention de la police ayant déjà été nécessaire. Dans le second cas, la preuve fait état de la violence physique et psychologique du père, la mère le soupçonnant même d'abus sexuels et le père ayant reconnu certains faits. Dans les deux cas pourtant, la Cour décide d'ordonner le retour, considérant que les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant, en l'occurrence la Suisse et la France, sont tout à fait en mesure d'assurer la sécurité de l'enfant et de sa mère, et qu'en conséquence, le retour de l'enfant ne le placerait pas dans une situation intolérable. Ces décisions montrent une fois de plus qu'un risque de danger pour l'enfant lui-même peut ne pas suffire pour éviter son retour, si des mesures de protection appropriées peuvent être prises dans l'État de sa résidence habituelle¹²⁵.

4.2 Le déplacement d'un enfant au Québec en provenance d'un État non désigné

Une autre affaire pose la question d'une demande de retour d'un enfant se trouvant au Québec, lorsque l'État étranger impliqué n'est pas sujet à l'application de la Loi. Dans *Droit de la famille – 20949*¹²⁶, les parties se sont mariées en Tunisie en décembre 2016, alors que Madame y a son domicile et que Monsieur vit aux États-Unis. Elles restent deux mois au Canada pour le travail de Monsieur puis s'installent aux États-Unis. Leur enfant naît en 2017 et la famille revient en Tunisie en septembre 2018. Dès le mois de novembre, le père retourne aux États-Unis pour son travail et ne se rend en Tunisie qu'à quelques reprises. Il y introduit une demande divorce en avril 2019. Le tribunal tunisien attribue la garde de l'enfant à la mère et des droits de visite au père. En août 2019, la mère se rend au Canada avec l'enfant et demande le statut de réfugiée. L'enfant a la nationalité canadienne par son père. Celui-ci allègue que ce déplacement est illégal et réclame le retour de l'enfant en Tunisie. La Cour supérieure fait droit à ses arguments. En appel¹²⁷, le jugement initial est infirmé et l'ordonnance de retour est annulée. La Cour d'appel concède que la Convention et la Loi ne

125. *Droit de la famille – 163439*, 2016 QCCS 6806; *Droit de la famille – 141610*, 2014 QCCS 3144; *Droit de la famille – 133094*, 2013 QCCS 5527; *Droit de la famille – 081767*, 2008 QCCS 3562; *Droit de la famille – 082563*, 2008 QCCS 4762.

126. 2020 QCCS 2203.

127. *Droit de la famille – 201682*, 2020 QCCA 1477 (voir aussi *Droit de la famille – 201035*, 2020 QCCA 967).

s'appliquent pas et que le domicile de l'enfant doit être déterminé au regard du *Code civil du Québec*. Elle n'est cependant pas convaincue par les conclusions du premier juge à cet égard. Elle observe notamment que l'enfant a passé la majeure partie de sa vie aux États-Unis et que le père est rarement présent en Tunisie. Elle insiste sur le fait qu'un tribunal tunisien a confié la garde à la mère et qu'aucune ordonnance ne lui interdit de quitter le pays. Il a été allégué que ce jugement fait l'objet d'un appel, mais aucun élément de preuve n'atteste que la question de la garde soit en jeu. Pour la Cour, le père a toujours concédé la garde de son fils à la mère, mais il souhaite l'empêcher d'exercer le droit de fixer le domicile de l'enfant en exigeant son retour en Tunisie alors qu'il n'y réside pas lui-même. Le retour de l'enfant force la mère à choisir entre abandonner ses projets au Canada pour l'accompagner ou rester au Québec le temps que son statut de réfugié soit déterminé en ne sachant pas qui s'occupera de lui en Tunisie. La Cour d'appel estime que le déplacement de l'enfant était licite puisque la mère en avait la garde et pouvait choisir d'établir son lieu de résidence au Québec. Elle conclut que la Cour supérieure a compétence pour statuer sur les modalités de la garde et des droits d'accès. Elle ajoute qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il reste au Canada avec sa mère, compte tenu des circonstances.

Cette décision pose la question du cadre légal dans une situation de déplacement d'enfant prétendu illicite, non assujettie à la Loi. Il en est ainsi des déplacements interprovinciaux au Canada et de ceux liés à un État étranger non désigné en vertu de l'article 41 de la Loi, comme la Tunisie¹²⁸. Comme le soulignent ici le premier juge et la Cour d'appel, il convient de se référer au *Code civil du Québec*, qui ne prévoit pas de mécanisme de retour semblable à celui de la Loi. Dans leurs raisonnements, ils s'opposent toutefois sur la licéité du déplacement et la détermination du domicile de l'enfant et par conséquent sur la compétence des autorités québécoises en vertu de l'article 3142 C.c.Q. Au nom de l'intérêt de l'enfant, le juge de première instance conclut que son retour doit être ordonné tandis que la Cour d'appel prône le contraire.

Il est tout d'abord nécessaire d'établir le domicile de l'enfant, au regard de l'article 80 C.c.Q. En l'espèce, le père vit essentiellement aux États-Unis, ne se rendant que rarement en Tunisie. La mère

128. Voir en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/espace-professionnel/juristes/enlevement-denfants-par-un-parent/liste-des-etats-designes/>>.

était domiciliée en Tunisie jusqu'à son mariage. Après avoir vécu quelque temps au Canada et aux États-Unis avec le père, elle revient en Tunisie avec l'enfant en septembre 2018, jusqu'à ce qu'elle décide de s'établir au Québec avec lui. Elle y réside depuis août 2019, mais son avenir au Canada est encore incertain puisqu'elle attend l'issue de sa demande de statut de réfugié. Il est par ailleurs reconnu qu'un déplacement illicite de l'enfant ne peut servir d'assise à un changement de domicile. Bien que le parent gardien ait le droit de modifier son domicile, ce changement ne peut en principe résulter d'une décision unilatérale sans l'accord de l'autre parent gardien ou l'autorisation du tribunal¹²⁹. En l'espèce, le départ de la mère a eu lieu à l'insu du père et sans autorisation spécifique d'un tribunal tunisien. Pour la Cour d'appel, le déplacement n'est pas illicite pour autant¹³⁰. Bien que la Loi ne soit pas applicable, elle peut éclairer sur la définition de cette notion. Un déplacement est illicite s'il viole un droit de garde exercé de façon effective ou s'il se produit alors qu'une instance en cours vise à déterminer ou modifier le droit de garde et risque d'empêcher l'exécution de la décision qui doit être rendue. Le droit de garde comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, en particulier celui de décider de son lieu de résidence, et se détermine selon la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant¹³¹. Aucun certificat de jurisconsulte n'est mentionné pour faire état du droit tunisien à cet égard. Par ailleurs, l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*¹³² rappelle la distinction claire entre ce droit de garde et le simple droit de visite. En l'espèce, Madame détient la garde exclusive en vertu d'un jugement tunisien, aucune ordonnance ne l'empêchant de quitter le territoire. Bien que le dossier ait été porté en appel, rien n'indique que la garde soit en jeu et Monsieur ne l'a jamais réclamée. La Cour en conclut qu'elle a été confiée à la mère et que le déplacement de l'enfant n'était en conséquence pas illégal. Sous cet angle, le changement de domicile de l'enfant est envisageable. La jurisprudence a établi que l'absence de statut d'immigrant ou l'irrégularité d'un statut selon les lois sur l'immigration n'empêche pas d'établir un domicile au Québec au sens du Code civil¹³³. Les articles 77 et 78 C.c.Q. édictent d'ailleurs des présomp-

129. Art. 76 et 80 C.c.Q. *Supra*, note 108. Voir aussi *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27.

130. Voir par. 13 du jugement et *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551.

131. Art. 2(1), 3 et 4 de la Loi. Au Canada, il est admis que la notion de garde, en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), comprend le droit de choisir le lieu de résidence de l'enfant : *Gordon c. Goertz*, préc., note 129.

132. [1996] 2 R.C.S. 108.

133. *Adoption – 152*, 2015 QCCA 348, par. 54-55.

tions facilitant la détermination du domicile et de la résidence. Ainsi, la Cour d'appel reconnaît que la mère a établi sa résidence au Québec, sans se fonder sur la notion d'intention. Son argumentation révèle aussi qu'elle considère la réalité de l'enfant pour se prononcer, observant qu'il a vécu plus de temps aux États-Unis qu'en Tunisie et que sa mère a toujours été la figure dominante dans sa vie. Né en 2017 aux États-Unis, il a ensuite résidé en Tunisie de septembre 2018 à août 2019 et vit au Québec depuis. Les faits révèlent qu'il n'a pas d'attaches particulières avec la Tunisie et la Cour ajoute qu'il s'intègre bien au Québec et fréquente la garderie. Elle conclut en situant son domicile au Québec. Cette pondération de l'ensemble des circonstances et cette appréciation de la réalité de l'enfant nous semblent refléter la tendance jurisprudentielle au Québec¹³⁴.

Les jugements abordant la notion de retour lorsque la Loi est inapplicable montrent que la préoccupation de l'intérêt de l'enfant, au sens de l'article 33 C.c.Q., est fondamentale et repose sur l'examen des circonstances¹³⁵, à la différence d'une situation où la Loi s'applique et présume que l'intérêt de l'enfant est d'être retourné

134. Voir notamment *Droit de la famille – 17622*, 2017 QCCA 529; *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16; Gérald GOLDSTEIN, « Analyse comparative de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection des mineurs », (2005) 65 *R. du B.* 219; S. GHOZLAN, préc., note 77, p. 151-153.

135. Ce questionnement implique un constat d'enlèvement. Dans *Droit de la famille – 1535*, 2015 QCCS 106 (voir *Droit de la famille – 15329*, 2015 QCCA 382), la Cour avait compétence en vertu de l'art. 3146 C.c.Q. et a refusé d'ordonner le retour (il mettrait en péril la mère et l'enfant et la législation locale ne donnerait pas priorité à l'intérêt de l'enfant). Il a été souligné que l'absence de compétence sur la garde a comme corollaire le retour de l'enfant qui, sans être automatique, doit nécessairement être considéré. Dans *Droit de la famille – 123998*, 2012 QCCS 7107, et 2012 QCCA 1503, la Cour se fonde sur l'art. 3140 C.c.Q. pour ordonner le retour de l'enfant (voir aussi *O. A. K. N., Re*, 2004 CanLII 24601 (QC C.Q.)). Dans *Droit de la famille – 3451*, 1999 CanLII 13453 (QC C.A.), et *Droit de la famille – 143123*, 2014 QCCS 6007, les tribunaux ont refusé de l'ordonner car il était dans l'intérêt de l'enfant de rester au Québec jusqu'à ce que le tribunal étranger compétent statue sur la garde. Dans *Droit de la famille – 131294*, 2013 QCCA 883, la Cour d'appel a estimé que le retour en Algérie pouvait être ordonné en vertu des art. 3138 et 3140 C.c.Q. et a renvoyé l'affaire en Cour supérieure pour que la question soit examinée dans l'intérêt des enfants et pour assurer leur protection. La mère et ses enfants étant en attente d'une décision sur leur demande d'asile, la Cour soutient que ce facteur est à considérer même s'il ne doit pas être déterminant et que le retour ne devrait pas priver les enfants de leur mère, leur figure parentale dominante. Les enfants n'avaient pas vu leur père depuis leur arrivée au Québec, celui-ci vivant en Algérie.

dans l'État de sa résidence habituelle. En l'espèce, la question du retour ne se pose plus dès lors que la Cour d'appel affirme que le domicile de l'enfant est au Québec et que l'article 3142 C.c.Q. confère compétence aux autorités québécoises. Même si elle avait conclu différemment à cet égard, nous pensons qu'il lui aurait été possible de fonder sa compétence sur les articles 3138 et 3140 C.c.Q. La Cour d'appel réfute aussi l'idée qu'un retour puisse être dans l'intérêt de l'enfant. Cette observation se justifie au regard des circonstances et aurait été tout aussi pertinente si la Cour avait conclu à un enlèvement. L'enfant n'a pas de réelles attaches avec la Tunisie où il a vécu peu de temps, son père n'y réside pas, sa famille maternelle qui y vit n'est pas favorable à ce que sa mère en ait la garde, sa figure d'attachement est sa mère et l'on ne sait pas qui s'occuperait de lui s'il était renvoyé en Tunisie, il est bien intégré dans son milieu au Québec et possède déjà la citoyenneté canadienne¹³⁶.

CONCLUSION

Très riche, la jurisprudence examinée a livré de nombreuses réflexions sur divers sujets¹³⁷. En matière de compétence juridictionnelle, la notion de for de nécessité a été admise dans une affaire. Également, l'article 3147 C.c.Q. a été mis en application dans le cadre d'une action en reconnaissance de paternité et les tribunaux ont dû se prononcer dans des situations de confrontation de règles de compétence, notamment celle de l'article 3138 C.c.Q. face à une clause d'élection de for valide en vertu du paragraphe 2^o du premier

136. Le retour ne serait pas non plus dans l'intérêt des parents. Celui de la mère mettrait en péril sa demande de réfugiée (cet élément ne peut empêcher le retour de l'enfant lorsque la Loi est applicable : *Droit de la famille – 1815*, 2018 QCCS 31; *Droit de la famille – 082563*, 2008 QCCS 4762; R.F. c. M.G., 2002 CanLII 41087 (QC C.A.)). Le père résidant aux États-Unis, il a intérêt à faire valoir ses droits d'accès eu égard à ce changement mais cela ne nécessite pas que l'enfant doive être renvoyé en Tunisie. Il exerce d'ailleurs sans difficulté ses droits d'accès supervisés.

137. Voir aussi notamment *Nseir c. Barrick Gold Corporation*, 2020 QCCA 1307; *SNC-Lavalin inc. (Terratech inc. et SNC-Lavalin Environnement inc.) c. Deguise*, 2020 QCCA 495; *Zurich Insurance Company Ltd. c. Volvo Group North America*, 2020 QCCS 483; *Groupe SNC-Lavalin inc. c. Siegrist*, 2020 QCCA 1004; *Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania c. A*, 2020 QCCA 1701; *Benamor c. Air Canada*, 2020 QCCA 1597; *Partner Reinsurance Company Ltd. c. Optimum Réassurance inc.*, 2020 QCCA 490; *Micron Technology Inc. c. Hazan*, 2020 QCCA 1104; *Geotility Systems Corporation c. Manisy inc.*, 2020 QCCA 1708; *Høegh Autoliners c. Option consommateurs*, 2020 QCCA 1548.

alinéa de l'article 3148 C.c.Q. Cette dernière question devrait prochainement faire l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel. Des décisions, rendues pour certaines par la Cour d'appel et la Cour suprême, ont statué sur un enjeu parfois délicat, mais déterminant, en matière de compétence et de loi applicable. Les tribunaux ont ainsi dû se prêter à l'exercice de la qualification d'une action ou d'un concept juridique, qu'il s'agisse de droits ancestraux protégés par la Constitution, ou de notions de common law telles que la distribution équitable, le droit de survie, le *joint tenancy* ou la clause d'*attornment*, certains de leurs raisonnements illustrant la complexité et l'incertitude que peut receler cette étape et les controverses susceptibles d'en résulter. Une question intéressante au regard de l'autonomie de la volonté s'est aussi présentée dans le cadre du deuxième alinéa de l'article 2809 C.c.Q. en matière de régime matrimonial. Sujet d'importance pour la pratique notariale mais peu présent dans la jurisprudence, l'année 2020 a permis l'étude de plusieurs situations liées aux successions internationales, en matière de compétence, de vérification de testaments étrangers, de partage du patrimoine familial, de droit de survie, de prescription et même de *professio juris*. Concernant les enlèvements internationaux enfin, les tribunaux se sont notamment interrogés sur leur discrétion et sur la question du retour pouvant représenter un danger pour l'enfant dans le cadre de la Loi, ainsi que sur une situation particulière où celle-ci ne pouvait s'appliquer, mais dans laquelle la détermination du domicile de l'enfant et de la licéité de son déplacement revêtait une importance primordiale.