

L'INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE DE LA NOTION D'ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ À L'ÈRE DU CYBERESPACE ET SES RÉPERCUSSIONS SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Van Anh Ly

Volume 123, Number 3, 2021–2022

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1095686ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1095686ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ly, V. A. (2021). L'INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE DE LA NOTION D'ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ À L'ÈRE DU CYBERESPACE ET SES RÉPERCUSSIONS SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. *Revue du notariat*, 123(3), 781–805.
<https://doi.org/10.7202/1095686ar>

L'INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE DE LA NOTION D'ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ À L'ÈRE DU CYBERESPACE ET SES RÉPERCUSSIONS SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Van Anh LY*

INTRODUCTION	783
1. L'interprétation évolutive de la notion d'élément d'extranéité	783
1.1 La conception traditionnelle de l'élément d'extranéité	784
1.2 La conception modernisée de l'élément d'extranéité	790
2. La nécessaire adaptation des rattachements au contexte de cyberspace	794
2.1 La difficulté de localiser l'objet dans le cyberspace.	794
2.2 La difficulté de localiser l'acte dans le cyberspace.	797
2.3 Les autres solutions de rattachement.	801
CONCLUSION	804

* Professeure, Faculté de droit international, Académie diplomatique du Vietnam; docteure en droit, Faculté de droit, Université Laval, Québec, Canada. L'auteure remercie les évaluateurs pour leurs commentaires très pertinents et leurs suggestions précieuses.

INTRODUCTION

Malgré son importance, en tant que déclencheur du droit international privé, la notion d'élément d'extranéité fait rarement l'objet d'une définition complète. La doctrine et la jurisprudence n'ont pas tardé à apporter des précisions qui ne sont pas toujours unanimes. Certains l'assimilent au facteur de rattachement alors que d'autres plaident pour une distinction entre ces deux concepts de base du droit international privé, compte tenu de leur nature différente.

Pour les notaires, et plus largement pour les praticiens de droit privé, qui sont exposés de plus en plus aux dossiers transnationaux, développer une habitude de s'interroger *a priori* sur l'existence d'un élément d'extranéité – et par conséquent, sur l'éventualité de se tourner vers le droit international privé – est plus que jamais nécessaire. Or, dans ce monde diversifié où le virtuel coexiste avec le réel, cette tâche est parfois rendue difficile et leur exige une grande subtilité lors du traitement de demandes que les particuliers portent devant eux.

Dans cet article, nous proposons d'examiner la notion d'élément d'extranéité dans une perspective moderne, contextualisée par les progrès technologiques et l'avènement du cyberspace, et la nécessaire adaptation de certains rattachements dans le processus de recherche de la juridiction compétente ou de la loi applicable.

1. L'interprétation évolutive de la notion d'élément d'extranéité

Sous l'effet de la mondialisation et des progrès technologiques, la notion d'élément d'extranéité connaît des évolutions qui exigent parfois une interprétation adaptée pour révéler son existence. Afin de bien saisir la question dans toutes ses dimensions, il serait nécessaire de revoir tout d'abord la notion dans sa conception traditionnelle.

1.1 La conception traditionnelle de l'élément d'extranéité

En des termes très simples, l'élément d'extranéité est l'élément étranger¹ qui se présente dans une situation juridique et qui peut conduire à l'application du droit international privé. Autrement dit, l'existence de cet élément est primordiale pour que ce droit entre en jeu. Toutefois, est-il vrai que n'importe quel élément étranger découvert pourrait suffire pour soumettre une situation juridique au droit international privé ? Comment devrait-on percevoir cet élément ? En d'autres termes, l'élément d'extranéité est-il un simple fait que l'on peut observer ou une notion juridique résultant de l'application d'une règle de droit ?

Le professeur Alain Prujiner voit dans l'élément d'extranéité un « construit juridique » dont l'existence est étroitement liée à celle des ordres juridiques. Dans son écrit qui plaide pour la perception du droit international privé comme un droit du rattachement, l'auteur est même convaincu que « l'élément d'extranéité est un autre nom du facteur de rattachement »². Inspiré par ce que l'imminent internationaliste Pierre Lalive avait illustré sur l'élément qui mettait en jeu le droit international privé, M. Prujiner est arrivé à une définition très étroite de l'élément d'extranéité :

C'est la possibilité de lien avec un autre droit par un facteur de rattachement qui oblige l'ordre juridique saisi à mettre en œuvre la logique du droit international privé. Il ne s'agit pas d'une question de fait, mais bien d'une démarche fondée sur une règle de droit. Le *facteur d'extranéité* est un construit juridique.³

1. Les professeurs Gérard GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. I « Théorie générale », Montréal, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 3, font la distinction entre le caractère « étranger » et le caractère « international » dans leurs exemples portant sur l'objet du droit international privé : « un tribunal québécois peut être appelé à se prononcer sur le régime matrimonial de deux époux italiens domiciliés en Italie, qui ont des biens au Québec. Il s'agit d'un élément plus étranger qu'international. Tandis que le litige concernant un contrat entre un Québécois et un New-Yorkais relatif à des marchandises à transporter au Mexique répondrait davantage à l'idée de relations internationales. Le droit international privé ne fait pas de différence entre ces deux situations. » Nous pensons que le terme « étranger » convient mieux, car il s'agit de qualifier une question du point de vue des autorités nationales devant lesquelles elle est posée.
2. Alain PRUJINER, « Le droit international privé : un droit du rattachement », dans Christian DOMINICÉ, Robert PATRY et Claude REYMOND (dir.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 161, à la page 165.
3. *Ibid.*, p. 165 et 166.

Cette prétention n'a néanmoins pas convaincu la professeure Sylvette Guillemard. Dans son étude toujours d'actualité sur le droit international privé à l'ère du cyberspace, elle soutient que l'élément d'extranéité est par-dessus tout « factuel » : « À notre avis, la découverte d'un élément d'extranéité repose sur l'observation factuelle⁴. » L'auteure s'explique :

Il s'agit en effet, comme le sens étymologique de l'extranéité l'indique, de discerner ce qui est en dehors, à l'extérieur du cadre dans lequel on se situe, qu'il soit matériel ou conceptuel. [...] Il n'est pas nécessaire d'avoir des connaissances juridiques pour percevoir ou comprendre que lorsqu'on franchit une frontière, on se déplace à l'extérieur de son pays.⁵

Nous adhérons à ce point de vue. Il ne faut pas en effet confondre l'élément d'extranéité avec le facteur de rattachement, car le premier doit comporter en soi l'extranéité, alors que le deuxième ne le doit pas toujours par rapport à l'ordre juridique de repère. Pour l'illustrer, quant à la question relative aux effets du mariage entre un Québécois et une Française au Québec, le mariage comporte un élément d'extranéité, qui est la nationalité française de l'épouse. Cependant, le facteur de rattachement utilisé est le domicile commun des époux au Québec. Du point de vue du droit québécois, la nationalité française est l'élément étranger, alors que le domicile québécois ne l'est pas. En somme, l'élément d'extranéité dans une situation juridique ne coïncide pas nécessairement avec le ou les facteurs de rattachement retenus par le législateur pour une question donnée. Le droit interne peut être applicable ou la compétence du for acquise, même en présence d'un élément d'extranéité. Cela dit, ce seul élément d'extranéité fonde à s'interroger au regard du droit international privé pour déterminer notamment l'instance compétente et la loi applicable.

L'élément d'extranéité existe donc objectivement et s'observe factuellement. Au contraire, le facteur de rattachement est un choix

4. Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Montréal, Éditions Yvon Blais/Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 363.

5. *Ibid.*

subjectif du législateur⁶. C'est ce facteur qui est un « construit juridique »⁷.

La distinction entre élément d'extranéité et facteur de rattachement a été soulignée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs* :

Rattachement et extranéité peuvent donc se chevaucher. Le facteur de rattachement est un lien avec le système juridique interne ou un système juridique étranger, alors que l'élément d'extranéité signale la possibilité d'un lien avec un système juridique étranger. Ainsi, dans une action personnelle intentée au Québec, le domicile québécois du défendeur constitue un facteur de rattachement au droit québécois, mais non un élément d'extranéité, alors que le domicile anglais du défendeur sera considéré à la fois comme un facteur de rattachement au ressort anglais et un élément d'extranéité par rapport au régime québécois.⁸

Il faut noter cependant que l'élément d'extranéité doit être pertinent pour faire intervenir le droit international privé. Pour emprunter les termes du professeur Pierre Lalive, il doit être « juridiquement significatif »⁹. À travers un exemple concernant la vente d'une voiture étrangère conclue aux Pays-Bas entre deux Néerlandais, l'auteur a expliqué comment un élément d'extranéité pourrait être considéré comme pertinent en fonction du rapport ou de la question juridique :

Que l'objet de la vente soit une automobile anglaise ou française constitue, en soi, un élément « étranger »; mais, dira-t-on aussitôt, un élément dénué de signification. Cette réponse mérite approbation si la question posée est celle de la validité de la vente. En revanche, si le litige mettait en cause, outre la responsabilité du vendeur, celle du

6. Prenons l'exemple de la loi applicable à la succession *ab intestat* des biens meubles, où l'élément d'extranéité est observé dans la situation de ces biens à l'étranger – ce qui est factuel –, et pour laquelle le législateur québécois a choisi le dernier domicile du défunt comme facteur de rattachement (art. 3098, al. 1 C.c.Q.), alors que le législateur vietnamien a opté pour la nationalité de cette personne avant son décès (art. 680(1) du Code civil de 2015). Le choix se fonde sur la recherche des facteurs qui présentent en principe une proximité plus importante avec la situation juridique selon une question donnée et selon la perception du législateur – ce qui est subjectif.

7. Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Montréal, Éditions Yvon Blais/Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 364.

8. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 28.

9. Pierre LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », (1977) 155 R.C.A.D.I. 3, 22.

fabricant, on conçoit aussitôt que l'élément d'extranéité, c'est-à-dire l'origine étrangère du véhicule, pourrait revêtir une importance.¹⁰

Ainsi, il y a lieu de distinguer, selon nous, entre le sens sémantique et le sens juridique de la notion d'extranéité. En effet, « la présence d'un élément qui ne se situe pas dans le même ordre juridique que d'autres n'est pas un indicateur systématique du recours au droit international privé »¹¹. Un élément étranger peut appeler l'entrée en jeu du droit international privé dans une situation, mais pas dans une autre. Comme dans l'exemple donné par le professeur Pierre Lalive, l'origine étrangère de la voiture donne lieu à l'application du droit international privé pour une question concernant la responsabilité du fabricant mais ne sera pas pertinente relativement à la validité du contrat de vente.

En droit international privé québécois, le caractère pertinent de l'élément d'extranéité a été consacré sans équivoque dans la jurisprudence. Dans *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, la Cour suprême du Canada a cité les professeurs Jeffrey A. Talpis et Jean-Gabriel Castel¹² pour le souligner : « Il est cependant possible de cerner cet élément d'extranéité. Il doit s'agir d'« un point de contact *juridiquement pertinent* avec un État étranger », c'est-à-dire un contact suffisant pour jouer un rôle dans la détermination de la juridiction compétente »¹³. Par exemple, en ce qui concerne la qualification d'une adoption internationale, la Cour du Québec a affirmé en 2006 que « seul un élément d'extranéité, *tel le domicile à l'étranger de l'une des parties*, entraîne l'application des règles de droit international privé »¹⁴.

Une autre question mérite d'être mentionnée, soit celle de savoir si le choix d'un for étranger ou d'une loi étrangère peut lui-même introduire un élément d'extranéité dans le litige en cause et par conséquent le rendre « international » ? Cette question fait

10. *Ibid.*, p. 18.

11. Sylvette GUILLEMARD et Van Anh LY, *Éléments de droit international privé québécois*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 13.

12. Jeffrey TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, « Le Code civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3 « Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires », Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 801, à la page 870.

13. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 26.

14. *Adoption (En matière d')*, 2006 QCCQ 8524, par. 30 (nos italiques).

l'objet de prétentions opposées au sujet du caractère objectivement et subjectivement international d'un rapport juridique. Ainsi, selon une partie de la doctrine, l'internationalité objective vient des éléments étrangers visibles, tels que la nationalité étrangère des parties, leur domicile étranger, le lieu de l'acte à l'étranger, etc. Au contraire, certains auteurs croient que le choix du for ou de la loi applicable par les parties peut teinter leur rapport de couleur internationale. Il s'agit de l'internationalité subjective¹⁵. Il convient de rappeler que l'article 3111 C.c.Q. autorise les parties à un acte juridique qui ne présente pas d'élément d'extranéité à choisir une loi applicable étrangère¹⁶. Cette disposition semble montrer que le législateur québécois ne conçoit l'extranéité qu'en tant qu'élément objectif. De même, en ce qui concerne la clause d'arbitrage, dans l'affaire *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, la juge Deschamps écrivant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada a refusé de reconnaître que le choix de procédure d'arbitrage pouvait constituer un élément d'extranéité au litige : « Je ne peux donc concevoir que le simple fait pour les parties de choisir la juridiction arbitrale soit constitutif d'extranéité. Cette interprétation viderait de son sens la notion d'extranéité¹⁷. » Il faut noter cependant qu'un revirement a semblé intervenir dans la législation récente. La modification en 2016 du *Code de procédure civile*¹⁸ a ajouté des éléments à la définition du terme « arbitrage mettant en cause des intérêts de commerce international », qui comprend,

15. Voir Sylvette GUILLEMARD, « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français européen », (2004) 8-2 *E.J.C.L.I.*

16. Sous réserve de l'alinéa 2 : « Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation. »

17. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 53. L'affaire vise une commande effectuée en ligne en 2003 par M. Dumoulin d'un ordinateur de la compagnie Dell dont le prix affiché était considérablement trop bas par erreur, commande qui a été par la suite refusée par Dell. Les conditions de vente comprennent une clause d'arbitrage précisant que l'arbitrage sera régi par les règles du National Arbitration Forum, situé aux États-Unis. La compagnie invoque cette clause pour demander le renvoi à l'arbitrage, alors que les demandeurs, M. Dumoulin et l'Union des consommateurs, plaident pour l'application de l'article 3149 C.c.Q., en vertu duquel est inopposable toute renonciation du consommateur résidant au Québec à la compétence des autorités québécoises lorsque le contrat comporte un élément d'extranéité. La question examinée par la Cour était de déterminer si la clause d'arbitrage référant aux procédures étrangères constituait un élément d'extranéité faisant référence à l'application de l'article 3149 C.c.Q. La Cour suprême du Canada a répondu par la négative.

18. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.

parmi d'autres, l'arbitrage étranger que les parties ont choisi¹⁹. Cela ne signifie-t-il pas que le législateur a accepté que la clause d'arbitrage puisse introduire elle-même l'élément d'extranéité dans le rapport entre les parties, dans la mesure où celle-ci met en cause des « intérêts de commerce international » ? Dans cet ordre d'idée, l'article 3111 C.c.Q. peut être interprété comme permettant aux parties de faire intervenir le droit international privé par leur choix de rattachement normatif, même à défaut d'éléments d'extranéité objectifs. Cet article est ambigu et un léger changement de la formulation serait souhaitable avec, par exemple, l'ajout du qualificatif « objectif » après le terme « élément d'extranéité »²⁰.

Pour illustrer comment la notion d'élément d'extranéité peut être interprétée de façon large et flexible, examinons la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Beterbiev c. Groupe Yvon Michel inc.*²¹. Bien que le contrat entre Monsieur Beterbiev, un boxeur professionnel, et Groupe Yvon Michel inc. ait été signé au Québec et que les deux parties y aient leur résidence, la Cour a découvert l'extranéité dans le but du contrat, soit de promouvoir la carrière internationale du boxeur, et le fait que le contrat prévoit une exécution principalement à l'étranger. Ainsi, selon la Cour :

[T]he analysis of whether a contract contains a « foreign element » cannot be limited to the parties' residence and the place of signature. Why ? Because such a narrow approach could cause courts to overlook the essence of the transaction at issue. [...] The evidence relating to the circumstances in which the 2015 Agreement was signed clearly shows that it was a key element in a broader strategy aimed at promoting Mr. Beterbiev's career at the international level and to take him closer to his ultimate goal of becoming world champion. [...] Therefore, it follows that the promotional services GYM undertook to provide

19. Art. 650 C.p.c. : « L'arbitrage est notamment considéré mettre en cause des intérêts du commerce international si les parties avaient leur établissement dans les États différents au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage ou si elles choisissent de tenir l'arbitrage dans un autre État que celui dans lequel elles ont leur établissement » (nos italiques).

20. Ainsi, cette disposition se lirait comme suit : « L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité *objectif*, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte [...] ». La solution correspond à celle adoptée dans la *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*, Mexico, Conférence interaméricaine de droit international privé, 17 mars 1994, art. 1, al. 2 : « Il est entendu qu'un contrat revêt un caractère international lorsque les parties au contrat ont leur résidence habituelle, ou leurs établissements liés à l'opération envisagée dans d'autres États parties, ou lorsque le contrat a des *rapports objectifs* avec plus d'un État partie » (nos italiques).

21. *Beterbiev c. Groupe Yvon Michel inc.*, 2018 QCCS 2536.

under the 2015 Agreement were, at least to a significant extent, to be performed outside Quebec. This suffices to reject the proposition that the 2015 Agreement contained no « foreign element » within the meaning of article 3111 C.C.Q.²²

En somme, la découverte de l'élément d'extranéité d'un rapport juridique exige une double vérification, soit le sens sémantique et le sens juridique du terme. Sémantiquement, l'élément d'extranéité désigne tout élément du rapport juridique qui existe en dehors de l'ordre juridique en cause et peut être observé dans les faits. Toutefois, pour être juridiquement pertinent, l'élément d'extranéité doit être « le fait qui provoque le besoin de rattachement »²³.

Nous examinons par la suite ce que pourrait signifier l'existence d'un élément « en dehors de l'ordre juridique », notamment dans le contexte du cyberspace.

1.2 La conception modernisée de l'élément d'extranéité

La définition de l'élément d'extranéité s'aligne souvent sur la situation dans l'espace réel d'ordres juridiques différents. Selon un dictionnaire juridique, c'est l'« [é]lément d'une situation juridique qui met en contact les systèmes juridiques de deux ou plusieurs États »²⁴. De même, le professeur Claude Emanuelli est d'avis que l'existence du droit international privé dépend de « l'existence d'ordres juridiques différents, ou [du] morcellement politico-juridique de la planète »²⁵.

La définition basée sur l'intersection des ordres juridiques semble bien suivre la logique du droit international privé, qui vise la recherche des solutions de « conflits »²⁶, grâce au rattachement du

22. *Ibid.*, par. 6-8.

23. Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Montréal, Éditions Yvon Blais/Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 362.

24. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, éd. abrégée, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 169.

25. Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 6.

26. Il s'agit des conflits de juridictions et des conflits de lois, selon l'objet de la recherche – la compétence des tribunaux ou la loi applicable. D'un point de vue traditionnel, le monde est divisé en un certain nombre d'ordres juridiques qui prétendent régir tout ce qui se trouve et se passe dans leur ressort. Les règles adoptées par chaque ordre juridique sont différentes et peuvent entrer en conflit dès qu'une situation implique des éléments provenant de ces différents ordres (à suivre...)

rapport en question à un ordre juridique parmi ceux qui pourraient le toucher, soit sur le plan juridictionnel, soit sur le plan normatif. Toutefois, les progrès technologiques ont des répercussions sur les relations interindividuelles et leur façon de procéder. Surtout, l'avènement du cyberspace a complètement changé la donne. Dans son étude sur l'application du droit international privé aux contrats de vente cyberspatiale, la professeure Sylvette Guillemard a donné l'exemple d'une opération commerciale qui s'effectue « *intégralement* » dans un espace n'ayant aucun lien avec l'espace traditionnel dont on peut délimiter les frontières et qui n'est donc pas lié à un ordre juridique quelconque : « formation et conclusion du contrat, paiement et livraison du bien, le tout en ligne. Les parties, dans ce cas, ne font plus que communiquer. Elles interagissent socialement, et ce, dans le cyberspace »²⁷. L'auteure qualifie cet espace d'« anational »²⁸.

Quels que soient la nationalité et le domicile des personnes impliquées dans ces opérations en ligne et quel que soit le lieu où elles se trouvent en effectuant ces opérations, l'espace virtuel où ces dernières surviennent constitue en soi un élément d'extranéité. En effet, étant une « entité qui se situe en dehors de la planète et de son découpage territorial »²⁹, le cyberspace peut être considéré comme un espace étranger. Le plus grand avantage de cette prétention est de permettre de résoudre les difficultés de situation géographique des éléments du rapport juridique qui se déroule principalement en ligne.

(...suite)

juridiques. Au contraire, certains auteurs voient dans les situations internationales une rencontre, plutôt qu'une confrontation, de systèmes juridiques différents. Chaque ordre juridique adopte des règles précises pour « reconnaître dans certaines circonstances les normes et juridictions des autres ordres », comme une nécessité pour protéger « la sécurité juridique des relations en cause », et non pour se confronter avec les autres ordres (Pierre LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », (1977) 155 *R.C.A.D.I.* 27, 33; Alain PRUJINER, « Le droit international privé : un droit du rattachement », dans Christian DOMINICÉ, Robert PATRY et Claude REYMOND (dir.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 168). Pour plus d'analyses sur la perception du droit international privé comme un « droit des conflits » ou un « droit du rattachement », lire Sylvette GUILLEMARD et Van Anh LY, *Éléments de droit international privé québécois*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 16 et s.

27. Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatiale*, Montréal, Éditions Yvon Blais/Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 208.

28. *Ibid.*, p. 220.

29. *Ibid.*, p. 362.

Dans sa thèse sur le droit applicable aux biens virtuels, Dobah Carré a réfuté cette qualification proposée par la professeure Guille-mard : « certains auteurs se sont aventurés à tenter de justifier la qualification du facteur de rattachement à la localisation cyberspatiale. Pour eux, le cyberespace en tant qu'entité "étrangère" à la terre est en lui-même un élément d'extranéité »³⁰. Selon cette auteure, une telle qualification conduit à assimiler le cyberespace à un « lieu », alors que celle-ci est plutôt « "un espace imaginaire" ne pouvant pas être localisé »³¹. Cet argument se base sur la prémisse que « puisque la localisation d'un fait en droit international privé présuppose l'existence d'un lieu (élément d'extranéité) et d'un ordre juridique (facteur de rattachement), et que le cyberespace n'est pas un "lieu" [...] et n'a pas d'ordre juridique, alors la localisation cyberspatiale n'existe pas »³². Nous ne pouvons pas être d'accord avec ces arguments. Premièrement, le raisonnement est vraisemblablement à l'inverse de la logique du droit international privé, car c'est plutôt la localisation (d'une personne, d'un objet ou d'un fait) qui conditionne l'existence de l'élément d'extranéité d'une situation juridique et, par conséquent, l'entrée en jeu du droit international privé, et non le contraire. Ainsi, si la localisation cyberspatiale est impossible, comment peut-on résoudre la question préalable au déclenchement du droit international privé, qui est l'existence d'un élément d'extranéité³³ ? Deuxièmement, il est difficile d'accepter que la situation d'un fait ou d'un objet ne puisse survenir que dans un « lieu » et non dans un « espace ». L'auteure fait la distinction entre lieu et espace, dans le sens où le lieu est compris par elle comme exclusif à une localisation concrète sur la terre. Or, rien ne donne à fixer un sens aussi étroit au terme « lieu »³⁴.

Certes, la nature et le mécanisme du droit international privé sont de rattacher un rapport juridique à un ordre juridique qui a son

30. Dobah CARRÉ, *Le droit applicable aux biens virtuels*, Montréal, Édition Thémis, 2019, p. 279.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*, p. 282.

33. Pour reprendre les termes de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 66 : « [l]'extranéité est une condition préalable à l'application des règles en matière de compétence internationale des autorités québécoises ».

34. Le lieu est défini par le dictionnaire *Le Robert*, éd. numérique, v^o « Lieu », en ligne : <dictionnaire.lerobert.com/definition/lieu> (consulté le 15 juin 2022), comme une « portion déterminée de l'espace (considérée de façon générale et abstraite) ». On peut voir de cette définition qu'il n'y a aucune contradiction entre « lieu » et « espace ».

identification et ses frontières concrètes sur la terre. Le fait que le cyberspace est en soi un espace étranger, mais qu'il est loin de pouvoir être assimilé à un ordre juridique³⁵, dénuerait-il le sens du droit international privé ? Selon la professeure Guillemard, si au bout du cheminement, on n'aboutit pas à un ordre juridique, « cela ne signifie pourtant pas ni l'inexistence de l'élément d'extranéité ni l'impuissance du droit international privé »³⁶. En effet, comme l'élément d'extranéité est distinct du facteur de rattachement, il est toujours possible de trouver un ordre juridique capable de régir le rapport juridique par d'autres moyens que nous proposerons plus en détail dans la deuxième section de ce texte.

Une telle qualification peut au contraire présenter des avantages pratiques. Dans l'affaire *Dell Computer c. Union des consommateurs*, par exemple, si la Cour suprême du Canada avait considéré l'espace Internet sur lequel s'est effectué l'achat, objet du litige, comme suffisant pour qualifier le litige d'international, elle aurait pu éviter de longs raisonnements d'ailleurs très critiqués³⁷ et parvenir à une conclusion qui serait plus avantageuse pour les consommateurs québécois, grâce au recours à l'article 3149 C.c.Q.³⁸.

En résumé, l'élément d'extranéité dans son sens moderne ne devrait plus être cloué dans les repères géographiques et physiques. Il est fortement recommandé que cette notion soit interprétée de

35. Ce qui n'exclut pas la possibilité qu'il puisse l'être dans l'avenir, si les conditions sont réunies. Voir Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Montréal, Éditions Yvon Blais/Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 366-368.

36. *Ibid.*, p. 365.

37. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801. L'arrêt de la Cour suprême a fait l'objet de vives critiques doctrinales sous l'angle du droit international privé, du droit de l'arbitrage, du droit de la consommation et du droit du commerce électronique qui portent principalement sur l'interprétation trop étroite de l'élément d'extranéité et l'omission de la Cour suprême dans la considération de certains éléments qui sont en fait étrangers, tels que le domicile du défendeur en Ontario. Voir notamment Alain PRUJINER, « Canada – Cour suprême du Canada – 13 juillet 2007 – *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 : note », (2007) 3 *Rev. arb.* 1; Richard DUFOUR et Alexandre MORIN, « Chronique de jurisprudence québécoise portant sur le droit international privé », (2007) 20 *R.Q.D.I.* 207; Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : Dommage! », (2007) 37 *R.G.D.* 407; Shelley MCGILL, « Consumer Arbitration and Class Actions: The Impact of *Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs* », (2007) 45 *Can. Bus. L.J.* 334.

38. En 2006, une disposition a été ajoutée à la *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1, art. 11.1, pour interdire d'imposer au consommateur le recours à l'arbitrage.

façon évolutive pour tenir compte des nouvelles réalités du monde numérique.

Une telle approche ferait donc intervenir davantage le droit international privé en pratique. Des solutions de rattachement devraient également être conçues pour remplacer celles traditionnellement basées sur la situation dans l'espace.

2. La nécessaire adaptation des rattachements au contexte de cyberspace

Comme nous l'avons mentionné, contrairement à l'élément d'extranéité qui peut être observé à travers les faits, le facteur de rattachement est un construit juridique. Bien qu'ils aient sans doute des liens avec l'élément d'extranéité, les facteurs de rattachement sont utilisés de façon expresse pour relier une question juridique donnée à un ordre juridique selon des critères précis. Ils jouent le rôle central dans la méthode de rattachement du droit international privé, lequel consiste à rattacher un rapport de droit avec l'ordre juridique où se trouve son centre de gravité³⁹.

Or, tant de changements intervenus dans la société moderne appellent à la révision du recours à certains facteurs de rattachement. Les progrès technologiques ont conduit à des changements importants dans la perception de nombreuses notions de droit international privé et, par conséquent, à la remise en question de la pertinence de certains rattachements traditionnels. Cela s'observe aussi bien dans les mutations de la nature des biens, qui rend leur *situs* plus difficile, que dans la localisation du rapport juridique dans l'espace (le *locus actum*).

2.1 La difficulté de localiser l'objet dans le cyberspace

Le *situs* est utilisé en droit international privé québécois pour les rattachements touchant les droits et actions réels⁴⁰. La loi du

39. Chaque « classe de rapport de droit » est rattachée à un ordre juridique compétent pour la régir. C'est là où se trouve le « siège » du rapport de droit, que Friedrich-Carl von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, 2^e éd., traduit par Charles GUENOUX, Tome huitième, Paris, Firmin Didot Frères, 1860, p. 120, précisa : « Le domicile d'une personne que concerne le rapport de droit; Le lieu de la situation d'une chose qui fait l'objet du rapport de droit; Le lieu d'un acte juridique fait ou à faire; Le lieu du tribunal appelé à connaître du rapport de droit ».

40. Quant au rattachement juridictionnel, la situation du bien en litige permet l'établissement de la compétence internationale des tribunaux québécois (à suivre...)

lieu où le bien est situé s'applique aussi pour déterminer si un bien est mobilier ou immobilier⁴¹. Or, ce n'est pas toujours facile de déterminer le *situs* d'un bien dans l'espace.

Autrefois, les biens – l'objet du rapport juridique – existaient principalement sous forme corporelle : on pouvait donc normalement les voir et les toucher⁴². Ils se classaient en deux groupes, mobiliers et immobiliers, que l'on peut facilement repérer géographiquement. Exceptionnellement, la localisation juridique est utilisée pour certains biens mobiliers particuliers dont le recours à la situation physique n'est pas juridiquement pertinent. À titre d'exemple, les navires et les aéronefs sont souvent localisés au lieu de leur enregistrement⁴³.

Avec le temps sont apparus des « biens incorporels » ou « biens immatériels »⁴⁴, dont l'existence ne peut être déterminée que juridiquement. Au Québec, la jurisprudence a développé des solutions pour un nombre de biens incorporels. Ainsi, les créances et dettes sont quérables puisqu'elles sont réputées être situées au domicile du débiteur, là où s'effectue le paiement⁴⁵; les actions de compagnie au lieu où se trouvent les registres de transfert⁴⁶; les dépôts bancaires à la succursale où ils ont été faits⁴⁷, etc.

(...suite)

(art. 3152 C.c.Q.). Quant au rattachement normatif, l'article 3097(1) C.c.Q. prévoit : « Les droits réels ainsi que leur publicité sont régis par la loi du lieu de la situation du bien qui en fait l'objet. »

41. Art. 3078 C.c.Q.

42. Il faut noter cependant certains cas particuliers où la loi reconnaît des biens corporels non tangibles, comme la présomption à l'article 906 C.c.Q. : « Sont réputées meubles corporels les *ondes* ou *l'énergie* maîtrisée par l'être humain et mises à son service, quel que soit le caractère mobilier ou immobilier de leur source » (nos italiques).

43. Jean-Gabriel CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 356.

44. Définies en des termes simples par Dobah CARRÉ, *Le droit applicable aux biens virtuels*, Montréal, Édition Thémis, 2019, p. 115, « [l]es choses incorporelles, comme leur nom indique, n'ont pas de corps, pas de matière, elles sont immatérielles ». Il faut noter que certains auteurs, comme Jean-Louis BERGEL, « Une « approche » économique de la propriété en droit privé », *R.R.J.* 2008.2501, 2501, distinguent les biens incorporels des biens immatériels : « Les biens incorporels et les biens immatériels ne correspondent pas à la même chose. L'électricité est un bien matériel, mais elle a un caractère incorporel. Une œuvre de l'esprit est incorporelle et immatérielle. »

45. *Southern Pacific Co. c. M. Botner & Sons Inc.*, [1973] R.P. 97 (C.A.).

46. *Brassard c. Smith*, [1925] A.C. 371.

47. *R. c. Lovitt*, [1912] A.C. 212.

Le développement numérique fait apparaître ce qu'on appelle les « biens virtuels ». Contrairement aux biens actuellement reconnus par la loi, qui sont réels, divisés en biens corporels et incorporels, les biens virtuels sont « des images de synthèse provenant du logiciel soutenant le “monde virtuel” », dont l'existence est sous forme de données numériques⁴⁸. Ces biens incluent donc les biens échangeables créés dans les mondes virtuels. En illustration, dans les jeux en ligne, les joueurs peuvent produire des biens virtuels grâce aux tâches accomplies et les échanger avec les autres joueurs contre d'autres biens virtuels ou de l'argent virtuel ou réel⁴⁹. L'exemple le plus connu est sans doute celui des « cryptomonnaies »⁵⁰. Des milliers de monnaies de ce type créées depuis la dernière décennie ont donné naissance à un grand marché financier virtuel qui génère profits et pertes réels et à leur usage en tant que moyens de paiement en concurrence avec les devises nationales. Cela aura des conséquences sur le droit international privé. Une des premières questions sera comment qualifier ces « monnaies », ainsi que leurs transactions, et comment les localiser⁵¹. Jusqu'à maintenant, ce type de « biens » n'est pas encore juridiquement reconnu par les États. Pourtant, lorsque les transactions qui y sont relatives s'échappent du monde virtuel pour devenir des véritables transactions monnayées⁵², elles peuvent créer des liens de droit entre les

48. Dobah CARRÉ, « La loi applicable aux droits réels portant sur des biens virtuels », *R.C.D.I.P.* 2017.3.337, 340.

49. Voir Dobah CARRÉ, *Le droit applicable aux biens virtuels*, Montréal, Édition Thémis, 2019, p. 279; Dobah CARRÉ, « La loi applicable aux droits réels portant sur des biens virtuels », *R.C.D.I.P.* 2017.3.337, 340, où l'auteur donne de nombreux exemples des mondes virtuels et de leur façon de fonctionner comme un vrai monde avec des activités simulées de la vie réelle, réalisées par les avatars des personnes qui ont ouvert leur compte, comme Second Life, Habbo Hotel ou Entropia Universe.

50. *Le Robert*, éd. numérique, v° « Cryptomonnaie », en ligne : <dictionnaire.leroBERT.com/definition/cryptomonnaie> (consulté le 22 juin 2022) : « Monnaie numérique en usage sur Internet, indépendante des réseaux bancaires et liée à un système de cryptage. »

51. Lire, entre autres, l'article d'Amaury PERRIN, « Le bitcoin et le droit : problématiques de qualifications, enjeux de régulation », (2019) 1 *Gestion et Finances publiques* 84, dans lequel l'auteur démontre le « vide juridique des solutions positives pointes » dans le cas particulier du bitcoin.

52. On peut citer en exemple le cas du Bitcoin, la plus connue des cryptomonnaies, dont le cours s'élève à 60 000 USD par pièce en mars 2021 avant de connaître une chute de près des deux tiers un an après, ce qui ne l'empêche pas de devenir *de facto* un moyen de spéculation et de paiement de valeur. COURRIER INTERNATIONAL, « Le bitcoin pulvérise la barre des 60 000 dollars », (22 juin 2022), en ligne : <www.courrierinternational.com/article/finance-le-bitcoin-pulverise-la-barre-des-60-000-dollars> (consulté le 22 juin 2022). Il convient (à suivre...)

personnes venant de différentes parties du monde⁵³. Pour résoudre les litiges survenus de ces rapports qui sont sortis du monde virtuel, il faudrait se baser sur d'autres facteurs de rattachement, tels que le domicile des parties, car le *situs* – facteur traditionnel – ne sera plus pertinent.

2.2 La difficulté de localiser l'acte dans le cyberspace

La *lex locus actum* est généralement appliquée dans le droit international privé pour établir la validité formelle d'un acte juridique⁵⁴. Elle joue aussi un rôle dans la détermination de la compétence internationale des tribunaux, car le lieu de la faute, du préjudice subi, d'un fait dommageable, ou celui où l'une des obligations contractuelles devait être exécutée, est un des facteurs de rattachement juridictionnel pour les actions personnelles à caractère patrimonial dans le droit québécois⁵⁵.

La détermination du lieu d'un acte ou d'un fait n'est pas toujours facile. Dans l'affaire *Royal Bank of Canada c. Capital Factors Inc.*, la Cour supérieure à Montréal a dû, pour déterminer sa compétence dans une action relative à la responsabilité délictuelle, localiser une faute résultant d'une omission d'agir. Comment pourrait-on repérer le lieu d'une omission – équivalente à une action qui n'a pas lieu ? La Cour a suivi la jurisprudence antérieure pour situer l'omission d'avertir à la place où l'avertissement aurait dû être reçu⁵⁶.

Toutefois, c'est surtout pour les actes accomplis totalement à distance que cette tâche constitue un vrai défi. La difficulté a été éprouvée dans la pratique judiciaire québécoise et la solution ne doit être trouvée qu'au cas par cas. Dans l'arrêt *Sclifos c. McBride*⁵⁷, par

(...suite)

aussi de noter que le Salvador est devenu le premier pays du monde à reconnaître le bitcoin comme légal : AFP, « Le Salvador, premier pays au monde à légaliser le bitcoin », *Journal de Montréal* (2 novembre 2021), en ligne : <www.journaldemontreal.com/2021/06/09/le-salvador-premier-pays-au-monde-a-legaliser-le-bitcoin> (consulté le 15 juin 2022).

53. Il faut noter que la difficulté ne réside pas seulement dans la localisation, mais aussi et avant tout dans la qualification juridique des objets virtuels et des droits qui en résultent. Sur ce sujet, lire la thèse de Dobah CARRÉ, *Le droit applicable aux biens virtuels*, Montréal, Édition Thémis, 2019, p. 279.
54. Art. 3109 C.c.Q. (la forme de l'acte juridique), art. 3088, al. 2 C.c.Q. (la forme du mariage) et art. 3090.1 C.c.Q. (validité de fond et de forme de l'union civile).
55. Art. 3148(3^o) C.c.Q.
56. *Royal Bank of Canada c. Capital Factors Inc.*, 2013 QCCS 2214, par. 60.
57. *Sclifos c. McBride*, 2018 QCCQ 6317.

exemple, pour conclure sur la loi applicable, la Cour du Québec a dû déterminer le lieu de négociation et de conclusion d'une vente de véhicule⁵⁸ qui s'est passée principalement à distance⁵⁹. Reprenant la règle classique, la Cour s'est basée sur les articles 1385-1388 C.c.Q. relatifs à la formation du contrat pour situer la vente chez l'acheteur au Québec, car c'est ce dernier qui a fait la proposition d'achat acceptée à distance par le vendeur, et le paiement a été effectué « avant même de prendre possession et de vérifier l'état du véhicule »⁶⁰.

La localisation des transactions commerciales et financières serait encore plus compliquée pour celles effectuées via des plateformes virtuelles. Or, le risque de survenance plus régulière des maladies très contagieuses comme la COVID-19, qui a secoué la planète depuis le début de l'année 2020, incite grandement à la prolifération des transactions à distance. Peut-être que l'espace virtuel sera un jour le principal espace pour une partie non négligeable des interactions humaines.

Dans un avenir assez proche, les mariages pourraient également être célébrés et les contrats de mariage pourraient être conclus dans les espaces virtuels. Il est ainsi intéressant de lire que le projet d'un mariage enregistré sur la chaîne de blocs (*blockchain*)⁶¹ a été réalisé pour la première fois en 2014 par les futurs époux David Mondrus, un conseiller en *blockchain*, et Joyce Bayo, lors d'une

58. En vertu de l'article 3114 C.c.Q., la vente d'un meuble corporel est normalement régie par la loi de l'État où le vendeur a sa résidence, en l'absence de désignation par les parties, mais lorsque les négociations ont été menées et le contrat a été conclu à l'État de la résidence de l'acheteur, la loi de cet État s'appliquera.

59. Par échanges de courriels entre l'acheteur demeurant au Québec et le vendeur demeurant en Ontario et paiement par transfert bancaire.

60. *Scifos c. McBride*, 2018 QCCQ 6317, par. 34-37.

61. « Technologie de stockage et de transmission d'information sans organe central de contrôle [car les blocs qui contiennent un nombre d'informations codées sont authentifiés, actualisés et enregistrés dans tous les ordinateurs du réseau, et non dans un serveur central]. La blockchain est constituée d'une chaîne de blocs contenant chacun un certain nombre de transactions. Pour être formé, un bloc nécessite une clé cryptographique qui permettra d'appareiller les transactions du bloc et sera également doté d'une clé de sortie qui permettra l'horodatage et la validation des informations cryptées ». Cette nouvelle technologie a une grande potentialité pratique grâce à ses vertus fiables, sécuritaires et décentralisés : Amaury PERRIN, « Le bitcoin et le droit : problématiques de qualifications, enjeux de régulation », (2019) 1 *Gestion et Finances publiques* 84. Dans cet article, l'auteur suggère une « qualification nouvelle dédiée à la blockchain », ainsi qu'une « régulation supranationale », vu son caractère virtuel et mondial.

cérémonie sur Skype⁶². En 2018, le premier contrat de mariage *blockchain* a été signé par deux époux suisses, même s'il n'est pas reconnu par la loi⁶³. En 2019, les médias annoncent qu'un contrat de mariage *blockchain* reconnu par la loi autrichienne a été signé entre Lukas Götz, le PDG de *Block24*, et son épouse à la suite de leur mariage célébré en Autriche⁶⁴. Certes, il est encore trop tôt pour envisager que le mariage célébré dans l'espace virtuel soit juridiquement reconnu par les États. Cependant, une fois que ce mode de mariage deviendra courant, les États n'auront pas d'autres choix que de chercher à adapter leur législation à la nouvelle réalité, ce qui aura certainement des répercussions sur le droit international privé⁶⁵.

Dans le domaine de la responsabilité délictuelle, la même difficulté se pose avec la localisation du lieu du délit commis en ligne (le

62. Spencer NEALE, « Getting Married and Divorced on the Blockchain » (9 octobre 2019), en ligne : <www.libertarianism.org/building-tomorrow/getting-married-and-divorced-blockchain> (consulté le 15 juin 2022).

63. LE NEWS, « Switzerland's first blockchain marriage » (3 août 2018), en ligne : <lenews.ch/2018/08/03/switzerlands-first-blockchain-marriage/> (consulté le 15 juin 2022). Voir, par exemple, ce que la compagnie *Block42* propose pour un contrat de mariage *blockchain* qui peut être reconnu par la loi autrichienne : According to Austrian law a written contract is obligatory for a marriage contract.

Together with our attorneys (Stadler/Völkel) we set up a common marriage contract and enhanced it by referencing to the Smart Wedding Contract. Several parts like the separation of property in case of a divorce, are handled exclusively by the Smart Wedding Contract.

The written contract was uploaded to the decentralized file storage IPFS and can be viewed here.

BLOCK42, « Smart Wedding Contract – How does it look like ? », en ligne : <www.block42.tech/how-does-it-look-like> (consulté le 22 juin 2022).

64. Salzgeber RAMONA, « Smart Wedding Contracts – How Blockchain Could Simplify Divorce » (2 janvier 2019), en ligne : <www.ico.li/smart-wedding-contracts/> (consulté le 15 juin 2022).

65. Sur ce sujet, voir les propos de la professeure Sylvette Guillemard sur l'impossibilité actuelle de conclure sur la validité et la localisation de ce type de « mariage » aux yeux du droit international privé : Sylvette GUILLEMARD, *Droit international privé + numérique*, Conférence CRDP/IRDA « Le droit à l'épreuve du numérique », Université de Montréal, 7 mai 2018, en ligne : <www.lesconferenc.es.ca/videos/droit-international-prive-numerique/> (consulté le 24 juin 2022). Or, en vertu de l'article 3088, al. 2 C.c.Q., le lieu de la célébration du mariage est retenu comme le seul facteur de rattachement normatif pour déterminer sa validité formelle. Il faut noter qu'avant la modification intervenue en 2016, les conditions de forme d'un mariage international pouvaient aussi être validées selon d'autres lois, telles que « la loi de l'État du domicile ou de la nationalité de l'un des époux », ce qui permettait de mieux s'adresser aux difficultés liées à sa localisation. La modification de cette disposition est regrettable et incompréhensible. Voir nos critiques plus détaillées dans la section suivante.

cyberdélit). Or, c'est le facteur de rattachement principal pour cette catégorie (*lex loci delicti commissi*)⁶⁶.

Les États cherchent à tenir compte de cette réalité évolutive dans leur droit. Toutefois, les solutions adoptées sont très différentes et consistent principalement en une adaptation des moyens traditionnels au contexte du cyberspace. Pour les contrats entre non-présents, leur conclusion est localisée par la Cour suprême du Canada, en application du *Code civil du Québec*, à l'endroit de la réception de l'offre, alors qu'elle l'est au lieu de l'expédition selon la jurisprudence de la Cour de cassation française⁶⁷. Appliquées aux contrats en ligne, ces théories de réception ou d'expédition ne semblent pas totalement satisfaisantes, car le contrat est formé soit au lieu où se trouvent l'acheteur ou le vendeur qui accomplissent leur acte – ce qui est éphémère –, soit au lieu où se situe le serveur – qui peut n'avoir aucun lien avec la transaction. La loi vietnamienne, quant à elle, considère que les activités ayant lieu sur les sites Internet utilisant les noms de domaine vietnamien « .vn » sont passées sur le territoire vietnamien⁶⁸. Toutefois, tous les noms de domaine ne correspondent pas nécessairement à un territoire déterminé. C'est le cas des sites finis par « .eu » (pour toute l'Union européenne) ou par « .com », « .net » ou « .org » pour les affaires ou organisations.

Ainsi, pour nous inspirer de la thèse soutenue par la professeure Guillemard, la solution la moins discutable serait de considérer le cyberspace comme le lieu du passage des transactions en ligne, car « chercher des correspondances entre cyberspace et territoires terrestres mène à des impasses »⁶⁹. Certes, cette suggestion n'offre pas de solution de rattachement puisque le cyberspace, on le sait, ne correspond à aucun ordre juridique étatique⁷⁰. Pourtant,

66. Art. 3126 C.c.Q. : « L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu [...] ».

67. *Charlebois c. Baril*, [1928] R.C.S. 88; *SARL Reich-France c. SARL FHM Pinel*, Civ. 3^e, 22 juin 1976, *Bull. civ.* III, n^o 215, cités dans Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Montréal, Éditions Yvon Blais/Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 263.

68. *Décret sur le commerce électronique*, n^o 52/2013/ND-CP du 16 mai 2013, art. 2c).

69. Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Montréal, Éditions Yvon Blais/Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 257 et 258.

70. Existe-il un ordre juridique cyberspatial ? Il s'agit d'une question intéressante qui attire l'attention des recherches juridiques. Pourtant, la réponse doit être négative pour le moment. Voir, entre autres, Serge KABLAN et Arthur OULAÏ, « L'essence des approches du droit cyberspatial et l'opportunité de la co-régulation », (2014) 39 R.G.D. 5.

comme derrière toutes les opérations cyberspatiales, il y a des humains, soit des personnes localisables géographiquement, et celles-ci peuvent toujours être rattachées à un ordre juridique grâce aux facteurs de rattachement traditionnels.

2.3 Les autres solutions de rattachement

En gardant à l'esprit la présence humaine derrière toute opération cyberspatiale, nous pourrions trouver des moyens pour résoudre les difficultés causées par l'entrée en jeu du cyberspace.

En ce qui concerne les « biens virtuels », dont l'existence juridique demeure controversée en droit civil, l'auteure Dobah Carré propose dans sa thèse de les traiter sous le régime de propriété intellectuelle, pour laquelle les règles de rattachement d'origine conventionnelle permettent une protection internationale ou à défaut un rattachement qui se base sur le lieu où la protection est demandée, en admettant qu'ils soient un jour reconnus en droit des biens⁷¹. La difficulté de localiser le « bien virtuel » peut donc être évitée.

Pour résoudre l'impossibilité d'établir l'ordre juridique grâce à la localisation de l'acte dans le cyberspace, le premier moyen consiste en un recours aux facteurs de rattachement autres que ceux qui sont devenus inadaptés au cyberspace. Sans parler de la compétence internationale qui bénéficie depuis toujours de la multiplicité des facteurs de rattachement, c'est dans la recherche de la loi applicable que l'on observe des innovations dans le *Code civil du Québec*.

À titre d'exemple, l'article 3109 C.c.Q. prévoit une multitude de rattachements possibles pour régir la validité de forme d'un acte juridique. L'alinéa 1 reprend la formule traditionnelle de la *lex loci actum*⁷². Cependant, l'alinéa 2 permet de reconnaître que l'acte est aussi valide s'il « est fait dans la forme prescrite par la loi applicable au fond de cet acte ou par celle du lieu où, lors de sa conclusion, sont situés des biens qui en font l'objet ou, encore, par celle du domicile de l'une des parties lors de la conclusion de l'acte ». De plus, en ce qui concerne un testament, l'alinéa 3 reconnaît aussi sa validité « dans la forme prescrite par la loi du domicile ou de la nationalité du

71. Dobah CARRÉ, *Le droit applicable aux biens virtuels*, Montréal, Édition Thémis, 2019, p. 298 et s.

72. Art. 3109, al. 2 C.c.Q. : « La forme d'un acte juridique est régie par la loi du lieu où il est passé ».

testateur ». Ainsi, le codificateur a prévu plusieurs facteurs de rattachement additionnels, ayant pour objectif « de diminuer le plus possible le risque qu'un acte soit invalidé pour des questions de forme »⁷³. Cette approche constitue aussi, sans aucun doute, un bon remède à l'éventuelle difficulté de localiser un facteur quelconque. Elle est particulièrement pertinente pour considérer la validité formelle des contrats conclus en ligne et des actes notariés sur support technologique dans le contexte du droit international privé⁷⁴.

Il est néanmoins regrettable qu'à la suite d'une modification intervenue en juin 2016, la forme du mariage soit redevenue soumise à un facteur de rattachement unique, qui est le lieu de sa célébration. Avant cette date, l'article 3088 al. 2 C.c.Q. reconnaissait la validité de forme du mariage selon plusieurs lois applicables : « [Le mariage] est régi, quant à ses conditions de forme, par la loi du lieu de célébration ou par la loi de l'État du domicile ou de la nationalité de l'un des époux ». La modification en 2016 a supprimé tous les facteurs de rattachement additionnels, ne gardant que la loi du lieu de la célébration du mariage. Une telle modification a été critiquée comme « inutile et plutôt nuisible », car elle diminue d'autant la possibilité de validation du mariage à l'étranger pour des questions de forme⁷⁵. Il faut rappeler de plus que la *lex loci celebrationis* risque de

73. Sylvette GUILLEMARD et Van Anh LY, *Éléments de droit international privé québécois*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 40. Cet objectif a été clairement mentionné dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Code civil du Québec. Commentaires du ministre de la Justice*, Montréal, Publications du Québec, 1993, p. 1033.

74. Il convient de noter que le Québec est parmi les pays qui sont prêts à reconnaître la validité des actes notariés à distance. Une autorisation temporaire a été mise en place en faveur de la conclusion d'actes notariés sur support technologique le 1^{er} avril 2020, au début de la pandémie de COVID-19, et par la suite reconduite pour une période d'un an en septembre 2021 (CABINET DU MINISTRE DE LA JUSTICE ET PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, « Prolongation de mesures pour la réception d'actes notariés technologiques et pour la bonne administration de la justice », Gouvernement du Québec (25 août 2021), en ligne : <www.quebec.ca/nouvelles/actualites/details/prolongation-de-mesures-pour-la-reception-dactes-notaries-technologiques-et-pour-la-bonne-administration-de-la-justice-34193> (consulté le 15 juin 2022)). Elle sera consacrée par la loi avec l'adoption à venir du projet de loi 40 – *Loi visant principalement à améliorer l'accès à la justice en simplifiant la procédure civile à la Cour du Québec et en réalisant la transformation numérique de la profession notariale* (présentation – 31 mai 2022), 42^e légis, 2^e sess. (Qc).

75. Voir Sylvette GUILLEMARD, « Chronique – La modification de l'article 3088, al. 2 C.c.Q., quelle erreur! », dans *Repères*, novembre 2016, *La référence*, EYB2016REP2083.

ne pas s'adapter aux éventuelles évolutions du mode de célébration du mariage dans l'avenir, tel que celui sur *blockchain*, et il serait nécessaire de trouver des solutions, comme celles prévues à l'ancien article 3088 C.c.Q.

En ce qui concerne la responsabilité délictuelle, l'article 3126 al. 2 du *Code civil du Québec* prévoit l'application prioritaire de la loi de l'État où sont domiciliés à la fois l'auteur et la victime⁷⁶. Le lieu où le préjudice est subi – moins difficile à repérer en cas de cyberdélits ou de délits plurilocalisés – prime aussi le lieu du fait dommageable sous certaines conditions⁷⁷. Le législateur québécois a fait un bon choix, car non seulement ces facteurs de rattachement sont géographiquement localisables, mais la solution reflète aussi bien le principe de proximité, dans la mesure où le lieu du préjudice subi est celui du domicile (ou de la résidence) de la victime et où le lien avec cet État est rendu plus fort lorsque l'auteur du dommage y est lui aussi domicilié ou résidant.

Ainsi, outre la multiplication des facteurs de rattachement, le principe de proximité peut intervenir pour combler les lacunes ou corriger les rattachements faits de façon fortuite ou aléatoire. C'est ce que la Cour supérieure du Québec avait choisi dans la décision *Giesbrecht c. Nadeau (Succession de)*⁷⁸, où la loi du lieu de l'accident aérien a été écartée en faveur de la loi québécoise, conformément à l'article 3082 C.c.Q., connu sous le fameux nom de « clause échappatoire »⁷⁹. La solution est pertinente pour les cyberdélits dont la détermination du lieu de survenance se révèle extrêmement difficile

76. Art. 3126, al. 2 C.c.Q. : « Dans tous les cas, si l'auteur et la victime ont leur domicile ou leur résidence dans le même État, c'est la loi de cet État qui s'applique. »

77. Art. 3126, al. 1 C.c.Q. : « L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait. »

78. *Giesbrecht c. Nadeau (Succession de)*, 2016 QCCS 4929. Cette décision a été malheureusement renversée par la Cour d'appel de façon très contestable, en se basant sur une application « surprenante » de l'article 3082 C.c.Q. qui, à notre avis, s'éloigne de l'intention du codificateur. Voir Sylvette GUILLEMARD et Van Anh LY, « Commentaire sur la décision *Giesbrecht c. Nadeau (Succession de)* – Une interprétation surprenante de l'article 3082 C.c.Q. », dans *Repères*, mars 2018, *La référence*, EYB2018REP2432.

79. Considéré comme l'énoncé du principe de proximité dans le rattachement normatif du droit québécois, l'article 3082 C.c.Q. prévoit que la règle de rattachement sera écartée « si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État ».

et concrétisée en partie, comme nous l'avons indiqué, dans l'alinéa 2 de l'article 3126 C.c.Q.

Enfin, dans plusieurs cas, le rattachement basé sur la volonté des parties contribue grandement à cette adaptation au nouveau contexte, car avec l'application de la loi choisie par les parties, on évite la difficile tâche de localiser certains actes ou certains faits. Le droit international privé québécois demeure cependant réservé vis-à-vis du libre choix des parties dans les matières personnelles et familiales, même dans le domaine des régimes matrimoniaux qui, pourtant, ont « de tout temps été l'objet classique d'un choix de la loi applicable par les époux »⁸⁰. Une telle restriction est regrettable notamment lorsque la loi autorise les conjoints à convenir des ententes sur leurs biens matrimoniaux. De plus, en matière de responsabilité extracontractuelle, certains pays sont ouverts à la liberté des parties de choisir la loi applicable, ce qui n'est pas le cas du droit québécois. On peut citer l'article 132 de la Loi suisse de droit international privé⁸¹, qui autorise les parties à convenir de l'application de la loi du for, après l'événement dommageable. Une liberté plus grande est reconnue aux parties dans leur rapport de responsabilité par le droit international privé vietnamien, liberté qui est seulement limitée par l'application du principe de proximité⁸². Ce sont des domaines où la volonté des parties n'est pas prise en considération dans le droit international privé québécois, alors qu'elle devrait l'être au regard des particularités du cyberspace.

CONCLUSION

L'entrée en jeu du monde numérique place les praticiens devant les réalités complexes que seul un raisonnement subtil du droit international privé permet de considérer pleinement. La perception du cyberspace comme un espace étranger dans la recherche de l'élément d'extranéité serait pour le moment une

80. Erik JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne », (1995) 251 R.C.A.D.I. 9, 163.

81. *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, R.O. 1988, p. 1776 (Suisse).

82. L'article 687 du Code civil vietnamien de 2015 permet aux parties de convenir de la loi applicable à la réparation du préjudice causé dans un cadre extracontractuel, à moins que l'auteur et la victime n'aient leur domicile ou résidence dans un même État, dont la loi sera alors applicable.

bonne solution pour traiter adéquatement les dossiers quant auxquels l'intervention du droit international privé est discutée.

La difficulté de localiser un objet ou un acte dans le cyberespace risque certes d'avoir des répercussions sur la recherche de l'ordre judiciaire ou juridique compétent. Il s'agit d'un grand problème qu'on ne peut ignorer. Cependant, il existe des moyens pour surmonter cet obstacle et l'évolution des techniques de rattachement vers la pluralité des méthodes offre certainement de bonnes solutions. Les changements du monde moderne ne poussent pas le droit international privé dans une impasse. Il s'agit au contraire d'un stimulateur pour son évolution.