

**Troisième réunion de la Commission spéciale sur
 la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers
 du 13 au 17 novembre 2017**

Document	Document préliminaire <input checked="" type="checkbox"/> Document de procédure <input type="checkbox"/> Document d'information <input type="checkbox"/>	No 6 de septembre 2017
Titre	Note sur le concept de « lien intentionnel et substantiel » visé à l'article 5(1)(g) et 5(1)(n)(ii) du projet de Convention de février 2017	
Auteur	Professeur Ronald A. Brand et Dr Cristina M. Mariottini	
Point de l'ordre du jour		
Mandat		
Objectif		
Mesure(s) à prendre	Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour décision <input type="checkbox"/> Pour information <input checked="" type="checkbox"/>	
Annexe(s)		
Document(s) connexe(s)		

A. INTRODUCTION*

1. L'article 5(1)(g) du projet de Convention de février 2017 énonce qu'un jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté si :

« [L]e jugement porte sur une obligation contractuelle et a été rendu dans l'État dans lequel l'obligation a été ou aurait dû être exécutée, conformément :

(i) à l'accord des partis ou,

(ii) à la loi applicable au contrat, à défaut d'un accord sur le lieu d'exécution,

sauf si les activités du défendeur en relation avec la transaction ne présentaient manifestement pas de lien intentionnel et substantiel avec cet État. »

2. Cette disposition provient de l'article 5(1)(e) du Projet de texte sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers préparé par le Groupe de travail relatif au projet sur les Jugements¹. À cet égard, il convient de préciser que, si le terme « lien intentionnel et substantiel » s'inspire en partie de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, il découle néanmoins d'un compromis et n'a pas de genèse particulière dans aucun des États.

3. L'on retrouve une terminologie analogue, entre crochets, à l'article 5(1)(n)(ii) du projet de Convention de février 2017² ; en vertu de cet article un jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté si :

« [L]e jugement porte sur la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust constitué volontairement et documenté par écrit, et : [...]

(ii) la loi de l'État d'origine est désignée, de façon expresse ou implicite, dans l'acte constitutif du trust comme étant la loi qui régit l'élément du trust qui fait l'objet du litige à l'origine du jugement [sauf si les activités du défendeur eu égard au trust ne présentaient manifestement pas de lien intentionnel ou substantiel avec cet État] ; [...]

Cet alinéa ne s'applique qu'aux jugements portant sur des aspects internes d'un trust, entre personnes étant ou ayant été au sein de la relation établie par le trust. »

4. Comme indiqué au paragraphe 29 de l'Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de février 2017, lors des discussions de la Commission spéciale de février 2017, « [c]oncernant l'article 5(1)(g) [du projet de Convention de février 2017], quelques experts ont exprimé des inquiétudes quant à la phrase "sauf si les activités du défendeur en relation avec la transaction ne présentaient manifestement pas de lien intentionnel et substantiel avec cet État". »³

5. Lors des réunions de la Commission spéciale, il a été indiqué qu'en incluant le terme « lien intentionnel et substantiel », l'article 5(1)(g) et 5(1)(n)(ii) tient compte de l'exigence, admise dans certains États, d'analyser de manière approfondie les contacts entre le défendeur et l'État du tribunal saisi avant que ce dernier ne puisse exercer sa compétence⁴. Si l'idée d'exiger un critère de rattachement entre les activités du défendeur et le for a recueilli un certain

* Cette Note a été généreusement préparée par le Professeur Ronald A. Brand et Dr Cristina M. Mariottini ; le Professeur Geneviève Saumier l'a commentée.

¹ Doc. pré-l. No 1 d'avril 2016 à l'attention de la Commission spéciale de juin 2016 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Les documents relatifs à la Commission spéciale sont disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Jugements » puis « Commission spéciale sur le projet sur les Jugements ».

² Voir Doc. trav. No 161 (États-Unis) ; Voir également le Rapport de séance No 9 de février 2017, para. 97 à 101 et le Rapport de séance No 10 de février 2017, para. 2 à 5.

³ Voir également la référence à cette phrase au para. 34 de l'Aide-mémoire de février 2017 concernant l'art. 5(1)(n)(ii).

⁴ Voir Rapport de séance No 4 de juin 2016, para. 107 et Rapport de séance No 9 de février 2017, para. 97.

soutien⁵, il a également été mis en exergue que la notion de « lien intentionnel et substantiel » était inconnue de nombreux ordres juridiques⁶.

6. Dans l'optique de favoriser des réflexions et discussions plus approfondies sur la notion de « lien intention et substantiel », la présente Note examine :

- L'application en matière de compétence, par la Cour suprême des États-Unis, des exigences d'une procédure légale régulière (*due process*) visées aux Cinquième et Quatorzième amendements à la Constitution américaine ;
- Le critère du « lien réel et substantiel » établi par la Cour suprême du Canada, qui s'applique également aux fins d'établissement de la compétence.

B. ANALYSE DE LA NOTION DE PROCÉDURE LÉGALE RÉGULIÈRE TELLE QU'APPLIQUÉE PAR LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

Limites à la compétence en raison de l'exigence d'une procédure légale régulière

7. Aux États-Unis, le tribunal doit disposer des compétences matérielle et personnelle pour connaître d'une affaire. L'article III de la Constitution américaine restreint la compétence matérielle des tribunaux fédéraux, alors que les tribunaux des états fédérés disposent d'une vaste compétence matérielle⁷. Les règles du projet de Convention sur les Jugements concernent la compétence personnelle. L'analyse de la compétence personnelle, que ce soit dans les tribunaux de l'État fédéral ou des états fédérés, commence par l'application de la loi relative à la compétence de l'État dans lequel se trouve le tribunal concerné⁸. Si dans certains états, la loi en matière de compétence énumère des fondements juridictionnels, dans d'autres, elle se contente d'allouer la compétence compte tenu des restrictions visées au Quatrième amendement à la Constitution américaine⁹. La section 1 du Quatorzième amendement énonce qu'aucun état « ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ». Cette disposition a été interprétée de manière à restreindre la compétence des tribunaux ; en effet, l'état sur le territoire duquel se trouve le tribunal concerné doit justifier d'un lien suffisant avec le défendeur pour exercer son pouvoir judiciaire sur ce dernier. Ainsi, au bout du compte, la question est de savoir si, malgré les restrictions dues à la clause de *due process*, le tribunal est compétent à l'endroit d'une partie (le défendeur). La clause de *due process* protège par conséquent le droit de toute personne de ne pas être privée de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière. Il s'agit donc d'un contrôle du pouvoir judiciaire au moyen de restrictions de la compétence personnelle.

8. Il est possible de satisfaire, de différentes manières, aux exigences d'une procédure légale régulière. À titre d'exemple, lorsque la personne consent expressément à la compétence du tribunal, aucune préoccupation n'est soulevée eu égard à la régularité de la procédure ; le consentement en soi assoit la procédure légale régulière¹⁰. La citoyenneté ou le domicile – ou, par analogie, la constitution en personne morale ou le principal établissement pour les entreprises – illustre également le lien pertinent entre la personne concernée et l'état

⁵ Voir, par ex., Rapport de séance No 4 de février 2017, para. 34 et Rapport de séance No 9 de février 2017, para. 98 et 99.

⁶ Voir Doc. trav. No 110 (Australie) et Rapport de séance No 4 de février 2017, para. 26 et 40. Les discussions portaient sur le remplacement du terme « lien intentionnel et substantiel » par « lien étroit », mais cette proposition n'a pas fait l'objet d'un consensus. Voir Rapport de séance No 4 de février 2017, para. 27 et 33 à 40. Voir, en particulier, le para. 34 qui fait état du fait que plusieurs experts (États-Unis, Union européenne et Fédération de Russie) s'opposent à la proposition. Ils considèrent essentiel de maintenir le libellé de « lien intentionnel et substantiel » en ce qu'il rend compte du lien crucial entre le défendeur et l'État d'origine. Lors de la réunion de la Commission spéciale de juin 2016, l'Australie avait exprimé une inquiétude similaire, proposant une formulation plus abstraite visant à permettre aux États-Unis de respecter leurs exigences constitutionnelles, tout en n'imposant rien aux États qui ne connaissent pas ce concept ; cette proposition n'a toutefois pas recueilli de consensus. Voir Rapport de séance No 4 de juin 2016, para. 111.

⁷ Pour une discussion plus détaillée des questions de compétence des tribunaux américains, voir R.A. Brand, *Due Process, Jurisdiction and a Hague Judgments Convention*, 60 *University of Pittsburgh Law Review* 661 (1999).

⁸ *Id.*, p. 669 à 671.

⁹ Quatorzième amendement à la Constitution américaine. Le Cinquième amendement contient également une clause relative à la procédure légale régulière qui s'applique au Gouvernement fédéral, c'est néanmoins généralement le Quatorzième amendement qui s'applique à cet égard. Voir R.A. Brand (*op. cit.* note 7), p. 664.

¹⁰ Par ex., *Insurance Corp. of Ireland v. Compagnie des Bauxites de Guinee*, 456 U.S. 694, 703 (1982).

permettant d'établir la compétence des tribunaux de ce dernier¹¹. Chacun de ces exemples fait état de circonstances, ou à tout le moins d'un comportement, desquels on peut déduire une volonté de bénéficier des lois de l'état du for de sorte que cela justifie de se placer sous sa compétence¹². Ces exemples entérinent l'exercice de la compétence générale des tribunaux des états et leur permet de résoudre à la fois des affaires qui trouvent leurs origines dans leur état et d'autres qui découlent d'activités ou d'événements survenus ailleurs¹³.

9. Selon ses propres termes, la clause de *due process* s'applique à toute personne, et non seulement aux citoyens américains ou d'un état fédéré en particulier. Dès lors, les personnes physiques et morales qui résident ou exercent leur activité principalement en dehors d'un état ont le droit de ne pas être poursuivies devant les tribunaux de cet état sans procédure légale régulière. À cet égard, dans l'affaire *International Shoe Company v. Washington*¹⁴, la Cour suprême des États-Unis a jugé que l'exigence d'une procédure légale régulière pouvait se fonder, non seulement sur le concept formaliste de la présence physique du défendeur sur le territoire de l'état du for mais également sur l'idée selon laquelle, en choisissant d'entreprendre des activités dans cet état, celui-ci s'est lui-même placé en situation d'être attiré en justice dans cet état pour les litiges relatifs à ces mêmes activités. Dans cette affaire, la Cour suprême a constaté que les dernières évolutions en termes de transport et de communication, ainsi que les évolutions de la notion de personnalité juridique faisaient obstacle à une conception purement formaliste de la compétence personnelle. Plus spécifiquement, la Cour suprême a conclu que, pour exercer sa compétence d'une manière conforme à la Constitution (autrement dit, d'une manière qui remplisse les exigences d'une procédure légale régulière), un tribunal sera en mesure de juger un défendeur uniquement (i) si ce dernier entretient des « contacts minimums » avec l'état du for, autrement dit uniquement si l'activité qu'il exerce dans cet état est suffisante « de sorte que la gestion de l'affaire ne méconnaît pas "les notions traditionnelles d'équité et de justice" » et, (ii) si la relation entre le défendeur et l'état du for est telle qu'il est « raisonnable [...] d'exiger de la personne morale qu'elle se défende dans le cadre d'une affaire portée devant les tribunaux de cet état »¹⁵.

10. Dans l'affaire *International Shoe*, la Cour suprême a dû, en raison de la nécessité de disposer de règles s'accommodant de la fiction de la personnalité juridique, se concentrer sur le comportement des responsables agissant au nom de la personne morale. Pour ce qui est d'assurer la conformité à la Constitution de la compétence à l'endroit de défendeurs non-résidents, la Cour suprême a relevé deux variables. Ces variables ont trait, tout d'abord, à l'étendue et à l'intensité des activités du défendeur sur le territoire de l'état du for et, en second lieu, au lien entre ces activités et le fait générateur du litige¹⁶. Une activité « continue et systématique » conforte la compétence générale du tribunal sur le défendeur, lui permettant de statuer sur des actions intentées contre celui-ci, qu'elles découlent ou non d'activités menées sur le territoire de cet état¹⁷. En revanche, un contact « unique et isolé » facilite (au mieux) une compétence spécifique dans le cadre d'une action découlant nécessairement de ce contact¹⁸.

11. Avec l'analyse récente de l'exigence de procédure légale régulière, la Cour suprême américaine a rapproché les fondements de la compétence générale de la notion de domicile, utilisée comme principal fondement de la compétence générale dans le cadre du Règlement

¹¹ *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown*, 564 U.S. 915 (2011).

¹² Cf. *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 476 (1985).

¹³ *Helicopteros Nacionales de Colombia, S. A. v. Hall*, 466 U.S. 408, 414, et n. 9 (1984).

¹⁴ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

¹⁵ *Id.* p. 316 et 317 (1945) (citant *Milliken v. Meyer*, 311 U.S. 457, 463 (1940)) [traduction du Bureau Permanent].

¹⁶ *Id.* p. 316 à 320.

¹⁷ *Id.* p. 317 :

Il n'y a, sur ce point, jamais eu de doute quant à la « présence » dans l'état puisque les activités de l'entreprise sur le territoire de cet état sont non seulement continues et systématiques, mais qu'elles engendrent en outre des responsabilités, qui font l'objet d'actions en justice, même lorsque l'entreprise n'a pas consenti à de telles poursuites ou lorsqu'aucun agent n'est autorisé à accepter notification des actes. *St. Clair v. Cox*, 106 U.S. 350, 355, 1 S. Ct. 354, 359, 27 L. Ed. 222 ; À l'inverse, il est généralement admis que la présence fortuite d'un agent de l'entreprise ou le fait qu'il mène, au nom de l'entreprise et de manière ponctuelle ou isolée, des activités dans cet état ne constituent pas des éléments suffisants pour attirer l'entreprise en justice pour des faits qui ne sont pas liés à son activité dans cet état.

¹⁸ *Id.*

Bruxelles I *bis* de l'Union européenne¹⁹. Dans l'affaire *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A., v. Brown*²⁰, la Cour suprême a de nouveau insisté sur une notion de la compétence fondée sur le pouvoir, énonçant que « la déclaration de compétence d'un tribunal d'un état expose les défendeurs au pouvoir de contrainte de cet état et fait dès lors l'objet d'un contrôle de conformité à la clause de *due process* du Quatorzième amendement »²¹. Dans le cadre de l'application aux entreprises de cette notion de compétence fondée sur le pouvoir, la Cour suprême a poursuivi en indiquant qu'« [un] tribunal peut se prévaloir d'une compétence générale sur des entreprises étrangères (basées dans un autre état fédéré ou dans un État étranger) pour connaître de toute action en justice les concernant, à condition qu'elles fassent état de liens "continus et systématiques" avec l'état de manière qu'il est considéré que leur domicile se trouve sur le territoire de l'état du for. »²² Ainsi, la Cour suprême a conclu que « [p]our une personne physique, son lieu de résidence constitue l'exemple typique du for pour l'exercice de la compétence générale ; pour une personne morale, il s'agit d'un lieu équivalent, qui est considéré comme son domicile. »²³ Dernièrement, dans un autre arrêt, *Daimler AG v. Bauman*, la Cour suprême a étayé son analyse de la compétence générale présentée dans la jurisprudence *Goodyear* ; elle a déclaré que « selon l'arrêt *Goodyear*, la question n'est pas de savoir si les contacts de l'entreprise étrangère au sein de l'état peuvent être considérés comme étant "continus et systématiques", mais si ses liens avec cet état sont "continus et systématiques" de telle sorte que ce dernier est considéré comme son domicile »²⁴.

12. Le jour même où elle a statué sur l'affaire *Goodyear*, la Cour suprême des États-Unis s'est également penchée sur des questions de compétence spécifique dans l'affaire *J. McIntyre Machinery Ltd. v. Nicastro*²⁵. Considérant que les dispositions pertinentes du projet de Convention sur les Jugements portent sur une compétence spécifique (ou « spéciale » selon la terminologie utilisée dans le Règlement Bruxelles I *bis*), cette compétence nous intéresse en premier lieu. Malheureusement, aucune opinion majoritaire susceptible de donner des indications claires quant à l'état actuel de l'application de la clause de *due process* en matière de compétence spécifique ne s'est dégagée de l'arrêt *Nicastro*. Une opinion pluraliste (quatre juges) écrite par le juge Kennedy énonçait que « [l]a principale question dans les affaires de cette nature consiste à se demander si les activités du défendeur traduisent une volonté de se soumettre au pouvoir souverain d'un État » et que « [l]e transfert de marchandises par le défendeur ne permet d'exercer la compétence que lorsque l'on peut affirmer qu'il visait spécifiquement cet état ; de manière générale, le fait qu'il ait pu être en mesure de prévoir l'arrivée de ses biens dans l'état du for ne constitue pas un élément suffisant »²⁶. En parallèle, l'opinion dissidente (trois juges) écrite par le juge Ginsburg faisait valoir que « l'interprétation dominante selon laquelle le consentement représente le concept phare ne se fonde sur aucun précédent établi par la présente Cour » et que « [l]'appréhension moderne de la compétence à l'endroit des entreprises et autres personnes morales, annoncée par *International Shoe*, donne la part belle à la raison et à l'équité. »²⁷

13. Enfin, cette année, dans l'affaire *Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of Cal., San Francisco Cty.*, la Cour suprême américaine a conclu qu'en matière de « compétence spécifique, les liens généraux entretenus par le défendeur avec l'état du for ne sont pas suffisants »²⁸. Se fondant en particulier sur l'affaire *Walden v. Fiore et al.* (« la relation d'un défendeur avec un [...] tiers, prise isolément, ne constitue pas un élément suffisant pour fonder la compétence »²⁹), les juges ont conclu, à la majorité, que pour se prévaloir d'une compétence spécifique, il est nécessaire d'établir « un lien entre le for et le contentieux précis en l'espèce » ; « le même critère s'applique même lorsque des tiers (en l'espèce, des demandeurs résidant en Californie)

¹⁹ Règlement (UE) No 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), OJ L 351, 20 décembre 2012, p. 1 à 32.

²⁰ *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown*, 564 U.S. 915 (2011).

²¹ *Id.* p. 918 et 919, [traduction du Bureau Permanent].

²² *Id.* [traduction du Bureau Permanent].

²³ *Id.* p. 919 [traduction du Bureau Permanent].

²⁴ *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. ____ (2014) [traduction du Bureau Permanent]. Voir également, très récemment *BNSF Railway Co. v. Tyrrel*, 581 U.S. ____ (2017).

²⁵ *J. McIntyre Machinery Ltd. v. Nicastro*, 564 U.S. 873 (2011).

²⁶ *Id.* p. 882 [traduction du Bureau Permanent].

²⁷ *Id.* p. 903 [traduction du Bureau Permanent].

²⁸ *Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of Cal., San Francisco Cty.*, 582 U.S. ____ (2017) (opinion dissidente du juge Sotomayor, J.) [traduction du Bureau Permanent].

²⁹ *Walden v. Fiore et al.*, 571 U.S. ____ (résumé de l'arrêt, p. 8) (2014).

sont en mesure de présenter des demandes semblables à celles présentées par des non-résidents »³⁰. Le simple fait, comme en l'espèce, que d'autres demandeurs (résidant sur le territoire de l'état) se soient vus prescrire des médicaments, qu'ils ont ensuite obtenu puis ingéré dans un état – et qu'ils aient subi les mêmes préjudices que des non-résidents – n'autorise pas l'état à se prévaloir d'une compétence spécifique quant aux demandes des non-résidents. En outre, le fait que le défendeur ait fait une pub massive, commercialisé son produit à grande échelle dans cet état et signé un contrat avec un distributeur local ne suffit pas à établir la compétence personnelle dans cet état.

Le « lien intentionnel et substantiel » à la lumière de la jurisprudence américaine

14. Le critère du « lien intentionnel et substantiel » prévu dans l'actuel projet de Convention sur les Jugements entend proposer un langage qui traduit le droit de plus d'un Membre de la Conférence de La Haye. Néanmoins, dans la mesure où cette formule traduit plusieurs éléments de la jurisprudence américaine en matière de *due process*, certains termes issus de précédents de la Cour suprême dans des affaires impliquant l'application de la clause de *due process* à des questions de compétence personnelle ont été repris, à l'instar des notions :

- a. de « contacts minimums » avec l'État du for³¹ ;
- b. d'activité par laquelle le défendeur « se prévaut délibérément des privilèges qu'impliquent l'entreprise d'activités dans l'État du for, se retranchant ainsi derrière les avantages et protections de ses lois »³² ;
- c. de « prévisibilité » ; néanmoins, « la simple probabilité qu'un produit se retrouve dans l'État du for ne suffit pas à établir la prévisibilité décisive à l'analyse de la procédure légale régulière. Au contraire, le comportement du défendeur et ses liens avec l'État du for doivent être tels qu'il peut raisonnablement s'attendre à être trainé devant les tribunaux dans cet État »³³ ;
- d. d'une conjonction de ses éléments de manière que « [l]e "lien substantiel" entre le défendeur et l'État du for nécessaire à l'établissement de contacts minimums doit découler d'une action délibérée du défendeur dirigée vers l'État du for »³⁴.

15. Il peut être tout aussi important de comprendre ce que ce langage n'englobe pas. La clause de *due process* n'équivaut en aucun cas à un octroi quelconque d'une compétence judiciaire. En vertu de la jurisprudence de la Cour suprême américaine, il s'agit plutôt d'une *restriction* de la compétence judiciaire. En outre, tout comme le terme contenu dans le projet de Convention et dans le langage de la Cour suprême américaine, le terme « lien intentionnel et substantiel » examiné ici s'applique en matière de compétence spéciale.

16. La Cour suprême américaine a estimé qu'une vente unique à un client qui emmène le produit à l'origine d'un accident dans un autre état (sur le territoire duquel se produit l'accident) ne constitue pas un élément suffisant pour se prévaloir de la compétence personnelle³⁵. Dans plusieurs opinions individuelles, la Cour suprême a vivement laissé entendre qu'une vente unique d'un produit dans un état ne constituait pas un fondement suffisant pour établir la compétence à l'endroit d'un défendeur étranger (qu'il vienne d'un autre état américain ou d'un État étranger), même si ce dernier place ses produits dans le flot commercial, en pleine connaissance du fait (et espérant) que cela aboutira à une vente³⁶. Ainsi, pour les États-Unis,

³⁰ *Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of Cal., San Francisco Cty.*, 582 U.S. ____ (2017) [traduction du Bureau Permanent].

³¹ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 316-317 (1945).

³² *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235, 253 (1958) [traduction du Bureau Permanent].

³³ *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286, 297 (1980) [traduction du Bureau Permanent].

³⁴ *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court*, 480 U.S. 102, 112 (1987) [traduction du Bureau Permanent].

³⁵ Voir *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980).

³⁶ Voir *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of Cal., Solano Cty.*, 480 U.S. 102, 111, 112, (1987) (O'Connor, J.) (exigeant « plus » qu'un simple placement de « produits dans le flot commercial », même si le défendeur est conscient du fait que ce flot « est susceptible d'emporter ou qu'il emportera son produit dans l'état du for » [traduction du Bureau Permanent] ; *id.*, p. 117, 107 (Brennan, J., souscrivant en partie aux motifs de la majorité et se ralliant à celle-ci) (la compétence devrait reposer sur le fait qu'une vente dans un état fait partie « d'un flot commercial régulier et anticipé » dans cet état, et non sur le fondement d'une simple vente « à contre-courant », autrement dit d'un événement isolé) ; *id.*, p. 122, (Stevens, J., souscrivant en partie aux motifs de la majorité et se ralliant à celle-ci) (déclarant que « le volume, la valeur et la

le terme « lien intentionnel et substantiel » comprend l'idée que l'activité du défendeur exercée dans l'état du for ou le visant est intentionnelle sur le fond, et non seulement sur la forme. Cette activité doit être menée dans un but précis.

C. LE CRITÈRE CANADIEN DU « LIEN RÉEL ET SUBSTANTIEL »

Le critère du lien réel et substantiel comme limite à la compétence

17. Lors de l'établissement d'une jurisprudence fondamentale en matière de compétence, les tribunaux canadiens ne se sont pas particulièrement concentrés sur le caractère intentionnel de l'activité du défendeur mais se sont plutôt interrogés quant à savoir si cette activité et le litige y afférent justifient d'un lien substantiel avec l'État du for. En conséquence, est apparu, pour la première fois dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd*³⁷, le critère du « rapport réel et substantiel ». Dans cette affaire, la Cour suprême a constaté que l'évolution de la jurisprudence anglaise avait tendance à se concentrer, à des fins d'établissement de la compétence, sur l'existence d'un lien significatif entre le litige et l'État du for, laissant présager du « critère du lien réel et substantiel ». La Cour suprême a ensuite appliqué ce critère afin de déterminer si la province canadienne était compétente dans le cadre d'une action en justice intentée pour responsabilité du fait d'un produit³⁸.

18. La Cour suprême a officiellement adopté le critère du « lien réel et substantiel » dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, dans lequel elle l'a appliqué à la reconnaissance, par les tribunaux d'une province, d'un jugement rendu par les tribunaux d'une autre province dans le cadre d'une action personnelle intentée dans cette dernière, à un moment où le défendeur n'y résidait plus³⁹. Rappelant sa décision dans l'affaire *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd*, la Cour suprême canadienne a conclu que « si notre Cour estime qu'il est intrinsèquement raisonnable qu'un tribunal exerce sa compétence dans des circonstances semblables à celles décrites, il serait vraiment étrange qu'elle ne trouve pas également raisonnable que les tribunaux d'une autre province reconnaissent et appliquent le jugement du premier tribunal »⁴⁰. Dans ce contexte, la Cour a déclaré qu'en adoptant « la méthode qui permet de poursuivre à l'endroit qui a un lien réel et substantiel avec l'action, on établit un équilibre raisonnable entre les droits des parties. Cela fournit une certaine protection contre le danger d'être poursuivi dans des ressorts qui n'ont que peu ou pas de lien avec l'opération ou les parties. Dans un monde où les objets les plus courants qu'on achète ou qu'on vend viennent d'ailleurs ou sont fabriqués ailleurs et où des gens déménagent constamment d'une province à l'autre, il est tout bonnement anachronique de s'en tenir à une "théorie de la capacité d'exécution" ou à un seul situs des délits civils ou des contrats pour l'exercice convenable de compétence. »⁴¹

19. L'arrêt *Hunt v. T&N plc*.⁴² a par la suite confirmé le rôle constitutionnel du critère du « lien réel et substantiel » dans le droit canadien. La Cour suprême a signalé que « [s]elon l'arrêt *Morguard*, une façon plus conciliante d'aborder la reconnaissance et l'exécution reposait sur l'existence d'un "lien réel et substantiel" avec le tribunal qui s'est déclaré compétent et a rendu jugement. Contrairement à ce qu'ont fait remarquer certains auteurs et certains juges de tribunaux d'instance inférieure, cela ne se voulait pas un critère rigide, mais visait simplement à exprimer l'idée que les revendications de compétence doivent être assujetties à certaines limites. »⁴³ Elle a poursuivi en précisant que « [l]es limites de ce qui constitue une déclaration raisonnable de compétence n'ont pas été déterminées et j'ajoute qu'aucun critère ne pourra peut-être jamais être appliqué rigidement ; aucun tribunal n'a jamais pu prévoir tous ces cas ». Elle a ajouté que « les tribunaux sont tenus, en vertu de contraintes constitutionnelles, de ne se déclarer compétents que s'il y a des liens réels et substantiels avec cet endroit. »⁴⁴

dangereuse » d'un bien sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'établissement de la compétence et insistant sur la « nature régulière des échanges » d'Asahi).

³⁷ *Moran v Pyle National (Canada) Ltd*, [1975] 1 SCR 393.

³⁸ *Id.*, para. 28.

³⁹ *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* [1990] 3 SCR 1077.

⁴⁰ *Id.* p. 1107.

⁴¹ *Id.* p. 1109.

⁴² *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 SCR 289.

⁴³ *Id.* p. 325.

⁴⁴ *Id.*

20. Dans l'arrêt *Beals v. Saldanha*⁴⁵, la Cour suprême canadienne a étendu le critère du « lien réel et substantiel », appliqué à l'origine à la reconnaissance des jugements d'une autre province, à la reconnaissance des jugements étrangers⁴⁶. Ce faisant, elle a conclu :

« Le critère du "lien réel et substantiel" requiert l'existence d'un lien important entre la cause d'action et le tribunal étranger. En outre, il est raisonnable d'assujettir au droit d'un ressort étranger le défendeur qui a été un acteur ou qui a participé à quelque chose d'important dans ce ressort. Un lien éphémère ou relativement peu important ne suffit pas pour qu'un tribunal étranger soit compétent. Le lien avec le ressort étranger doit être substantiel. »⁴⁷

Ce langage laisse entendre que le « lien » pertinent peut se retrouver soit entre le fait générateur du litige et le tribunal d'origine, soit entre le défendeur et le tribunal d'origine.

21. Dans l'arrêt *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*⁴⁸, la Cour suprême canadienne s'est fondée sur une opinion rendue antérieurement par une Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Muscutt et al. v. Courcelles et al*⁴⁹, en vue de faire évoluer le critère du « lien réel et substantiel ». La Cour suprême a indiqué que « [d]ans son évolution, [ce critère] est devenu un critère ou un principe constitutionnel important qui limite la portée des lois provinciales et la compétence des tribunaux provinciaux » et ajoute qu'il « reflète [...] la portée territoriale limitée de la compétence accordée aux provinces par la *Loi constitutionnelle* »⁵⁰. Le juge LeBel, rédigeant l'opinion de la Cour, a insisté sur l'importance de ce critère :

« [i]l faut conserver une nette distinction entre, d'une part, les facteurs ou les situations de fait qui relie l'objet du litige et le défendeur au tribunal et, d'autre part, les principes et les outils d'analyse, comme les valeurs que sont l'équité et l'efficacité ou le principe de la courtoisie. Ces principes et outils d'analyse éclaireront l'examen des facteurs en vue de décider s'il est satisfait au critère du lien réel et substantiel. »⁵¹

Au fur et à mesure de l'opinion, les juges ont encore insisté sur l'importance du lien entre le litige, le défendeur et l'État du for :

« Les règles de droit international privé visent à établir s'il existe un lien réel et substantiel entre le tribunal, l'objet du litige et le défendeur. Si l'existence d'un lien à l'égard d'une situation factuelle et juridique a été établie, le tribunal doit se déclarer compétent relativement à tous les aspects du recours. Le demandeur ne devrait pas être tenu d'intenter une action en responsabilité délictuelle au Manitoba et une demande connexe de restitution en Nouvelle-Écosse. La création d'une telle situation ne respecterait aucun principe d'équité et d'efficacité. »⁵²

Le juge LeBel a ensuite énuméré des éléments de rattachement présumant de l'existence d'un lien réel et substantiel.

22. Dans l'arrêt *Van Breda*, le juge LeBel a conclu son opinion par une liste d'éléments de rattachement présumant de l'existence d'un lien réel et substantiel. Lorsqu'il constate l'existence d'un tel élément de rattachement, le tribunal exerce sa compétence à moins que le défendeur ne soit en mesure d'établir l'absence de lien réel et substantiel. Si, en revanche, il n'existe aucun élément de rattachement présumant de l'existence d'un lien réel et substantiel, il incombe au demandeur de prouver qu'il existe un lien suffisant entre le litige et le for. Le juge LeBel a indiqué que, dans une affaire de responsabilité délictuelle, telle que *Van Breda* :

⁴⁵ *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 SCR 416, 2003 SCC 72 (opinion dissidente des juges Iacobucci, Binnie et LeBel).

⁴⁶ Si l'arrêt *Morguard* ne s'est pas en soi prononcé sur l'application de ce critère à des jugements étrangers, certains tribunaux ont étendu l'application de cet arrêt à des jugements rendus hors du Canada : *Moses v. Shore Boat Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (B.C.C.A.), refus de l'autorisation d'interjeter appel, [1994] 1 S.C.R. xi; *United States of America v. Ivey* (1996), 30 O.R. (3d) 370 (C.A.); *Old North State Brewing Co. v. Newlands Services Inc.*, [1999] 4 W.W.R. 573 (B.C.C.A.).

⁴⁷ *Id.*, para. 32.

⁴⁸ *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 SCR 572.

⁴⁹ *Muscutt et al. v. Courcelles et al.* 60 O.R. (3d) 20.

⁵⁰ *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 SCR 572, para. 69.

⁵¹ *Id.*, para. 79.

⁵² *Id.*, para. 99.

« les facteurs suivants constituent des facteurs de rattachement créant une présomption qui, à première vue, autorisent une cour à se déclarer compétente à l'égard du litige :

- (a) le défendeur a son domicile dans la province ou y réside ;
- (b) le défendeur exploite une entreprise dans la province ;
- (c) le délit a été commis dans la province ;
- (d) un contrat lié au litige a été conclu dans la province. »⁵³

23. Si le dispositif de l'arrêt *Van Breda* énonce de manière répétée le terme « lien réel et substantiel », ce qui doit être relié n'a que très rarement été évoqué. Le langage de l'arrêt *Beals* laisse supposer qu'un lien est nécessaire entre l'État du for et le fait générateur du litige ou le défendeur.

24. En 2015, dans son arrêt *Chevron Corp. v. Yaiguaje*⁵⁴, la Cour suprême s'est interrogée sur la compétence en matière de reconnaissance, autrement dit s'il convient qu'il y ait un lien réel et substantiel entre le tribunal canadien et le litige ou le défendeur aux fins de reconnaissance et d'exécution d'un jugement étranger. Elle a en conséquence procédé à un réexamen du critère du lien réel et substantiel. Ce faisant, elle a réaffirmé l'application de ce critère en matière de compétence indirecte. La Cour suprême a cité l'arrêt *Beals*, étant entendu que « le critère du lien réel et substantiel devait également s'appliquer aux jugements pécuniaires rendus par les tribunaux de pays étrangers »⁵⁵. Par conséquent, si la Cour suprême a appliqué le même critère à des fins d'établissement de compétences directe et indirecte, elle ne l'a pas explicitement étendu à la compétence aux fins de reconnaissance.

25. L'évolution jurisprudentielle du critère du « lien réel et substantiel » au Canada s'est accompagnée de réformes législatives. La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a préparé la *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le transfert des causes* ; l'objectif était de fournir aux tribunaux dans les provinces des règles claires régissant la compétence et la doctrine du *forum non conveniens*⁵⁶. L'article 3(e) de cette loi (« procédure *in personam* ») prévoit qu'un tribunal peut exercer la compétence s'« il existe un lien réel et substantiel entre [province ou territoire qui adopte la Loi] et les faits sur lesquels est fondée l'instance ». L'article 10 (« lien réel et substantiel ») énumère diverses circonstances dans lesquelles un tel lien est présumé exister. À titre d'exemple, il définit des éléments susceptibles d'établir un lien pertinent présumé en cas d'action intentée contre un fiduciaire (*trustee*) eu égard au rendement des obligations fiduciaires (art. 10(d)), des éléments applicables sur le fondement de droits de propriété ou de droits liés à un contrat (art. 10(e)) et des éléments applicables aux actions en responsabilité délictuelle (art. 10(g)). La liste des éléments de rattachement visée à l'article 10 n'est pas exhaustive et des circonstances supplémentaires peuvent permettre d'établir un « lien réel et substantiel ».

Le lien intention et substantiel à la lumière de la jurisprudence canadienne

26. L'utilisation du mot « substantiel », dans l'expression « lien intentionnel et substantiel » contenue dans l'actuel projet de Convention, s'inspire du critère du « lien réel et substantiel » qui établit les limites constitutionnelles à la compétence des tribunaux canadiens. Les arrêts qui ont délimité les contours du critère du « lien réel et substantiel » relevaient selon le cas de compétences directe et indirecte, indiquant ainsi clairement que ce critère s'applique tant à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers qu'à l'établissement de la compétence du tribunal d'origine.

27. Tout comme la limite du *due process* aux États-Unis, le critère du « lien réel et substantiel » s'applique en conjonction avec l'un quelconque des éléments de rattachement afin d'établir la conformité de l'exercice de la compétence, que ce soit par le tribunal d'origine canadien ou un tribunal étranger dont le jugement est présenté aux fins de reconnaissance et d'exécution, à la Constitution. Cependant, au Canada la limite est clairement moins rigoureuse qu'aux États-Unis, au moins à deux égards. Tout d'abord, si aux États-Unis le lien doit être

⁵³ *Id.*, para. 90.

⁵⁴ *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, 2015 CSC 42.

⁵⁵ *Id.*, para 32.

⁵⁶ Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le transfert des causes* (disponible à l'adresse : < <http://www.ulcc.ca/fr/accueil> >) (consulté le 14 septembre 2017).

établi entre l'état du for et le défendeur, au Canada, il peut l'être entre l'État du for et le défendeur ou le litige. Ensuite, aux États-Unis, il incombe à la partie excipant de la compétence de démontrer qu'il est satisfait à l'exigence constitutionnelle. Au Canada, à tout le moins en matière délictuelle, une fois que la partie excipant de la compétence a mis en exergue l'un des éléments de rattachement présumant de l'existence d'un lien réel et substantiel, la charge revient à l'autre partie qui doit contester l'existence de ce lien⁵⁷. La double négation utilisée à l'article 5(1)(g) et 5(1)(n)(ii) du projet de Convention de février 2017 traduit ce transfert de la charge de la preuve. À titre d'exemple, l'article 5(1)(g) énonce qu'un jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté si le tribunal d'origine se trouve dans l'État qui correspond au lieu d'exécution de l'obligation contractuelle « sauf si les activités du défendeur en relation avec la transaction ne présentaient manifestement pas de lien intentionnel et substantiel avec cet État ». Ce transfert de la charge de la preuve fait écho à l'application canadienne du critère du lien réel et substantiel.

D. TROUVER UN LIBELLÉ QUI SUSCITE UNE DÉMARCHE CONSENSUELLE QUANT AUX CRITÈRES DE COMPÉTENCE INDIRECTE EN MATIÈRE CONTRACTUELLE ET DE TRUST (art. 5(1)(g) et 5(1)(n))

28. Dans leur manière d'aborder les compétences directe et indirecte, les États-Unis et le Canada ne s'appuient pas seulement sur une simple liste d'éléments de rattachement. Il existe, dans chacun de ces deux ordres juridiques, des lois qui définissent des éléments de rattachement à des fins d'établissement de la compétence. Si aux États-Unis, le lien doit être établi entre l'état du for et le défendeur, au Canada, il peut l'être entre l'État du for et le défendeur ou le litige. Dans ces deux ordres juridiques, ce critère du lien vise à asseoir l'équité de l'exercice de la compétence à l'endroit d'un défendeur étranger. Aux États-Unis, la jurisprudence qui applique ce critère renvoie souvent, comme élément fondamental, au comportement délibéré du défendeur dans l'état du for ou à destination de cet état, alors que la jurisprudence canadienne en la matière se concentre sur le lien substantiel. Cette dernière établit également le type de transfert de la charge de la preuve que l'on retrouve dans le projet de Convention. Ainsi, la terminologie utilisée dans l'actuel projet de Convention s'inspire de ces deux ordres juridiques, et ce dans l'optique d'établir des règles applicables au niveau multilatéral.

⁵⁷ *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 SCR. 572, para. 100.