



# **Le délai de prescription applicable à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère au Québec**

**Mémoire**

**Antoine Motulsky-Falardeau**

**Maîtrise en droit**  
Maître en droit (LL. M.)

Québec, Canada

© Antoine Motulsky-Falardeau, 2014



## Résumé

Quelle est la loi qui régit le délai de prescription applicable à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère au Québec? Le Code civil réfère à la loi qui s'applique au fond du litige. Mais quel fond et quel litige? Ce mémoire analyse différentes hypothèses envisageables à partir de l'histoire de la loi applicable à la prescription ainsi que de la qualification de la prescription en droit interne. Pour tenir compte des besoins des parties et de leur sécurité juridique, l'auteur démontre que la solution dépend de la nature du rapport établi entre la procédure et la substance des droits, ainsi que de la conception que l'on a de l'action en justice et de l'effet d'une sentence arbitrale sur les droits des parties. La solution retenue – la loi applicable au différend réglé par la sentence – semble la mieux adaptée aux besoins identifiés, mais elle n'est pas exempte de difficulté.



## Table des matières

Liste des abréviations.....	vii
Dédicace.....	ix
Remerciements.....	xi
Introduction.....	1
I. La prescription.....	5
A. La loi applicable à la prescription.....	7
1. Évolution historique.....	9
a) Bartole.....	13
b) D'Argentré et Coquille.....	19
c) Hollande.....	23
d) France.....	29
e) Angleterre et États-Unis.....	45
f) Canada.....	59
g) Québec.....	65
2. Conclusion sur la loi applicable à la prescription.....	75
B. La qualification de la prescription.....	77
1. Source de la qualification.....	79
2. Discordance des qualifications.....	83
a) Catégories internationales et catégories internes.....	85
b) Particularité de la qualification procédurale.....	87
c) Application de la lex causae à la procédure.....	93
3. Distinction entre le droit et l'action.....	101
a) Action spécifique.....	105
b) Action générale.....	113
c) Fin de non-recevoir.....	123
d) Droit naturel.....	129

4.	Fondements de la prescription .....	133
5.	Effets de la prescription .....	139
a)	Irrecevabilité et fin de non-recevoir .....	141
b)	Prescription et déchéance .....	145
c)	Exception perpétuelle .....	155
d)	Subsistance d'une obligation.....	159
6.	Conclusion sur la qualification .....	169
II.	La règle de conflit .....	171
A.	Hypothèses reliées aux parties .....	173
1.	Tribunal saisi de la demande d'exécution.....	175
a)	Pertinence de la prescription .....	177
b)	Délai en vertu de la loi québécoise.....	189
c)	Objet de la prescription .....	197
2.	Domicile du débiteur de la sentence .....	201
B.	Hypothèses reliées à la sentence arbitrale .....	205
1.	Siège de l'arbitrage .....	207
2.	Procédure arbitrale .....	213
3.	Droit international.....	217
C.	Hypothèses liées au litige entre les parties.....	223
1.	Loi applicable selon les règles de conflit québécoises.....	225
2.	Loi appliquée par l'arbitre .....	227
	Conclusion.....	241
	Bibliographie.....	243
	Lois, traités et travaux préparatoires .....	243
	Jurisprudence.....	245
	Doctrines.....	253

## Liste des abréviations

A.C.	Appeal Cases (Royaume-Uni)
A.I.D.I	Annuaire de l'Institut de droit international
Adv. Q	Advocate's Quarterly
AJCL	American Journal of Comparative Law
Arb. Int.	Arbitration International
Ariz. St. L.J.	Arizona State Law Journal
B.E.	Banque Express (Azimut)
B.R.	Recueil de jurisprudence du Québec (Banc du Roi)
B.Y.B.I.L	British Yearbook of International Law
Bull. A.S.A.	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage
Bull. CCI	Bulletin de la Chambre de commerce international
Bull.	Bulletin de la Cour de cassation (France)
C. Arb.	Cahier de l'arbitrage
C.A.	Recueil de jurisprudence du Québec (Cour d'appel)
C.c.B.-C.	Code civil du Bas-Canada
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.civ.fr.	Code civil (France)
C.F.	Cour fédérale
C.N.U.D.C.I.	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
C.P.	Cour provinciale
C.p.c.	Code de procédure civile
C.p.c.fr.	Code de procédure civile (France)
C.S.	Recueil de jurisprudence du Québec (Cour supérieure)
D.	Recueil Dalloz
Dalhousie L.J.	Dalhousie Law Journal
Doc. N.U.	Documents des Nations Unies
E.R.	English Reports
EYB	Éditions Yvon Blais (La Référence)
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Ill. L.R.	Illinois Law Review
J. Int. Arb.	Journal of International Arbitration
J.C.P.	Semaine juridique (édition générale)
J.D.I.	Journal du droit international (Clunet)
J.E.	Jurisprudence Express (Azimut)
J.P.I.L	Journal of Private International Law
J.Q.	Jurisprudence du Québec (Quicklaw)

L. Q. Rev	Law Quarterly Review
L.C.J.	Lower Canada Jurist
L.O.	Lois de l'Ontario
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
M.L.R.	Montreal Law Reports
Mich. L.Rev.	Michigan Law Review
ONSC	Cour supérieure de l'Ontario
Ox. J. Leg. Stu.	Oxford Journal of Legal Studies
QCCA	Cour d'appel du Québec
QCCQ	Cour du Québec
QCCS	Cour supérieure du Québec
R. du B. can	Revue du Barreau canadien
R. du B.	Revue du Barreau
R. du N	Revue du notariat
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international
R.C.D.I.P.	Revue critique du droit international privé
R.C.S.	Recueil de la Cour suprême
R.D. McGill	Revue de droit de McGill
R.D.I.	Recueil de droit immobilier
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.R.A.	Recueil en responsabilité et assurance
R.S.A.	Revised Statutes of Alberta
R.T.D.C.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T. Can.	Recueil des traités canadiens
R.T.N.U	Recueil des traités des Nations Unies
REJB	Recueil de jurisprudence du Barreau (La Référence)
Rép. civ.	Répertoire civil Dalloz
Rép. internat.	Répertoire international Dalloz
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. de lég. et de jurispr.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. Litig.	Review of Litigation
Rev.can.D.com.	Revue canadienne du droit de commerce
S.C.L.R.	Supreme Court Law Review (États-Unis)
Stuart Rep.	Stuart's Vice-Admiralty Reports
U.S.	Cour suprême (États-Unis)
Yale L.J.	Yale Law Journal



*À Henri*



## Remerciements

Je tiens à remercier tout d'abord mon directeur de recherche le professeur Alain Prujiner pour m'avoir proposé le sujet de ce mémoire. Je tiens aussi et surtout à le remercier pour sa patience, ses commentaires et les encouragements qu'il m'a transmis tout au long de ma rédaction.

Je veux également remercier l'honorable Louise Mailhot, Ad.E., pour le temps consacré à lire des projets de ce mémoire et la précision des commentaires qu'elle accepté de me faire.

Enfin, je n'aurais jamais pu compléter ce mémoire sans ma femme Marie-Pierre, que je remercie et admire de m'avoir soutenu pendant qu'elle portait et mettait à terme un projet me tenant autrement à cœur, notre fils Henri, né pendant la rédaction.



« ... de toutes les institutions du droit civil,  
la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social. »

Bigot-Préameneu (1804)

## **Introduction**

Cette recherche porte sur la prescription dans le contexte de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère au Québec. Notre objectif est de proposer des pistes de solution pour résoudre le conflit de lois qui peut surgir lorsque la prescription est invoquée au Québec contre une sentence arbitrale étrangère présentant des points de contacts avec plusieurs ordres juridiques, par exemple, lorsque le créancier chinois d'une sentence rendue à Genève contre un débiteur ontarien portant sur un contrat régi par le droit allemand veut saisir des biens situés au Québec. De quelle loi sera alors tiré le délai de prescription?

L'intérêt de résoudre un conflit de lois à ce sujet n'est pas théorique : d'après une étude de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial, les délais de prescription applicables à une sentence arbitrale étrangère varient de trois mois à trente ans selon le pays<sup>1</sup>. Les parties recourant à l'arbitrage international ont donc avantage, sur le plan de la sécurité juridique, à identifier la loi applicable à la prescription des droits constatés par la sentence pour éviter les mauvaises surprises. Précisons d'emblée que notre recherche se limite aux règles de la prescription qu'un tribunal québécois est susceptible d'appliquer lorsqu'il autorise ou non l'exécution d'une sentence arbitrale, et n'aborde pas celles qui peuvent être invoquées devant le tribunal arbitral.

Lorsque la prescription est invoquée devant un tribunal québécois en présence d'éléments d'extranéité, on doit s'en remettre à l'art. 3131 *C.c.Q.* selon lequel la prescription est régie par la loi applicable au fond du litige. Mais quel est le fond du litige après qu'une sentence

---

<sup>1</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Rapport sur l'enquête relative à l'application dans la législation de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)*, 41<sup>e</sup> sess., Doc. N.U. A/CN.9/656/Add.1 (2008), p. 12 et suivantes. Il n'y aurait plus, aujourd'hui, de délai inférieur à deux ans : Chambre de commerce internationale, « Guide des règles nationales de procédure pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conformément à la Convention de New York : un rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI », [2009] *Bull. CCI – Supp. spéc.* 2008.

ait, précisément, mis un terme au litige? Quelle est la « loi qui attribue un droit »<sup>2</sup>? Ce problème constitue le nœud de notre recherche : déterminer la source du droit qui fait l'objet de la prescription lors de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, autrement dit le « fond du litige » au sens de l'art. 3131 *C.c.Q.* dans ce contexte.

La réponse à cette question suppose résolu deux problèmes : d'une part l'identification de l'objet de la prescription et d'autre part l'identification de la loi d'où provient l'objet de la prescription. Si l'on admet l'analogie entre une sentence et un jugement, on peut s'inspirer de la solution apportée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Minkoff* à la détermination de la loi applicable à la prescription du jugement étranger, laquelle s'est référée à la période de validité du jugement étranger dans son pays d'origine<sup>3</sup>. Selon cette interprétation, c'est la *lex fori* du juge étranger qui régit la prescription du jugement qu'il a rendu. Appliquant ce raisonnement à une sentence arbitrale, notre conflit de lois devrait se résoudre en identifiant la « *lex fori* » de l'arbitre. Mais cette loi est-elle celle du siège de l'arbitrage, celle applicable à la convention d'arbitrage ou celle applicable à la procédure arbitrale?

Une autre hypothèse, émise par Goldstein et Groffier à l'égard du jugement étranger<sup>4</sup>, consiste à appliquer purement et simplement la *lex fori*, à savoir la loi québécoise. C'est la solution retenue par la Cour suprême dans l'affaire *Yugraneft* pour déterminer si la loi albertaine pouvait faire échec à la reconnaissance et l'exécution d'une sentence russe<sup>5</sup>. Selon cette approche, la prescription est une règle de procédure au sens de la *Convention de New York* et non un motif d'en refuser l'exécution<sup>6</sup>.

Mais, comme nous le verrons, l'objet de la prescription est le droit substantiel et non le droit procédural de faire valoir ce droit substantiel, comme en témoignent l'art. 3131 *C.c.Q.* et le régime civiliste de la prescription. En effet, celui-ci conçoit la prescription comme affectant la substance du droit, de sorte que l'obligation de payer a disparu au terme du

---

<sup>2</sup> Québec, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec : un mouvement de société*, Québec, Gouvernement du Québec, 1993, art. 3131.

<sup>3</sup> *Minkoff c. Society of Lloyd's*, J.E. 2004-1459 (C.A.).

<sup>4</sup> Goldstein, *DIP I*, *infra*, note 10, p. 410 et 411; Goldstein, *DIP II*, *infra*, note 10, p. 895.

<sup>5</sup> *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, [2010] 1 R.C.S. 649.

<sup>6</sup> *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 novembre 1958, 330 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1986 n° 43, (entrée en vigueur : 7 juin 1959), art. III et V.

délai de prescription, comme lorsqu'une partie veut exécuter un jugement éteint par compensation<sup>7</sup>. Mais si c'est la substance du droit qui est l'objet de la prescription, pourquoi alors appliquer, comme dans l'arrêt *Minkoff*, la *lex fori* du juge étranger plutôt que la loi qu'il a appliquée au fond du litige? Est-ce parce que le décideur opère une « transformation du droit du gagnant »<sup>8</sup>, de sorte que la source du droit du plaideur victorieux nove de la loi litigieuse à celle du pouvoir juridictionnel?

L'art. 3131 C.c.Q. n'a jamais été appliqué par les tribunaux québécois dans le contexte d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère<sup>9</sup>. De plus, les ouvrages généraux sur le droit international privé québécois ne discutent pas de la question sous étude<sup>10</sup>, pas plus que ceux sur le droit français d'ailleurs<sup>11</sup>. La plupart des auteurs discutant de l'arbitrage sont muets sur la question<sup>12</sup>, tout comme ceux qui discutent des jugements étrangers<sup>13</sup> ou de la prescription en droit international privé<sup>14</sup>.

---

<sup>7</sup> V. en ce sens les commentaires du juge Dalphond dans *William Millénaire inc. c. Conceria Cadore, s.r.l.*, 2008 QCCA 703, par. 11 et suivants, qui explique que l'extinction de la dette, dans ce cas par compensation, peut faire échec à la requête en exécution d'un jugement étranger.

<sup>8</sup> Étienne Bartin, *Principes de droit international privé*, t. I, Paris, Domat Montchrestien, 1930, p. 455.

<sup>9</sup> Selon nos recherches, tout comme celles de Stephen Drymer, rédacteur de la section « Canada » dans *Guide CCI, supra*, note 1. La question ne semble pas non plus avoir été tranchée en France : Christine Lécuyer-Thieffry, « Chapter 27. France », *International Execution Against Judgment Debtors*, Westlaw, 2011, §27:37 (Statute of limitations) : The issue of the statute of limitations applicable to the *action en exequatur* has not been dealt with by scholars or, apparently, settled by case law ».

<sup>10</sup> Jean Gabriel Castel, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980; Gérald Goldstein et Ethel Groffier, *Droit international privé*, tomes I et II, Cowansville, Yvon Blais, 1998 et 2003; Gérald Goldstein, *Droit international privé (Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ))*, t.1, Cowansville, Thompson Reuters, 2011; Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

<sup>11</sup> Bernard Audit, *Droit international privé*, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, Economica, 2010; Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Droit international privé*, t. 1 (8<sup>e</sup> éd., 1993) et t. 2 (7<sup>e</sup> éd., 1983), Paris, L.G.D.J.; Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Thémis, 2010; Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, 9<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2007; Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2010; Marie-Laure Niboyet et Gérard de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2011.

<sup>12</sup> Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996; Thomas E. Carbonneau, *The law and practice of arbitration*, Huntington, JurisNet, 2009; Dominique Hascher, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *Travaux du comité français de le droit international privé (2000-2002)*, Paris, Pedone, 2004; Catherine Kessedjian, « Court Decisions on Enforcement of Arbitration Agreements and Awards », [2001] 18:1 *J. Int. Arb.* 1; Ingeborg Schwenzer et Simon Manner, « "The Claim is Time-Barred": The Proper Limitation Regime for International Sales Contracts in International Commercial Arbitration », [2007] 23 *Arb. Int.* 293.

<sup>13</sup> Gérald Goldstein et Jeffrey Talpis, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1991; Benoît Byette, « La reconnaissance et l'exécution au Québec des jugements étrangers », *Exécution des jugements*, Cowansville, Yvon Blais, 2006;

De rares auteurs ont abordé la question, soit pour formuler une hypothèse visant à résoudre un conflit de lois sur la question<sup>15</sup> ou encore pour plaider l’imprescriptibilité des sentences<sup>16</sup> ou l’adoption d’un traité multilatéral<sup>17</sup>. Les autres auteurs qui discutent du problème n’engagent pas de discussion sous l’angle du conflit de lois<sup>18</sup>.

La question que nous posons se trouve au carrefour de deux controverses qu’il nous faudra analyser. La première tient à l’objet de la prescription. Cette question fera l’objet de notre première partie [I], consacrée dans un premier temps à l’histoire de la loi applicable à la prescription [A] et dans un deuxième temps à la qualification de la prescription en droit interne [B]. Comme nous le verrons, l’identification de l’objet de la prescription dépend en grande partie de la manière dont on conçoit l’action en justice dans ses rapports avec la substance des droits, conception elle-même liée à celle que l’on se fait de l’office du juge. La nature de la fonction juridictionnelle sera au cœur de notre deuxième partie [II], dans laquelle nous évaluerons tour à tour les différentes hypothèses de ce que constitue la loi qui régit l’objet de la prescription lors de l’exécution d’une sentence arbitrale étrangère, à savoir les hypothèses reliées aux plaideurs [A], celles reliées à la sentence arbitrale [B] et celles reliées au litige entre les parties [C]. Au terme de cette étude, nous concluons que la loi présentant les liens les plus étroits avec la substance des droits des parties demeure la loi appliquée par l’arbitre dans sa sentence.

---

<sup>14</sup> Bénédicte Fauvarque-Cosson, « La prescription en droit international privé », *Travaux du comité français de le droit international privé (2002-2004)*, Paris, Pedone, 2005; Fayez Hage-Chahine, « La prescription extinctive en droit international privé », [1995] 255:IV *R.C.A.D.I.* 229.

<sup>15</sup> Alain Prujiner, « La qualification de la prescription d’une action en reconnaissance et exécution d’une sentence arbitrale étrangère : Commentaire du jugement de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Yugraneft c/ Rexx Management* », [2010] 4 *C. Arb.* 1107.

<sup>16</sup> Christian Aschauer, « La prescription des sentences arbitrales », [2005] 23:4 *Bull. A.S.A.* 593.

<sup>17</sup> Sergei Lebedev, « How long does a foreign award stay enforceable » dans Jan C. Schultz et Albert Van Den Berg, dir., *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration: Liber Amicorum Pieter Sanders, 12 September 1912-1982*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 1982.

<sup>18</sup> Antonio Remiro Brotons, « La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères », [1984] 184:1 *R.C.A.D.I.* 169; Gilles Cuniberti, « The Law Governing the Modality of Arbitral Awards », [2009] 25:3 *Arb. Int.* 347; Herbert Kronke, *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention*, Austin, Wolters Kluwer, 2010; Antonin I. Pribetic, « “Winning is Only Half the Battle”: Procedural Issues Relating to the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards » dans V.V.L. Gayathri, dir., *International Commercial Arbitration – Claims and Counterclaims*, Hyderabad, Amicus Books – ICFAI University Press, 2009.



## **I. La prescription**

Dans cette première partie, nous nous attacherons à qualifier la prescription dans le but de préciser son objet **[B]**, mais l'analyse de l'évolution historique de la loi applicable à la prescription aidera à comprendre le contexte dans lequel cette question se pose **[A]**.



## A. La loi applicable à la prescription

La question de la loi applicable à la prescription s'est posée dans le contexte de la distinction entre la substance des droits et la procédure :

« [L]a qualification de la prescription fait l'objet de controverses doctrinales. Certains y voient une question de procédure, d'autres une question de substance. D'autres encore font une distinction entre la prescription qui éteint l'action (procédure) et le délai de déchéance qui éteint le droit (substance) »<sup>19</sup>.

Voici, nous dit le ministre, la controverse à laquelle l'art. 3131 *C.c.Q.* « met fin »<sup>20</sup>, et dont nous allons maintenant analyser l'évolution historique.

---

<sup>19</sup> *Commentaires du ministre, supra* note 2, art. 3131.

<sup>20</sup> *Ibid.*



## 1. Évolution historique

L'histoire de la loi applicable à la prescription débute au XIV<sup>ème</sup> siècle lorsque Bartole s'oppose à l'opinion de ses prédécesseurs voulant que les règles régissant l'inexécution d'un contrat (le *litis*) soient toujours régies par la loi du tribunal saisi (la *lex fori*), au motif que ces règles ne dépendent pas de l'ordonnement du procès (la procédure) mais de la *jurisdictio* sur l'exécution des obligations (la substance des droits). À cette époque, la distinction entre la procédure et la substance des droits est encore nouvelle. En fait, c'est la science même du droit international privé qui est nouvelle.

Alors que la différence entre le droit privé des États et les contacts entre ceux-ci existent manifestement depuis longtemps, l'idée de traiter cette différence d'un point de vue juridique est le produit relativement récent d'une lente évolution. En effet, « pour être le droit des relations privées internationales, le droit international privé suppose que de telles relations existent en fait et soient permises en droit. Or il est à peine besoin de rappeler que cela a été rarement le cas au cours des siècles »<sup>21</sup>. Il faut en fait attendre le Moyen-Âge pour que débute l'énoncé de principes de droit international privé<sup>22</sup>, formulés dans le contexte de l'étude des conflits de lois sur la base du droit romain.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Phocion Franceskakis, « Droit naturel et Droit international privé », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tome I, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 120.

<sup>22</sup> La découverte à Bologne vers 1070 d'un manuscrit des compilations de l'empereur romain Justinien (483-565) marque le début de la renaissance de la science juridique (Audit, *DIP*, *supra* note 11, p. 64). Selon Savigny, les écrits du jurisconsulte bolonais Irenius (1050-1130) « servent de point de départ à la littérature moderne du droit » (Friedrich Carl von Savigny, *Histoire du droit romain*, traduit par Charles Guenoux, t. 4, Paris, Charles Hingray, 1839, p. 13). C'est à cette époque que l'on situe la « véritable origine doctrinale du droit international privé actuel » (Alain Prujiner, « Introduction : Principes et méthodes du droit international privé québécois », *JurisClasseur Québec – Droit international privé*, Fasc. 1, 2012, par. 31).

<sup>23</sup> À cette époque, les auteurs déduisent de la loi *Cuntos populos* énonçant que « tous les peuples qui vivent sous notre empire, embrassent la religion que l'apôtre S. Pierre a transmise aux Romains » (P.A. Tissot, *Les douzes livres du Code de l'Empereur Justinien, de la seconde édition, traduits en français*, Metz, Behmer, 1807, tome 1, livre 1, titre 1, n° 1, § 1, p. 17) qu'un statut donné ne s'applique pas à l'univers entier et qu'un étranger ne doit donc pas se voir appliquer la *lex fori* en tout procès (Prujiner, *Principes*, *supra* note 22, par. 31; Mayer, *DIP*, *supra* note 11, p. 39; Audit, *DIP*, *supra* note 11, p. 65). Ce recours aux principes du droit romain n'était pas à l'abri de toute critique : « Il est paradoxal que [la théorie des conflits de lois] ait été liée à l'étude du droit romain, lequel ignorait le problème ou en tout cas n'indiquait aucune solution » (Audit, *DIP*, *supra* note 11, p. 64). Cela dit, le droit romain fut le prétexte de réfléchir au problème des conflits de lois : « Les règles propres à résoudre ces conflits de statut sont aussi recherchées par les romanistes dans le Corpus juris. Mais là on ne pouvait trouver que des textes concernant l'autorité des magistrats subordonnés ou des textes qui renvoyaient en quelque matière spéciale à la coutume locale, de sorte que ces textes étaient mal appropriés à donner la solution dans des questions de conflit entre lois de deux communes indépendantes.

La distinction entre la procédure et la substance des droits est « la plus ancienne que la jurisprudence et la doctrine, séparément semble-t-il, aient dégagée »<sup>24</sup> : « [l]a séparation entre les questions de procédure et celles concernant le droit matériel, on la retrouve dans la jurisprudence du Parlement de Paris [...] dès les temps les plus anciens »<sup>25</sup>. Par exemple, conformément aux coutumes de France<sup>26</sup>, un arrêt du Parlement de Paris du milieu du XIII<sup>e</sup> siècle refuse à un Normand le droit d'invoquer la coutume normande pour justifier son défaut de comparaître au motif que cette question touche à l'ordre de procédure<sup>27</sup>. Selon Meijers :

« [l]es règles concernant la preuve et l'exception de la chose jugée ont été mises hors de l'ordre de procédure; au contraire, tout ce qui concerne la comparution par procureur, le moment de proposer des conclusions et des exceptions, les cautions à fournir par le demandeur et le défendeur, la condamnation aux frais de la procédure,

---

Alors, inconsciemment, beaucoup de glossateurs sont influencés par les besoins de la pratique. Les textes des Digestes et du Code leur ont procuré les preuves formelles; le fondement réel des règles formulées par eux se trouve alors dans une théorie générale du droit qui est indépendante du droit romain. Cela a eu pour conséquence que la plupart de ces règles se sont maintenues après que le droit romain ne fut plus en vigueur [nos soulignements] » (E.-M. Meijers, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge, spécialement dans l'Europe occidentale » (1934), 49 *R.C.A.D.I.* 544, p. 593).

<sup>24</sup> Mayer, *DIP*, *supra* note 11, p. 353; v. en ce sens Loussouarn, *DIP*, *supra* note 11, p. 701; Batiffol, *DIP I*, *supra* note 11, p. 372; Audit, *DIP*, *supra* note 11, p. 65. Pour Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 589 : « [d]ès le commencement de sa jurisprudence, le Parlement de Paris a appliqué la distinction entre l'ordre de procédure et les règles de droit matériel avec une telle finesse et continuité, qu'il est fort improbable qu'on l'ait empruntée à l'étranger ». Les traces écrites du Parlement de Paris remontent effectivement au moins à 1016 (Langlois, *Textes relatifs à l'histoire du Parlement depuis les origines jusqu'en 1311*, Paris, Alphonse Picard, 1888, p. 1) alors que les glossateurs italiens n'ont commencé leurs travaux qu'après 1070 (Audit, *DIP*, *supra* note 11, p. 64). On peut contester qu'il s'agisse de la plus ancienne distinction de la doctrine, compte tenu de la glose inscrite en marge de la loi *Cunctos populos* par Karolus de Tocco (±1200) puis résumée par Accurse, pour distinguer l'opinion de son maître Azon de toujours suivre la *lex fori*, selon laquelle « Le Bolognais de passage à Modène ne doit pas être jugé selon les lois de Modène parce qu'il ne leur est pas soumis » (Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 594). Mais selon Prujiner, cette glose revient à affirmer « qu'un juge, même s'il utilise toujours son droit pour la procédure, peut avoir à appliquer un autre droit sur le fond d'un litige » (Prujiner, *Principes*, *supra* note 22, par. 31).

<sup>25</sup> Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 589; v. en ce sens Mayer, *DIP*, *supra* note 11 : « Le Parlement de Paris a toujours suivi son propre 'style' (*stylus curiae*); en termes modernes, il appliquait à la procédure la loi du for, cependant que la substance du litige était soumise à des coutumes diverses, désignées par les règles de conflit »; Bertrand Ancel, *Histoire du droit international privé*, Université Paris II – Assas, 2008, p. 58 : « Il est clair que la distinction entre les *ordinatoria litis* et les *decisoria litis* (pour parler comme les romanistes du temps) est acquise et pratiquée avec précision dès cette époque [s'agissant de la jurisprudence du Parlement de Paris au XIV<sup>e</sup> siècle] ».

<sup>26</sup> Selon le *Livres de justice et de plet*, un recueil des coutumes de France publié au XIII<sup>e</sup> siècle : « L'ajournement à comparaître devant la Cour royale doit être recevable selon la loi où cette cour se trouve » (Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 589, traduisant le §2 du numéro V du second livre du *Livres de justice et de plet*, publié par Rapetti, Paris, Firmin Didot Frères, 1850, p. 83).

<sup>27</sup> Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 589, référant à Beugnot, *Les Olims*, Paris, Imprimerie royale, 1839, p. 630.

tout cela doit se faire selon la coutume de la Cour, aussi nommée le style de la Cour »<sup>28</sup>.

Dans la doctrine, la distinction serait due à un jurisconsulte bolonais de la même époque :

« Le disciple d'Azon, Jacobus Balduini (±1235), rejetant la solution de son maître, qu'on doit toujours suivre la coutume du ressort du juge, faisait une distinction : ou il s'agit d'une coutume qui se rapporte à la procédure, ou d'une coutume qui se rapporte à la décision du procès. Dans le premier cas, il faut suivre la coutume du juge, dans le second cas, il faut qu'on décide selon la coutume du lieu où le contrat fut célébré »<sup>29</sup>.

Avec cette distinction, « la science moderne du droit international privé était née »<sup>30</sup>. Cette distinction consiste à séparer les questions qui relèvent de l'*ordinatoria litis*, c'est-à-dire qui relèvent des règles de procédure et qui ne peuvent donc pas faire l'objet d'un conflit de lois, de celles qui relèvent des *decisoria litis*, ou règles de fond et qui peuvent, elles, provenir d'une loi étrangère<sup>31</sup>. Cette distinction sera enseignée à Bartole<sup>32</sup>, le « père de la science du droit international privé »<sup>33</sup>, qui formulera en commentant cette distinction la première opinion que nous avons retracée concernant la loi applicable à la prescription.

---

<sup>28</sup> *Id.*, p. 589.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 595.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 596.

<sup>31</sup> Audit, *DIP*, *supra* note 11, p. 65.

<sup>32</sup> Balduini est « nommé comme inventeur de cette distinction par son disciple Odofredus et par [le français Jacques de Révigny] » (Meijers, *Histoire*, *supra*, note 23, p. 595.) mais on ne peut nier le lien entre cette distinction et celle déjà formulée à l'égard de la loi *Cuntos Populos* (Prujiner, *Principes*, *supra* note 22, par. 31). Quoiqu'il en soit, cette distinction a été enseignée en France, où Pierre de Belleperche l'a popularisé au XIII<sup>e</sup> siècle (Armand Lainé, *Introduction au droit international privé*, tome I et II, Paris, F. Pichon, 1888, t. I, p. 120; Savigny, *Histoire*, *supra*, note 22, p. 193; André Huet, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) – Compétence de la 'lex fori' – Domaine de la 'lex fori' : action en justice », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 582-10, 2001, n° 7). Selon Gutzwiller, les français Pierre de Belleperche et Jacques de Révigny « confirment la thèse primordiale, que les lois émises par l'Empereur n'obligent que ses sujets. Ils transmettent à la postérité la distinction essentielle entre procédure et cause, entre la *consuetudo* [coutume] *ad ordinem litis* et celle *ad decisionem* : la procédure doit être régie par le lieu où l'instance est engagée. Quant au fond de la cause, il faut examiner quel rapport de droit est l'objet du litige : et puisqu'il s'agit d'une obligation dans l'exemple qu'ils proposent, ils attribuent la décision au Droit du lieu où le contrat avait été conclu » (Max Gutzwiller, « Le développement historique du droit international privé, [1929] 29 *R.C.A.D.I.*, p. 314 et 315). Les écrits de Pierre de Belleperche seront repris par Cynus de Pistorio qui les enseignera à son tour à Bartole (1313-1356) : v. en ce sens Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 602.

<sup>33</sup> Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 602 (notant toutefois que ce titre est « peut-être un peu exagéré »); v. en ce sens J.H. Beale, *Bartolus on the Conflict of Laws*, Cambridge, Harvard University Press, 1914, p. 9, qui souligne que c'est à Bartole que revient le mérite d'avoir élaboré « the first and standard statement of the doctrines of the Conflict of Laws ».





a) **Bartole**

Dans son commentaire sur les conflits de lois, Bartole expose la manière de régler un conflit de lois à l'égard d'un contrat. Selon lui, trois sortes de problèmes peuvent se poser : 1) un problème touchant à la solennité du contrat, 2) un problème touchant à l'ordonnancement du procès ou 3) un problème touchant à la *jurisdictio* sur l'exécution des obligations :

« 13. Maintenant venons-en à la glose qui dit *quod si Bononiensis*, etc... et offre l'occasion d'étudier deux questions. D'abord, y a-t-il un statut qui, « à l'intérieur du territoire », étende son autorité sur des non-sujets? Ensuite, y a-t-il un statut qui étende son effet au-delà du territoire de ceux qui l'ont édicté? I. – *Premièrement, je demande : qu'en est-il des contrats?* Supposons qu'un contrat a été conclu en cette ville par un étranger, qu'un litige est survenu et a été porté au lieu d'origine du contractant : le statut de quel lieu doit-il être observé ou appliqué? Parce que ces questions sont très débattues, il faut ici oublier les distinctions des docteurs et plus radicalement distinguer : soit il s'agit du statut ou de la coutume qui concerne la solennité du contrat; soit il s'agit de celui qui règle l'ordonnancement du procès; soit de ce qui se rapporte à la jurisdictio sur l'exécution des obligations issues de ce même contrat »<sup>34</sup>.

Bartole identifie ensuite la loi applicable à chacun de ces problèmes en isolant la catégorie « solennité du contrat » d'une part et les catégories « ordonnancement du procès » et « décision de ce litige » d'autre part :

« 14. Dans le premier cas [la « solennité du contrat »], le lieu du contrat doit être considéré. 15. Dans le second cas : ou bien il y va de l'ordonnancement du procès, et c'est le lieu de l'instance qu'il faut considérer; ou bien il y va de la décision de ce litige et, alors, sont en cause soit les effets que la nature du contrat lui attache, dès le moment même de sa formation, soit les suites qui, après la conclusion, naissent de la négligence ou du retard »<sup>35</sup>.

Ainsi, Bartole distingue la procédure (« ordonnancement du procès ») de la substance des droits (« décision de ce litige », qu'il nomme « *jurisdictio* sur l'exécution des obligations »

---

<sup>34</sup> Bertrand Ancel, « Le commentaire de Bartole *Ad legem cunctos populos* sur la glose *Quod si Bononiensis* mis en français », *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009, p. 53 et 54 [nos soulignements]. Ancel précise, en note de bas de page à la fin du passage cité, que « l'expression [*jurisdictio*] peut rester dans le latin de Bartole qui, lui conservant son sens premier, la préfère ici à *litis decisio* pour l'opposer à *litis ordinatio* ».

<sup>35</sup> *Id.*, p. 54.

à son paragraphe 13). De plus, il isole, dans la catégorie de la substance des droits, deux sortes de questions selon qu'il s'agit des « effets que la nature du contrat lui attache » ou des « suites » qui naissent, « après la conclusion » du contrat, de la négligence ou du retard. C'est au sujet de cette distinction entre les effets et les suites du contrat qu'il formule son opinion concernant la loi applicable à la prescription.

Cette distinction entre les effets et les suites du contrat avait déjà été faite par Guillaume de Cun, un professeur toulousain dont on a gardé deux conférences données au début du XIV<sup>e</sup> siècle<sup>36</sup>. Dans ces textes, Guillaume de Cun tempère la portée de la glose d'Accurse qui affirme que le juge peut refuser la *restitutio in integrum* lorsque sa loi ne la connaît pas car celui-ci doit toujours appliquer la *lex fori*. Pour tempérer l'application systématique de la *lex fori*, Guillaume de Cun applique la règle « *locus regit actum* » (la loi du lieu où l'acte a été passé régit cet acte)<sup>37</sup> aux effets du contrat et limite l'application de la *lex fori* aux suites de celui-ci<sup>38</sup>. Pour expliquer cette limite, Guillaume de Cun distingue le *negotium* et le *litis* : le *negotium* concerne les droits découlant du contrat et la loi du lieu de conclusion de celui-ci s'y applique, alors que le *litis* concerne les droits découlant de l'inexécution du contrat (comme la *restitutio in integrum*) et la loi du « *locus iudicii* » s'y applique<sup>39</sup>.

Bartole reprend cette distinction en parlant des effets et des suites du contrat, aussi décrite comme distinguant le lien obligatoire du contrat et son exécution<sup>40</sup>. Mais contrairement à

---

<sup>36</sup> Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 600 et 601 : « Quelques autres idées de Guillaume de Cun, on les retrouve aussi chez les auteurs postérieurs. Ainsi, par exemple, la différence qu'il fait entre les effets naturels et immédiats d'un contrat et les suites qui ne naissent qu'accidentellement [...] ».

<sup>37</sup> Qu'il aurait été le premier à énoncer (Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 601).

<sup>38</sup> Jean Michel, *La prescription libératoire en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1911, p. 22 : « Une glose, en marge d'un fragment du livre XIII, titre IV, des Pandectes, semble décider que la *lex fori* doit toujours être prise en considération. Guillaume de Cugno l'entend en ce sens que les effets du contrat prévus des parties se règlent, conformément à la loi *Si fundus*, d'après la *lex loci contractus*, et que les suites du contrat, s'il s'agit par exemple de sa rescision, s'apprécient d'après la *lex fori*, comme l'indique la glose »; v. en ce sens Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 601, note 3 : « Guillaume défend la glose (*ad D. 13.4.2*) selon laquelle le juge peut refuser une *restitutio in integrum* si sa loi locale ne la connaît pas. Comme Neumeyer (p. 62) l'a remarqué très justement, la glose a soutenu cela, parce qu'Accurse suit là l'opinion d'Azon que le juge doit toujours appliquer sa propre loi ».

<sup>39</sup> Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 601, note 3 : « [...] Guillaume fait la remarque suivante : « Dico quod glosa bene dicit nam quantum ad determinationem negotii debemus inspicere locum contractus, sed quantum ad determinationem litis debet attendi locus iudicii : sed in integrum restitutio agitur ad resolvendum et confundendum contractum *quia venit ex improviso et accidenti* et ideo non regulatur *secundum formam contractus* » [nos soulignements; italiques dans le texte] ».

<sup>40</sup> Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 605 : « Bartole fait, quant aux contrats, une distinction empruntée à Guillaume de Cun : il distingue entre les effets qui naissent d'un contrat, selon sa nature, au moment de la

Guillaume de Cun, Bartole conteste l'application pure et simple de la *lex fori* aux suites du contrat :

« 18. S'agissant de la seconde éventualité [les suites] : ou bien le paiement est fixé sur une certaine place; ou bien il l'est sur plusieurs places alternativement, au choix du demandeur; ou bien encore sur aucune place particulière, lorsque la promesse est pure et simple. Dans le premier cas, il faut considérer la coutume qui est celle du lieu où le paiement est convenu. Dans le deuxième et le troisième cas, il faut avoir égard au lieu où la demande est portée. La raison en est que c'est en ce lieu que cette négligence ou ce retard sont consommés »<sup>41</sup>.

Pour Bartole, l'inexécution du contrat est régie par la *lex loci solutionis*, à savoir le lieu où se produit la demeure ou l'inexécution<sup>42</sup>. Il limite ainsi l'emprise de la *lex fori* aux circonstances où aucun lieu de paiement n'a été stipulé. Dans un tel cas, cependant, ce n'est pas par le procédé de la qualification procédurale que Bartole accepte que la *lex fori* s'applique, mais en raison du fait qu'il localise au lieu du procès l'endroit où se produit l'inexécution<sup>43</sup>.

Pour étayer son argument, Bartole donne l'exemple de la prescription :

---

célébration, et ceux qui naissent après coup, par suite de quelque négligence ou d'une demeure »; v. *id.*, p. 606, note de bas de page 2 : « Cette distinction entre le lien obligatoire du contrat et son exécution a déjà été faite, même avant Bartolus, par Dinus [...] ».

<sup>41</sup> Ancel, *Bartole*, *supra* note 34, p. 54.

<sup>42</sup> Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 605 et 606 : « Pour les [effets du contrat], il accepte la solution commune : la loi du lieu de la célébration est décisive; pour les effets incidents du contrat, il défend la loi du lieu où la négligence ou la demeure a lieu; si l'exécution doit être faite dans un lieu déterminé, c'est la loi de ce lieu : *lex loci solutionis*, qu'on doit appliquer. Cette application de la loi *loci contractus* aux effets normaux du contrat et l'application de la *lex loci solutionis* aux effets de la non-exécution du contrat est suivie par la plupart des post-glossateurs. Même au XIX<sup>e</sup> siècle, on trouvait encore des auteurs qui adhéraient à cette distinction de Bartole. [note de bas de page : « [...] De même, les auteurs [...] qui ne distinguent plus entre les effets normaux du contrat et les suites accidentelles, mais qui opposent le lien obligatoire, régi par la *lex loci contractus*, à l'exécution du contrat – régie par la *lex solutionis* – peuvent être considérés comme des partisans de la théorie de Bartole »] ».

<sup>43</sup> Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 22 : « Mais, selon Bartole, le criterium [de l'application de la *lex fori* aux suites du contrat] est inexact. Car s'il est vrai qu'un contrat s'apprécie d'après le lieu où il est formé, les conséquences de la négligence « contractée » au lieu de l'exécution doivent être déterminées par la loi de ce dernier : il arrivera sans doute, dans le cas où rien n'a été stipulé pour l'exécution du contrat, que la *lex fori* soit appelée à statuer; mais ce n'est pas parce que les lois en vigueur au lieu du tribunal saisi sont applicables, c'est à raison de ce qu'on peut situer en cet endroit la négligence du créancier [nos soulignements] ». V. cependant Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 173, qui ne relève pas que Bartole ait rejeté la *lex fori* au profit de la *lex solutionis* mais plutôt au profit de la *lex loci contractus* : « La Glose, à l'occasion de la deuxième loi du titre *De eo quod certo loco*, se prononçait pour la *lex fori*. Guillaume de Cugneaux était de même avis. Bartole soutenait l'opinion contraire, parce que, disait-il, en ce qui concerne le fond du procès (*litis decisio*), il faut considérer le lieu du contrat et que, du reste, la restitution pour cause de minorité ne se produit pas postérieurement au contrat, comme le ferait la demeure ou une lésion survenue depuis, mais trouve sa cause originaire dans le contrat lui-même ».

« 19. Voici une autre question : ici, le statut prévoit que le droit de demander paiement de la dette se prescrit par dix ans et un Florentin, en cour de Rome, prête cents [livres] à rembourser sur la place de Pérouse. S'il reste silencieux dix années durant, il souffrira le statut de cette place, qui est celle où la négligence a été consommée. Mais cette solution paraît contraire à une glose, où il semble être dit qu'il n'y a pas à considérer le lieu du contrat, mais celui du procès, ce qui assurément est contestable. Cependant, Guillaume [de Cun] se porte ici au secours de cette glose, de la manière suivante : il s'agit du contrat, soit dans ce qui en constitue la matière d'après la convention et les prévisions des parties et il faut alors avoir égard au lieu du contrat, soit dans ce qui survient à l'improviste, comme une action en résolution du contrat, et il faut alors avoir égard au lieu du procès. Tel est son discours, avec ses mots qui n'ont point saveur de vérité : en effet, la règle de droit est qu'il faut suivre la coutume du lieu où le contrat s'est conclu.

20. En résumé, je dirais ceci : ou bien il s'agit d'obtenir compensation du dommage résultant du contrat lui-même, dès sa conclusion, et alors nous considérons le lieu de conclusion; ou bien le dommage résulte, après la conclusion, de quelque négligence ou retard et alors nous considérons le lieu où ce retard se ressent, comme il ressort de ce qui est dit plus haut. Et si ce lieu est celui du procès, nous considérerons le lieu du procès. Et, dans cette interprétation seulement, cette glose peut dire vrai. Autrement, elle est fausse »<sup>44</sup>.

En somme, pour réfuter que les règles régissant l'inexécution d'un contrat soient celles de la loi du juge saisi de l'affaire comme le proposaient les glossateurs et Guillaume de Cun, Bartole utilise la prescription pour démontrer que cette inexécution ne relève pas de « l'ordonnancement du procès » mais de « la décision du litige ». Il est donc généralement admis que Bartole qualifie la prescription comme relevant de la substance des droits et non de la procédure<sup>45</sup>.

À la suite de Bartole, « la plupart des jurisconsultes considèrent comme appartenant *ad decisoria litis* [...] les règles concernant la prescription extinctive »<sup>46</sup>. Ainsi, un répertoire

---

<sup>44</sup> Ancel, *Bartole*, *supra* note 34, p. 55.

<sup>45</sup> Ernest G. Lorenzen, « Huber's De Conflictu Legum », (1918-1919) 13 *Ill. L.R.* 375, p. 390; Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 136.

<sup>46</sup> Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 616, référant à Jacobus Butrigarius (?-1348), Caccialupus, Gandinus (*ibid.*), auxquels on peut rajouter Salicet (?-1412), qui « adopte la distinction de Bartole entre les effets et les suites du contrat, et l'applique à la prescription libératoire, mais en termes moins précis que ne l'avait fait le maître de Bologne » (Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 27; v. aussi Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 256). Il n'est pas clair que Balde, le célèbre élève de Bartole, se soit prononcé à ce sujet (Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 27 : « Balde, élève de Bartole, n'ajoute rien aux développements de son maître. Il se borne à faire une judicieuse application de la distinction entre les *ordinatoria* et les *decisoria litis* aux preuves » [note omise]).

des règles admises en Italie au XV<sup>e</sup> siècle classe l'exécution des obligations dans les *decisoria litis*, incluant la prescription<sup>47</sup>.

Dumoulin, dont l'œuvre préside à la « la double naissance de la loi d'autonomie et de la localisation du rapport de droit »<sup>48</sup> en raison de l'importance qu'il donne à l'intention des parties dans la détermination de la loi applicable au contrat<sup>49</sup>, assimile les effets et les suites du contrat; quant à la prescription, il se borne à distinguer la prescription des actions de l'usucapion, traditionnellement régie par la loi du lieu où est situé l'immeuble<sup>50</sup>. Pour certains auteurs, l'assimilation des effets et des suites du contrat et la distinction entre la prescription des actions et celle de l'usucapion comporte l'opinion implicite que « [l]a prescription par conséquent sera régie par la loi du contrat »<sup>51</sup>.

La conception de Bartole trouvera au moins une application assez claire dans la jurisprudence française. Un arrêt du sénat de Chambéry rendu en 1593 décide en effet que l'action en *restitutio in integrum* ne se prescrit pas selon la *lex fori* (qui était celle de Savoie) dans une situation où le contrat litigieux a été conclu à Rome et où le paiement devait s'y faire<sup>52</sup>. Selon Michel, le commentateur de cet arrêt, qui écrit en 1615, affirme :

« En appel, *disputatum est magnis contentionibus* sur la question de savoir qui devait l'emporter de la loi romaine ou de la *lex fori*. En faveur de la *lex contractus*, on rappela la distinction traditionnelle entre les *ordinatoria* et les *decisoria litis*. Or à première vue la *restitutio in integrum* ne fait pas partie de la procédure. Elle se rattache au fond du droit. Il est vrai que la loi qui doit régir le contrat n'est pas pour cela déterminée. On peut hésiter entre la *lex loci contractus*, la *lex loci solutionis* et la *lex fori*. Mais Bartole et Balde, après lui, ont distingué précisément à propos de la *restitutio in integrum*, deux cas, celui où la cause de la lésion est en germe dans le

---

<sup>47</sup> Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 203 et 204; Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 28.

<sup>48</sup> Bertrand Ancel, « Les Conclusions sur les Statuts et Coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français », [2011] *R.C.D.I.P.* 21.

<sup>49</sup> Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 256; Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 30 et 31; Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 653.

<sup>50</sup> Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 30.

<sup>51</sup> *Ibid.*; v. aussi Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 256, qui affirme que Dumoulin « subordonne encore cette question [de la loi applicable à la prescription extinctive] à l'intention des parties ». Boullenois remarque cependant que « [Dumoulin] ne décide pas le combat d'entre la loi du créancier et celle du débiteur [lorsqu'on demande quelle coutume il faut suivre pour juger si l'action est prescrite ou non] » (Louis Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes, ou statuts*, Paris, Guillaume Desprez, 1766, tome I, p. 364 et 365).

<sup>52</sup> Raymond-Théodore Troplong, *Le droit civil expliqué – De la prescription*, tome I, Paris, Charles Hingray, 1857, p. 46; Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 32 et 33.

contrat, celui où le dommage résulte d'un des faits postérieurs au contrat, pour soumettre le premier à la *lex loci contractus*, le second à la loi du lieu où s'est commis le fait qui a déterminé la lésion. Par conséquence, en l'espèce, c'est la loi romaine qui doit statuer. Il serait d'ailleurs injuste de faire varier le délai de prescription par un changement de juridiction qui *occasione fiebat potius quam jure*. Enfin, l'argument qui parut déterminant en faveur du défendeur en restitution, c'est que Rome était non seulement le lieu où le contrat avait été passé, mais encore celui où les parties avaient fixé le paiement »<sup>53</sup>.

On voit donc formulé dès cette époque le principal argument en faveur de l'application à la prescription de la loi régissant le fond du litige, à savoir qu'il est « injuste de faire varier le délai de prescription par un changement de juridiction ». Mais des opinions en sens contraire vont donner à la *lex fori* une place prépondérante.

---

<sup>53</sup> Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 33 [nos soulignements].

b) *D'Argentré et Coquille*

Au XVI<sup>e</sup> siècle, l'ouverture de Bartole à la loi étrangère est vigoureusement combattue par d'Argentré qui, sans se prononcer sur la prescription extinctive, apporte des arguments justifiant l'application systématique de la *lex fori*, sauf en matière personnelle, où seule alors la loi du domicile est pertinente :

« Chaque lieu a ses lois, ses statuts, ses coutumes; il faut les observer dans l'étendue du territoire et les observer seuls; les immeubles ne sauraient être régis par un autre droit que le droit du territoire. Il doit en être ainsi dans les contrats, de même dans les testaments, de même dans tous les actes; rien quant aux immeubles, ne peut se décider en vertu des volontés privées ni pareillement se juger contre la loi du lieu où ils sont situés. Mais il doit en être autrement quant au droit des personnes, auquel il faut rattacher celui des meubles, qui est identique : les personnes, et avec elles leurs meubles, sont régies par la loi du domicile »<sup>54</sup>.

Une telle conception territorialiste des conflits de lois implique que le domicile devient le seul facteur de rattachement susceptible d'entraîner l'application de la loi étrangère<sup>55</sup>. Cette approche, qui, au demeurant, renoue en quelque sorte avec l'opinion des premiers glossateurs mais aussi avec la conception territorialiste du régime féodal, sera largement appliquée dans nombre de situations où on se bornera à décider si la loi du domicile doit s'appliquer par exception à la *lex fori*. Selon cette conception, les seules options pour résoudre un conflit de lois en matière personnelle se limitent à celles rattachées au domicile de l'une des parties.

Par exemple, dans deux affaires décidées à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, on se demandait si la preuve d'un prêt devait être faite conformément à l'Ordonnance de Moulins, interdisant le témoignage pour prouver la dette de plus de cent livres, ou conformément à la loi anglaise, par laquelle un tel témoignage était admis. Dans les deux affaires, il fut jugé que cette règle relevait de la substance des droits, *ad litis decisionem*, et que la loi étrangère devait s'appliquer. Or, le seul facteur de rattachement à la loi étrangère qui est mentionné par le

---

<sup>54</sup> Tel que cité et traduit par Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 34 et 35, et Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 316 et 317 [nos soulignements].

<sup>55</sup> Petra Hammje, « Domicile », *Rép. internat. Dalloz*, 2003, par. 2.

commentateur de ces décisions est le fait que le plaideur est étranger, sans mention du lieu où le contrat avait été passé ni du lieu où le paiement devait être fait<sup>56</sup>.

Le domicile comme seul facteur de rattachement pertinent se manifeste aussi à cette époque dans le débat de la loi applicable aux créances d'une succession. C'est dans le contexte de cette question que sera formulé un argument qui connaîtra une large popularité : la loi du domicile du débiteur est la loi compétente car le créancier a l'obligation de saisir les tribunaux situés au lieu de ce domicile.

L'opinion depuis longtemps majoritaire soutenait que les créances d'une succession étaient réputées être situées au domicile du créancier. Ainsi, Salicet, qui affirmait pourtant que la prescription se réglait d'après la loi applicable aux suites d'un contrat conformément à l'opinion de Bartole, se ralliait par ailleurs à l'opinion majoritaire concernant les créances d'une succession<sup>57</sup>. Même Dumoulin, qui semble avoir hésité entre la loi du créancier et celle du débiteur sur cette question, opte finalement pour celle du créancier<sup>58</sup>, alors qu'il soutient par ailleurs la recherche de l'intention des parties pour déterminer la loi applicable au contrat. Selon Meijers, l'origine de cette règle est liée à la coutume connue par l'adage « les meubles suivent la personne »<sup>59</sup> signifiant que les biens meubles sont régis par la loi du domicile de leur propriétaire<sup>60</sup>, ce qui a fini par signifier que les créances sont situées au domicile du créancier<sup>61</sup>. Cependant, cette opinion était contestable car « [l]a créance est une richesse pour le créancier, mais une richesse détenue par le débiteur »<sup>62</sup>.

La contestation de cette opinion majoritaire commence au XVI<sup>e</sup> siècle, alors que Coquille s'oppose à l'application de l'adage « les meubles suivent la personne » aux créances d'une succession, au motif que c'est du domicile du débiteur que doit être tirée la loi applicable à la créance d'une succession car le créancier « doit aller rechercher le domicile du débiteur » :

---

<sup>56</sup> Julien Brodeau, *Recueil d'aucuns notables arrêts donnez en la Cour du Parlement de Paris*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L'Angelier, 1614, p. 178.

<sup>57</sup> Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 267.

<sup>58</sup> *Id.*, p. 268 et 269; v. aussi Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 638.

<sup>59</sup> Selon lui, *id.*, note 23, p. 638, cette règle « n'était qu'un résidu de l'ancien régime de la personnalité des lois ».

<sup>60</sup> *Id.*, p. 639 et 640.

<sup>61</sup> *Id.*, p. 640 et 641; Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 267.

<sup>62</sup> Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 266, note de bas de page 1.



« La question est à quelle Coûtume seront sujets les crédits et dettes actives du défunt? Aucuns disent que c'est à la Coûtume du domicile du créancier, parce qu'en icelui se doit payer la partie due. Autres disent que c'est à la Coûtume du lieu où est le domicile du débiteur. Et je suis de cet avis [...]. Aussi, le créancier, quand il fait la demande, doit aller rechercher le domicile du débiteur. [...] [I]l faut dire, en ce qui se peut dire en pareil cas, que la dette est au lieu où est la personne qui doit; parce que la dette est attachée à sa personne »<sup>63</sup>.

Selon Coquille, l'élément déterminant de la loi applicable à la créance se trouve dans le rattachement de celle-ci à la personne du débiteur en raison de l'obligation du créancier d'aller en « rechercher le domicile ». Cette obligation est évidemment liée à la règle « *actor sequitur forum rei* » selon laquelle le demandeur doit suivre le for de la chose demandée (*res*) ou du défendeur (*reus*)<sup>64</sup>. Mais il s'agit d'une règle de compétence et non de loi applicable. La confusion entre la compétence et la loi applicable deviendra toutefois populaire<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> *Id.*, p. 264, citant un passage que l'on retrouve dans *Les Œuvres de maistre Guy Coquille*, tome II, Bordeaux, Labottière, 1703, p. 282 [nos soulignements].

<sup>64</sup> Arthur Von Mehren, « Theory and practice of adjudicatory authority in private international law : a comparative study of the doctrine, policy and practices of common- and civil-law systems : general course on private international law », [2002] 295 *R.C.A.D.I.*, p. 179 : « Formulated by Roman jurists near the end of the third century AD540, the maxim *actor sequitur forum rei* is of ancient lineage. "Rei" being the genitive form as well of *res*, a thing, as of *reus*, a defendant, the phrase signifies that the moving party must seise, as the case may be, the forum of the defendant or of the property in suit. The formula stands today – in the words of a German jurist – "for a legal principle (*Rechtssatz*) that is known everywhere, widely recognized, and universally approved... [, namely,] that the plaintiff must go to the defendant's forum (*Gerichtsstand*)" [notes omises, nos soulignements] ».

<sup>65</sup> Celle-ci est reprise dès le début du XVII<sup>e</sup> siècle par le toulousain Simon d'Olive : « Ce qui reçoit de la difficulté en ce sujet, c'est de sçavoir comme est-ce qu'on doit régler les debtes actifs en cette matière, et à quel lieu il faut les rapporter [...]. Or les debtes estant au nombre des choses incorporelles, il semble que leur nature ne souffre pas que le lieu, qui n'embrace que les choses corporelles, les puisse contenir et comprendre [...], disent nos Jurisconsultes qui s'accordent en cela avec le Philosophe [Aristote] lequel attribue le lieu aux choses corporelles seulement, lors qu'il le déclare par sa définition, estre la surface prochaine immobile du corps, qui encerne et contient un autre corps. Toutesfois comme il a été reçu dans le Droit que les servitudes qui sont des choses incorporelles, incapables d'attouchement et de possession [...] peuvent néanmoins estre possédées et prescrites, non pas d'elles memes, mais à raison du fonds auquel elles sont inhérentes [...], dit Gaius. Ainsi est-il vrai de dire que les obligations qui consistent en droit, ne pouvant d'elles memes estre sises et placées en aucun lieu qui les contiennent, reçoivent toutesfois leur assiete des personnes à qui elles sont attachées. De sorte que par ce moyen il sembleroit que les debtes actifs devroient estre considerés par le lieu, où habite le créancier, en la personne duquel reside l'obligation, comme l'accident en son sujet. Mais puisque suivant l'axiome des Philosophes le mouvement et l'action prennent leur forme et leur essence du terme, où ils tendent et aboutissent, il s'ensuit que c'est par le domicile du débiteur que les debtes actifs doivent estre reglez; veu que, suivant le Droit, le débiteur est le terme de l'action civile, et que le créancier poursuivant l'effet de son obligation, et le paiement de son deu, est obligé de suivre la Cour et la juridiction du débiteur » (*Les Œuvres de M<sup>e</sup> Simon d'Olive*, Lyon, Simon Rigaud, 1650, p. 574 [nos soulignements]).

Le débat porte alors exclusivement sur la question de savoir si la créance d'une succession est régie par la loi du créancier ou par celle du débiteur – mais ni la *lex loci contractus* ni la *lex loci solutionis*, pourtant évoquées par Bartole pour régler la loi applicable au contrat, sont considérées avoir un titre à s'appliquer. La contradiction entre la loi applicable au contrat (ou à son inexécution) et à celle applicable à la créance qui en découle est manifeste : l'obligation change ainsi de loi applicable lorsqu'elle fait partie d'une succession.

Mais la confusion entre la compétence et la loi applicable est tout à fait explicite : la créance est régie par la loi du domicile du débiteur car le créancier est obligé de « suivre la Cour et la juridiction du débiteur ». Cette conception aboutit donc à élargir le champ d'application de la *lex fori* non pas en qualifiant la question comme relevant du *litis* comme le faisaient – au moins implicitement – les glossateurs et Guillaume de Cun, mais en opérant une confusion entre la compétence fondée sur le domicile et la loi applicable. Le raisonnement demeure ainsi fondé sur le conflit de lois, car la loi applicable est déterminée en référant à un facteur de rattachement (le domicile du débiteur), bien que le résultat évacue systématiquement la loi étrangère. L'injustice découlant de cette confusion deviendra apparente lorsque le raisonnement « compétence = loi applicable » sera appliqué aux situations où plus d'un ressort est compétent pour connaître de la même affaire. Cela se produit à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, lorsqu'une exception est formulée pour les marchands qui peuvent saisir les tribunaux du lieu où le contrat a été passé ou ceux du lieu où le paiement a été stipulé<sup>66</sup>.

Bien que ces développements ne concernent pas la prescription mais les créances d'une succession, il faut en retenir le raisonnement car nous le retrouverons peu de temps après en Hollande mais ensuite en France puis en Angleterre.

---

<sup>66</sup> Boullenois, *Traité I, supra* note 51, p. 607 et 608 : « Les Marchands néanmoins, suivant l'Ordonnance du Commerce de 1673, tit. 12, art. 17, ont pour raison de leurs affaires de Commerce, le choix, soit du domicile, soit du lieu où la promesse a été faite et la marchandise fournie, soit du lieu auquel le paiement doit être fait, et cela pour la plus prompte expédition des affaires du Commerce qui intéresse toutes les Nations ».

c) *Hollande*

Jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle, la doctrine des Pays-Bas tend plutôt à suivre l'opinion de Bartole. Ainsi, pour le hollandais Nicolas Everard, écrivant au début du XVI<sup>e</sup> siècle, la prescription serait, selon les auteurs, déterminée, comme Bartole, par la *lex solutionis* lorsque le lieu du paiement a été stipulé<sup>67</sup>, ou selon la coutume « du lieu où la dette a été contractée »<sup>68</sup>. Le flamand Paul Christinaeus aurait eu, au début du XVII<sup>e</sup> siècle, également la même opinion que celle de Bartole<sup>69</sup>, tout comme son contemporain et compatriote Nicolas Burgundus<sup>70</sup>.

Celui-ci, cependant, aurait été d'avis que la coutume de Flandre est à l'effet qu'on doit « suivre la Coûtume du lieu du domicile du débiteur »<sup>71</sup>. De fait, un arrêt de Flandre rendu en 1692 applique à la prescription la loi du lieu où le contrat avait été passé et où les parties étaient domiciliées plutôt que celle du lieu où le procès se déroulait<sup>72</sup>. Comme le rapporteur le précise, l'opinion de Burgundus sur cette coutume de Flandre signifiait qu'on devait appliquer la loi du domicile du débiteur « de manière que celle du lieu où l'on plaide est indifférente pour la Question »<sup>73</sup>.

Selon Michel, ces auteurs sont des successeurs de d'Argentré, dont les écrits ont été, semble-t-il, largement diffusés en Hollande<sup>74</sup>, où le territorialisme de l'auteur breton a trouvé un écho tout à fait favorable; mais ils s'en écartent et rejoignent Bartole sur la question de l'extinction des obligations<sup>75</sup>. Par contre, à partir du milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, la doctrine hollandaise ne suit plus Bartole sur cette question et opère une rupture assez nette avec ses opinions, en particulier sur la question qui nous intéresse.

---

<sup>67</sup> Boullenois, *Traité II*, *supra* note 51, p. 488; Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 40, note de bas de page 1.

<sup>68</sup> Jacques Pollet, *Arrests du Parlement de Flandre sur diverses questions de droit, de coutume et de pratique*, Lille, Lievin Danel, 1716, p. 341.

<sup>69</sup> Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 40, note de bas de page 1; Boullenois, *Traité II*, *supra* note 51, p. 488.

<sup>70</sup> Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 40; Boullenois, *Traité II*, *supra* note 51, p. 488.

<sup>71</sup> Pollet, *Flandre*, *supra* note 68, p. 341.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Lainé, *DIP I*, *supra* note 32, p. 340.

<sup>75</sup> Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 40, note de bas de page 1.

À cette époque, Paul Voet introduit la notion de « *comitas gentium* » pour justifier l'application d'une loi étrangère<sup>76</sup>, conformément à l'esprit de l'époque que Muir Watt et Ancel décrivent ainsi :

« l'idéologie de l'État souverain forgée par J. Bodin et H. Grotius [et la] souveraineté territoriale, l'indépendance, voire l'exclusivisme (principalement dirigé contre la mythique sujétion au Saint-Empire romain germanique et contre une ambition espagnole encore proche) [...] imprégnaient la réflexion comme l'action politique aux Pays-Bas »<sup>77</sup>.

Il faut comprendre la doctrine hollandaise de cette époque en gardant en tête que ces auteurs, « partant du principe de la territorialité absolue des statuts quels qu'ils soient, ont tendance à étendre en toutes matières les pouvoirs du juge saisi »<sup>78</sup>, comme d'Argentré l'avait d'ailleurs proposé. C'est dans ce contexte qu'en 1661, Paul Voet se demande laquelle des lois du débiteur ou du créancier doit régir la durée de l'action. Pour y répondre, Voet cite la règle « *actor sequitur forum rei* » et en déduit, puisque le créancier doit saisir le for où est domicilié le débiteur, que la loi du tribunal saisi est applicable<sup>79</sup>. Selon lui, la loi du tribunal saisi est toujours la même que la loi du domicile du débiteur. Son fils Jean Voet expliquera cette approche de la manière suivante :

« Une dette non encore recouvrée est placée sous la puissance du juge du domicile du débiteur, plutôt que sous la puissance du juge du créancier : car le créancier est obligé de s'adresser au tribunal compétent du débiteur. Ainsi, ce n'est pas le juge du domicile du créancier, mais celui du domicile du débiteur, qui peut repousser la demande en paiement »<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Bertrand Ancel et Horatia Muir Watt, « Du conflit des lois différentes dans les États différents », *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 6.

<sup>77</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>78</sup> Michel, *Prescription*, *supra*, note 38, p. 63.

<sup>79</sup> Paul Voet, *De Statutis*, Amsterdam, 1661, sect. 10, n° 1, p. 339 et 340 : « *Ubi quoad actionis intentionem, occurrit illa difficultas, an si diversa sint statuta circa actionis finitionem seu terminum, spectandus sit terminus statuti debitoris, an creditoris? Respondeo, quia actor sequitur forum rei, ideo extraneus petens à reo, quod sibi debetur, sequetur terminum statuti præscriptum actioni in foro rei* [nos soulignements] ».

<sup>80</sup> Jean Jacques Gaspard Foelix, *Traité du droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. Par Charles Demangeat, tome I, Paris, Maresq Ainé, 1866, p. 240; v. en ce sens Lorenzen, *Huber*, *supra* note 45, p. 390 : « John Voet [...] appears to justify it [l'application de la *lex fori* à la prescription] on the ground that the forum will be generally the domicile of the debtor »; Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 41 : « Mais en ce qui concerne la prescription, J. Voet se décide pour la *lex fori*, qui sera généralement la loi du domicile du débiteur ».

On a affirmé que Paul Voet appliquait la *lex fori* à la prescription<sup>81</sup>. Mais il faut bien voir que son opinion n'est pas fondée sur la qualification procédurale de la prescription : il suppose plutôt l'application de la règle de compétence selon laquelle le débiteur doit être poursuivi au lieu de son domicile, de sorte que c'est en réalité cette loi que Voet applique à la « durée de l'action »<sup>82</sup>.

Par ailleurs, on a affirmé que cette rupture avec l'opinion de Bartole était inexplicée<sup>83</sup>, mais le raisonnement de Voet est très exactement le même que celui de Coquille, qui commentait la coutume du nord de la France une centaine d'années auparavant. Pour Coquille comme pour Voet, la loi applicable, dans un cas aux créances d'une succession et dans l'autre à la prescription extinctive, est celle du domicile du débiteur en raison de l'obligation du créancier de saisir le tribunal qui y est situé. Dans un cas comme dans l'autre, les seuls facteurs de rattachement possibles sont liés au domicile de l'une des parties, évacuant la pertinence du lieu de conclusion de l'acte et du lieu d'exécution de l'obligation. Et puisque le créancier doit saisir le juge du débiteur, la loi de ce juge devient par confusion la loi applicable.

Ulrich Huber, qui écrit une courte dissertation à cette époque<sup>84</sup>, poussera encore plus loin l'emprise de la *lex fori*, conformément à son utilisation de la *comitas gentium* non plus conçue comme une notion appartenant au droit des gens selon la terminologie de Voet, mais comme une notion de « protection du for »<sup>85</sup>. Curieusement, Huber pose la question sous étude en mentionnant le lieu de conclusion comme facteur de rattachement possible :

---

<sup>81</sup> Lorenzen, *Huber, supra* note 45, p. 390 : « Voet broke with the traditional view on the subject by holding that the prescription of actions is a matter of remedy and subject to the law of the forum »; v. en ce sens Michel, *Prescription, supra* note 38, p. 40 : « Mais, contrairement à ses prédécesseurs, Paul Voet ne rattache pas aux suites du contrat le statut de prescription. Pour lui la prescription est une limitation de l'action et se rattache à la procédure [...]. C'est du reste, – Paul Voet prend soin de l'expliquer, – non pas la loi du domicile du débiteur qui sera compétente, mais la loi du tribunal régulièrement saisi »; Foelix, *DIP, supra* note 80, p. 240.

<sup>82</sup> William Guthrie, *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes : A Treatise on the Conflict of Laws and the limits of their operation in respect of place and time by Friedrich Carl Von Savigny, translated, with notes*, 2<sup>e</sup> éd., Edinburgh, T. & T. Clark, 1880, p. 269 : « [The view that] makes the law of the debtor's domicile regulate the prescription [...] is supported by [...] P. Voet [...] ».

<sup>83</sup> Lorenzen, *Huber, supra* note 45, p. 390.

<sup>84</sup> De « dix pages qui ont autant de poids que dix volumes » (Lainé, *DIP II, supra* note 32, p. 96).

<sup>85</sup> Ancel, *Huber, supra* note 76, p. 7.

« En outre, lorsqu'un contrat a été conclu ailleurs qui donne lieu à une demande portée devant nos tribunaux, et que, quant à l'octroi ou au refus de l'action, notre droit diffère de celui du lieu de conclusion, il y a doute sur lequel de ces deux droits il convient d'observer »<sup>86</sup>.

Contrairement à Coquille et Voet, Huber ne se borne donc pas à se demander laquelle des lois du domicile du créancier ou du débiteur doit régir la question en litige et reconnaît que la pertinence du lieu de conclusion du contrat soulève un doute à ce sujet. Par contre, il tranche la question non pas en évaluant le facteur de rattachement ayant le meilleur titre à régir la situation mais en qualifiant la prescription de règle de procédure exclue du conflit de lois :

« L'exemple est celui du Frison qui, en Hollande, se rend débiteur pour raison de marchandises vendues au détail et qui est assigné en Frise après deux années passées. Il oppose la prescription qui chez nous est admise pour ce genre de dette. Le créancier réplique que cette prescription n'est pas admise en Hollande où le contrat a été conclu, et que par conséquent elle ne peut lui être opposée en cette affaire. Mais il en a été jugé autrement, une première fois dans le cas *Just Blenkenfieldt c/ G.Y.*, puis de nouveau dans le cas *Jean Janoliin, Tailleur du Prince d'Orange, c/ N.B., l'un et l'autre avant les grandes foires de 1680*. Par la même raison, qui assigne un débiteur en Frise sur la base d'un acte dressé devant les Échevins en Hollande où il bénéficie alors, contrairement au droit commun, de l'exécution parée, ne jouira pas ici de cet attribut qui ne s'obtient que par jugement en connaissance de cause. La raison en est que la prescription et l'exécution ne concernent pas la valeur du contrat, mais se rapportent au moment et au mode d'exercice de l'action, laquelle constitue en soi un quasi-contrat et acte autonome, à tel point qu'il est reconnu sur les motifs les plus solides qu'en ce qui touche l'ordonnancement du procès, la coutume du lieu où l'on agit et non celle du lieu où le contrat a été conclu doit être observée, comme l'enseigne Jean à Sande *liv. 1, tit. 12, déf. 5*, où il rapporte que, même lorsqu'il y va de l'exécution de jugements prononcés ailleurs, il faut observer le droit du lieu où l'exécution est recherchée, et non celui du lieu de la chose jugée »<sup>87</sup>.

On constate que Voet et Huber confondent tous deux la compétence avec la loi applicable, mais pour des raisons différentes : le premier opère la confusion par le rattachement nécessaire entre le domicile du débiteur et le tribunal saisi découlant de la règle *actor sequitur*, alors que le second l'opère par la qualification procédurale de la question à

---

<sup>86</sup> *Id.*, p. 14.

<sup>87</sup> *Id.*, p. 14 et 15 [notes omises].

résoudre. De fait, Huber ne mentionne pas le domicile et se borne à assimiler la nature de la prescription à celle de l'exécution pour la classer dans la « catégorie procédure » :

« Sans doute parce que la prescription de l'obligation n'intervient pas dans l'espace mais dans le temps, Huber s'engage dans la démarche conflictuelle en abordant une question de qualification : catégorie obligation ou catégorie procédure? Le *locus* se déplacera selon la qualification retenue, selon la nature du rapport de droit, selon l'esprit de l'institution. Huber opine en faveur de l'ordonnement du procès, c'est-à-dire la catégorie procédure, comme va le faire pour l'exécution parée, y voyant un mode privé d'exercice de *l'actio* [...] »<sup>88</sup>.

Ainsi, la jurisprudence invoquée par Huber est critiquée par un de ses contemporains qui classe la prescription dans la catégorie « *meritum causae* » :

« [Gottlieb Gerhard Titius (1664-1714)] propose la question dans une Coutume où la prescription a lieu contre le titre, lorsque le créancier n'a point agi dans un certain temps, et il blâme fort une Sentence rendue en Frise, où l'on avoit jugé qu'un contrat passé en Hollande, où telle prescription n'a pas lieu, ne pouvoit plus être exécutée en Frise, après deux années de silence et d'inaction de la part du créancier, et il fonde sa critique sur ce que le temps d'agir, pendant l'exécution d'un contrat, plus, ou moins long, non tangit modum simplicem procedendi, sed tangit meritum causae, et que la prescription tendant à détruire et anéantir un contrat, c'est la Loi du lieu où il a été passé, qu'il faut considérer »<sup>89</sup>.

La différence entre l'opinion de Voet et d'Huber peut sembler mince puisque l'une et l'autre aboutit à l'application systématique de la loi du juge saisi. Mais il faut voir que Voet, comme Coquille, tend à s'écarter de l'opinion de Bartole, qui admettait qu'une autre loi que la *lex fori* puisse s'appliquer à la prescription, sans pour autant rejoindre l'opinion des glossateurs et de Guillaume de Cun pour qui le *litis* est toujours régi par la *lex fori*. En effet, sa conception demeure fondée sur un raisonnement de conflit de lois car la loi applicable est déterminée par un facteur de rattachement, à savoir le lieu du domicile du débiteur.

Pour Huber, en revanche, aucun facteur de rattachement n'est pertinent car il classe la prescription dans la catégorie « *actio* » qui est toujours régie par la *lex fori*, par opposition à la catégorie « *contractus* » ouverte à la loi du lieu où l'acte a été conclu. On retrouve donc

---

<sup>88</sup> *Id.*, p. 15, note 57.

<sup>89</sup> Boullenois, *Traité I, supra* note 51, p. 529 et 530 [nos soulignements].

en quelque sorte ici l'opinion de Guillaume de Cui pour qui le *litis* est toujours régi par la *lex fori*, contrairement au *negotium* ouvert à la loi étrangère. Pour Huber, la prescription est à ce point distincte de l'obligation à prescrire qu'il en dit qu'elle est un « quasi-contrat et acte autonome », termes traduisant le mot *negotium* qu'il emploie dans le texte<sup>90</sup>. Pour lui, la question n'est plus du domaine des conflits de lois car la prescription relève de la *lex fori* en raison de sa nature et non en raison des liens du litige avec un lieu plutôt qu'un autre.

La conception d'Huber n'aura qu'une influence « pratiquement insensible » sur le droit international privé néerlandais et « très mesurée » sur celui du reste de l'Europe continentale<sup>91</sup>. Comme nous le verrons cependant, ses écrits et ceux de Voet père et fils seront cités, non sans une certaine confusion, par la doctrine française pour justifier l'application à la prescription extinctive de l'approche exposée par Coquille pour les créances d'une succession.

---

<sup>90</sup> Ulrich Huber, *Praelectionum Juris Romani et Hodierni*, Gleditschius, 1707, p. 23 : « *Ratio hæc est, quod præscriptio et executio non pertinent ad valorem contractus, sed ad tempus et modum actionis instituendæ, quæ per se quasi contractum separatumque negotium constituit, adeoque receptum est optima ratione, ut in ordinandis judiciis, loci consuetudo, ubi agitur, etsi de negotio alibi celebrato* [nos soulignements] ».

<sup>91</sup> Ancel, *Huber, supra* note 76, p. 3.



d) *France*

Dès le début du XVIII<sup>e</sup> siècle, on ne trouve plus de référence à l'opinion de Bartole pour déterminer la loi applicable à la prescription. La question semble ainsi se résumer à décider laquelle des lois du domicile du créancier ou du débiteur doit s'appliquer. Par exemple, Berroyer et de Laurière décrivent le problème de la loi applicable à la prescription en ces termes :

« À l'égard de la prescription contre les actions personnelles, il y a plus de difficultés : car il y en a qui tiennent, qu'il faut suivre la Coûtume du créancier, et d'autres, qu'il faut suivre celle du débiteur; cependant il y a lieu de croire, que la dernière opinion est la plus seure; parce qu'enfin l'action doit être intentée au domicile du débiteur, suivant la Coûtume; de sorte que quand il n'est point inquiété, il prescrit cette action suivant la Coûtume, sa personne est libérée aux termes de sa Coûtume, qui est la seule qui puisse statuer sur sa personne; ainsi il faut tenir positivement, que la Prescription contre les actions personnelles doit être réglée par la Coûtume du débiteur, et non point par celle du créancier »<sup>92</sup>.

Ces auteurs indiquent, à la fin du passage cité, qu'un arrêt a été rendu à ce sujet en 1692, mais cette affaire concernait la prescription acquisitive<sup>93</sup>. D'autres auteurs auraient également émis la même opinion, comme Michel Prévôt de la Jannès, qui rattache la prescription extinctive au statut personnel<sup>94</sup>. Cette approche sera ainsi explicitée par Dunod :

« Il n'y a pas de doute, que pour juger de la Prescription et des actions réelles et hypothécaires, on doit suivre les Loix et les Coutumes des lieux où les choses sont situées [...]. Mais il y en a davantage, au sujet des actions personnelles. L'opinion la

---

<sup>92</sup> Claude Berroyer et Eusèbe de Laurière, *Traité de M<sup>r</sup> Duplessis ancien avocat au Parlement de Paris sur la coutume de Paris*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Nicolas Gosselin, 1709, p. 488 et 489 en note de bas de page [nos soulignements].

<sup>93</sup> « Mais pour déterminer quelle doit être la règle qu'on doit suivre pour le tems (*sic*) nécessaire pour l'absence, il faut lorsque l'héritage est situé dans une coutume différente de celle du domicile du propriétaire, s'en tenir à la coutume du lieu qui régit l'héritage » (*Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, tome I, Paris, Panckoucke, 1782, p. 48). Le même arrêt est également commenté de la manière suivante : « [i]l faut suivre la Coûtume du lieu où la chose est scituée, et non pas la coutume du domicile pour la prescription quand elle n'est point acquise; quant à la prescription de 10 ans, il suffit que les personnes soient en un mesme Baillage » (Claude de la Ville, *Ordre alphabétique ou Dictionnaire contenant les principales maximes et décisions du Palais confirmées par les Arrêts du Parlement de Paris et des autres Parlemens de France*, Paris, C. Osmont, 1692, p. 283, où l'on lit cependant, après le passage cité : « [i]l faut suivre la coutume des lieux où les Contracts sont passez, et non où les héritages hypothequez sont scituez » [nos soulignements]).

<sup>94</sup> Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 37; v. aussi les auteurs cités en p. 63 et 64, lesquels, selon l'auteur, n'offrent cependant « rien d'intéressant » (p. 64, note de bas de page 1).

plus commune et celle qui paroît la plus régulière, est que l'on doit suivre en ce cas la Loi du domicile du débiteur, parce que c'est le lieu où il doit être convenu; que c'est la Loi de son domicile, qui règle ce qui lui est personnel; qu'il est censé s'être obligé suivant cette loi; et que ce qui nous est dû, est réputé être dans le lieu du domicile de nos débiteurs »<sup>95</sup>.

Lorsque Bouhier aborde la question en 1742, il utilise la prescription extinctive pour démontrer que les coutumes contraires au droit commun n'ont pas d'effet à l'extérieur de leur territoire « ni de personne à personne, ou de Coutume à Coutume », et donne un exemple de ce principe :

« Le premier, qui se présente à mon esprit, est la prescription. Comme il n'y a guère de matière, où nos Coutumes s'écartent davantage du Droit Romain, et où elles varient si fort entr'elles, on a demandé, à quelle Coutume il falloit s'en rapporter, quand les débiteurs étoient domiciliés en des Coutumes différentes de celle des créanciers, ou quand leurs biens, sur lesquels on avoit des prétentions, étoient situés aussi sous différentes Coutumes? Sur quoi on n'a jamais douté en notre Parlement, qu'à l'égard des actions personnelles la prescription ne dût se régler par la Coutume du Défendeur, et à l'égard des héritages, et des actions réelles, par la Coutume du lieu de la situation des fonds »<sup>96</sup>.

C'est dans ce contexte que Boullenois publiera en 1766 son célèbre traité. Il convient de s'y attarder particulièrement pour deux raisons assez paradoxales. La première est que Boullenois inspirera l'américain Story<sup>97</sup>, qui le cite à répétition pour justifier l'opinion voulant que la prescription est une règle de procédure régie par la *lex fori* et qui aura une influence non négligeable dans le développement de cette opinion dans les systèmes de *common law*<sup>98</sup>. La deuxième est qu'en fait, Boullenois reprend, non sans une certaine

---

<sup>95</sup> François-Ignace Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'église, et des dixmes, suivant les droits civils et canon, la Jurisprudence du Royaume, & les Usages du Comté de Bourgogne*, Dijon, Antoine de Fay 1730, p. 114 [nos soulignements].

<sup>96</sup> Jean Bouhier, *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, tome I, Dijon, Auge, 1742, p. 595 [nos soulignements].

<sup>97</sup> Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, Hilliard Gray and Company, 1834, p. 482 et suivantes. Cet ouvrage porte même, sur la page frontispice, l'extrait suivant du traité de Boullenois (*Traité I, supra* note 51, p. XVIII) : « Il regnera donc toujours entre les Nations une contrariété perpétuelle de Loix; peut-être regnera-t-elle perpétuellement entre nous sur bien des objets. Delà la nécessité de s'instruire des règles et des principes qui peuvent nous conduire dans la décision des questions que cette variété peut faire naître ». Selon Lorenzen, la majorité des références de Story viennent de Boullenois, qui avait écrit les plus récents travaux d'importance sur les conflits de lois (Ernest G. Lorenzen, « À propos du centenaire des commentaires de Story sur les conflits de lois », (1935) *R.C.D.I.P.* 295, p. 307 et 308).

<sup>98</sup> Llewelyn Davies, « The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law », (1937) 18 *B.Y.B.I.L.* 49, qui souligne même que « When Story's *Commentaries on the Conflict of Laws* appeared in 1834 no serious attempt had been made to construct a system of Conflict of Laws on the basis of

confusion, l'essentiel des solutions de Bartole et repousse même encore plus loin que lui l'emprise de la *lex fori*.

Tout d'abord, Boullenois estime qu'il faut, lorsqu'un lieu a été stipulé pour le paiement, « suivre la loi où le paiement doit être fait »<sup>99</sup>. Il ne cite pas Bartole, mais il s'agit très exactement de la solution que le maître de Bologne avait proposée pour expliquer pourquoi Guillaume de Cun avait tort d'appliquer systématiquement la *lex fori* au *litis*. Lorsqu'aucun lieu n'a été stipulé, en revanche, c'est la loi du domicile du débiteur qui est déterminante :

« On demande quelle Coutume il faut suivre pour juger si l'action est prescrite, ou non.

On dit, d'un côté, que s'il [...] s'agit d'une action personnelle : *nomina et actiones sequuntur domicilium creditoris*; et suivant cette maxime générale, il faudrait décider que le débiteur ne peut prescrire que suivant la Loi du domicile du créancier, qui régit cette action; qu'ainsi il faut considérer l'action par l'actif.

D'autres se déterminent pour la Loi du domicile du débiteur, et ils envisagent l'action par le passif.

Pour moi dans la Thèse générale, et lorsque le paiement n'est fixé dans aucun lieu particulier, [...] j'estime qu'il faut suivre le domicile du débiteur, parce que, 1°. c'est au domicile du débiteur qu'il faut se pourvoir. [...] 2°. Parce que de la même manière que dans l'action réelle, c'est le fonds qui se défend, et qui invoque à son secours la Loi où il est situé, de même dans l'action personnelle, c'est la personne qui se défend et qui invoque la Loi de son domicile »<sup>100</sup>.

Boullenois cite Huber immédiatement après ce passage et l'on pourrait croire qu'il en adopte la qualification procédurale. En effet, après avoir référé à Titius qui s'opposait à la jurisprudence invoquée par Huber au motif que la prescription tendait « à détruire et à anéantir un contrat »<sup>101</sup>, Boullenois affirme :

« Je ne saurois ne pas adopter le principe de Gerhard Titius; mais je ne puis adopter l'application qu'il en fait dans le cas de la prescription.

---

the existing English and American decisions » (p. 49) et que « It was left to Story to formulate a common-law system of private international law » (p. 50).

<sup>99</sup> Boullenois, *Traité II*, *supra* note 51, p. 488.

<sup>100</sup> Boullenois, *Traité I*, *supra* note 51, p. 365 [nos soulignements].

<sup>101</sup> Voir *supra*, note 89.

En effet, quand on excipe de la prescription, on n'attaque pas le contrat en lui-même; on le reconnoît bon et valable dans son principe et dans son essence; mais on soutient seulement que le créancier ne vient pas dans le temps prescrit par la Loi du débiteur, ce qui ne donne pas atteinte au titre en lui-même, mais à l'action qui est un nouvel acte, et qui ne concerne que *modum procedendi*. En vain diroit-on que la prescription est *exceptio peremptoria*, et que, selon la décision de Balde, *exceptio peremptoria pertinet ad decisionem causae*; il faut entendre cela d'une exception péremptoire, qui tomberoit sur le contrat, au lieu que dans l'espèce, l'exception ne tombe que sur l'action et la procédure intentée »<sup>102</sup>.

L'opinion de Boullenois renferme ici deux particularités : il réitère que la prescription est régie par la loi du débiteur, mais en même temps il semble la qualifier de règle de procédure. Il faut cependant aller lire un peu plus loin ses précisions :

« Tout ce que nous avons dit ci-dessus sur l'exécution des contrats, regarde les contrats qui ont par eux-mêmes une exécution parée.

Mais souvent nous avons des titres, qui n'étant, ni publics, ni authentiques, n'ont pas d'exécution par eux-mêmes; souvent encore nous n'avons pas de titre, mais de simples actions à diriger en Justice pour parvenir à obtenir des condamnations qui nous procurent une exécution parée. [...].

Pour traiter cette matière, il faut se rappeler la distinction que nous avons touchée légèrement, entre ce qui regarde l'instruction et la manière de procéder, et ce qui regarde le principe de décision de la contestation, *inter judicorum ordinataria et litis decisoria*. [...].

À l'égard du principe de décision, *quantum ad litis decisoria*, il se tire, ou de la Loi du lieu du contrat, ou de la Loi de la situation, ou de la volonté présumée des parties, lorsqu'elles ont contracté ensemble, etc. en un mot, la Loi seule de la Jurisdiction n'y influe point comme telle »<sup>103</sup>.

Pour illustrer son propos, Boullenois donne l'exemple d'une instance engagée devant le Parlement de Paris qui se périmé lorsque les procédures ont cessé depuis trois ans alors que celle engagée en Bretagne ne se périmé que lorsque l'action se prescrit. Il explique que la péremption de l'instance se distingue de la prescription de l'action : « Tout cela est fondé

---

<sup>102</sup> Boullenois, *Traité I, supra* note 51, p. 530 [nos soulignements].

<sup>103</sup> *Id.*, p. 535 et 536 [nos soulignements]

sur ce que cette péremption d'instance ne détruit pas l'action. *Non est litis decisoria*. Elle détruit simplement l'instance, quand elle n'est point jointe à la prescription de l'action »<sup>104</sup>.

Boullenois pousse encore le raisonnement et se demande si le règlement du Parlement de Paris, prévoyant que l'appel tombé en péremption emporte la déchéance de l'action, s'applique à l'action faisant l'objet d'un appel contre un domicilié en Bretagne, où la péremption n'a pas cet effet. En d'autres termes, Boullenois se demande si cette loi du Parlement de Paris emporte la déchéance de l'action régie, par hypothèse, par la loi bretonne. Selon lui :

« Il est certain qu'un pareil Règlement, *non pertinet ad merum modum procedendi, sed tangit merita causae*. [...].

Me Ch. Du Moulin, par la Note qu'il a mise sur Joannes Faber, nous donneroit à entendre qu'il faudroit suivre la Jurisprudence du Parlement de Bretagne : car il restreint la décision de cet Auteur, pour n'avoir lieu qu'*inter subditos*.

Ainsi comme nous supposons que l'Appelant est domicilié en Bretagne, ou que ses biens y sont situés, et que par conséquent, soit la personne, soit les biens, ne sont pas soumis aux Loix de Paris, en ce qui touche la décision de la cause, il faudroit dire que ce ne seroit pas le cas d'admettre aucune péremption emportant de droit une déchéance de l'action.

En effet, l'on ne conçoit guère comment un Statut pourroit avoir l'autorité et la force d'éteindre et de périmé une action qui est soumise à d'autres Loix »<sup>105</sup>.

On comprend de ce passage que pour Boullenois, l'action est régie par la loi du domicile du débiteur et qu'elle se distingue des questions de procédure. On peut cependant y voir une certaine contradiction avec son affirmation, en réponse à l'argument de Titius, voulant que la prescription n'atteint pas le titre mais seulement l'action et que celle-ci ne concerne que le « *modum procedendi* »<sup>106</sup>; bien qu'il précise ensuite que ce commentaire ne vaut que pour les actes exécutoires<sup>107</sup>, il est difficile de voir en quoi cette circonstance a un lien avec la qualification de la prescription. En revanche, il avait, quelques pages auparavant,

---

<sup>104</sup> *Id.*, p. 539.

<sup>105</sup> *Id.*, p. 540 [nos soulignements].

<sup>106</sup> *Id.*, p. 530.

<sup>107</sup> *Id.*, p. 535.

affirmé, dans le contexte de la loi applicable aux conventions matrimoniales, que « la durée de l'action *pertinet ad decisoria* »<sup>108</sup>.

Quoi qu'il en soit, Boullenois ne propose d'appliquer la loi du domicile du débiteur que dans le cas « où l'exécution des contrats n'est déterminée à aucun lieu »<sup>109</sup>. On ne peut donc conclure que Boullenois applique systématiquement la *lex fori* ou la loi du domicile du débiteur. Malgré une certaine confusion, il semble que Boullenois ne rattache pas la prescription aux règles de procédure mais qu'il la rattache à l'action, laquelle doit être régie, comme Bartole l'affirmait pour le *litis* de Guillaume de Cun, par la loi du lieu désigné pour l'exécution de l'obligation.

Mais contrairement à Bartole, Boullenois ne localise pas le lieu de l'inexécution au lieu du tribunal saisi lorsqu'aucun endroit n'a été stipulé pour cette exécution : il rattache cette inexécution au lieu du domicile du débiteur et localise l'action à cet endroit. Il est vrai que l'opinion de Bartole soulevait une difficulté : le choix de la juridiction, dans ce cas, emportait la désignation de la loi applicable. En revanche, Boullenois voit très bien le risque que pose l'application de la *lex fori* à l'action :

« Mais quand ces Statuts prononcent une nullité qui frappe sur le fonds, pour lors je crois qu'il faut recourir, non pas à la Loi où l'on a plaidé, mais à celle qui régit l'action dès le principe, et avant même qu'elle ait été intentée, comme étant celle qui doit en faire, de règle ordinaire, la décision.

Ainsi si le Statut ordonne et prescrit quelque chose à l'occasion d'héritages situés dans l'étendue de sa Jurisdiction qui tende, soit à en conserver la propriété, soit à en dépouiller, c'est ce Statut qu'il faut suivre, encore que l'on plaide par-tout ailleurs; parce que ce Statut régissant l'héritage, il est en droit d'en disposer comme bon lui semble, et d'en fixer le sort et la destination.

Il en est, selon moi, de même, des actions réelles sur les héritages; ces droits doivent s'acquérir, se conserver ou se perdre selon la Loi qui régit les héritages.

Mais s'il ne s'agit que d'une action pure personnelle, je crois encore qu'il faut partir d'après la Loi qui dans le principe doit juger la question, parce que le changement

---

<sup>108</sup> *Id.*, p. 368.

<sup>109</sup> Boullenois, *Traité II, supra* note 51, p. 488 [nos soulignements].

de Jurisdiction ne doit pas changer la décision : l'Ordonnance des évocations le porte ainsi [...] »<sup>110</sup>.

Pour Boullenois, donc, l'action n'est pas régie par la *lex fori* mais par la loi qui « dans le principe doit juger de la question ». Pour justifier son opinion, il cite l' « Ordonnance des évocations », dont il décrit l'effet de la manière suivante :

« Quand les parties ont contracté ensemble, et que les contestations qui naissent de leur contrat, sont évoquées ou portées dans un Tribunal étranger, il faut juger comme on jugeroit dans le Tribunal naturel des contestations »<sup>111</sup>.

Boullenois ne réfute donc pas que la règle de compétence *actor sequitur forum rei* emporte désignation de la loi applicable ni que l'action soit régie par la loi du tribunal compétent, mais il attribue à cette compétence un rôle autonome de celle du tribunal qui aura à décider concrètement de la question. Selon lui, en effet, le tribunal saisi des contestations doit juger l'affaire comme s'il avait été le « tribunal naturel des contestations ». Pour Boullenois, le « tribunal naturel » d'une contestation en matière de prescription extinctive d'une action personnelle est localisé au lieu désigné pour le paiement ou, lorsque ce lieu n'a pas été désigné, au lieu du domicile du débiteur. Boullenois rapproche ainsi la prescription de l'obligation qu'elle vise encore plus que Bartole ne l'avait fait.

Pothier, contemporain de Boullenois, estime pour sa part que la prescription n'agit que contre l'action<sup>112</sup> mais il se prononce en faveur de la loi du créancier, dans un contexte cependant où il est permis de douter qu'il ait réellement visé les actions personnelles car il semble plutôt parler d'actions réelles :

« Passons aux choses qui n'ont point de situation, telles que sont les rentes constituées et les meubles; ces choses sont régies par la loi qui régit la personne de celui qui en est le propriétaire, c'est-à-dire, par la loi du lieu où est son domicile; c'est donc la loi de ce lieu qui en doit régler la prescription, et le propriétaire ne peut

---

<sup>110</sup> Boullenois, *Traité I*, *supra* note 51, p. 543 [nos soulignements].

<sup>111</sup> Boullenois, *Traité II*, *supra* note 51, p. 489 [nos soulignements], qui réfère à l'art. 46 de l'Ordonnance : « Les procez évoquez seront jugez par les Juges pardevant lesquels le renvoy a été fait, suyvant les coûtumes des lieux d'où les procez auront été évoquez, à peine de nullité et cassation des Jugemens et Arrests qui auront esté rendus; pour raison de quoi les parties se pourront pourvoir en notre Conseil » (Daniel Jousse, *Nouveau commentaire sur les ordonnances des mois d'août 1669 et mars 1673*, Paris, Debure, 1761, p. 59 [nos soulignements]).

<sup>112</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des obligations*, tome I, Paris, Debure, 1764, par. 196, p. 220.

être dépouillé des choses qui lui appartiennent que par une loi à l'empire de laquelle il soit soumis »<sup>113</sup>.

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, Merlin semble adopter la position de Boullenois, mais son opinion n'est pas claire. Après avoir proposé la loi du domicile du débiteur au motif que la prescription n'atteint que l'action du créancier, Merlin affirme que c'est là l'opinion d'Huber et il omet de préciser ce qu'il advient du cas où un lieu de paiement a été stipulé :

« [l]a loi qui déclare une dette prescrite, n'anéantit pas le droit du créancier en soi; elle ne fait qu'opposer une barrière à ses poursuites; et dès-lors, il est évident qu'elle ne peut pas être établie par la coutume du domicile de celui-ci, mais seulement par la coutume du domicile de celui-là. [...].

C'est aussi ce qu'enseigne Huber [...].

On voit qu'Huber suppose le contrat passé dans le domicile du créancier; et que, nonobstant cette circonstance, c'est à la loi du lieu où le débiteur est actionné, c'est-à-dire, à la loi de son domicile, qu'il s'attache pour la Prescription »<sup>114</sup>.

Troplong, pour sa part, critique la distinction que Merlin fait du droit et de l'action; il critique également l'opinion de Pothier en soulignant que l'application de la loi du créancier est « une erreur difficile à comprendre dans un jurisconsulte d'un aussi grand sens »<sup>115</sup>; selon lui, la prescription doit être réglée par la loi du lieu du paiement :

« L'action personnelle se prescrit par la loi en vigueur dans le lieu où doit se faire le paiement. À la vérité, la plupart des auteurs ont écrit que c'est le domicile du débiteur qu'il faut prendre en considération. Mais cette proposition n'est vraie qu'autant que c'est à ce domicile que l'obligation est payable. Quand elle l'est ailleurs, c'est le lieu du paiement qui prévaut.

La raison en est simple; comme je l'ai dit tout à l'heure, la prescription afin de se libérer est, en quelque sorte, la peine de la négligence du créancier. Or, dans quel lieu le créancier se rend-il coupable de cette faute? C'est évidemment dans le lieu où

---

<sup>113</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité de la possession et de la prescription*, tome II, Paris, Debure, 1772, par. 251, p. 395 et 396.

<sup>114</sup> Philippe-Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5<sup>e</sup> éd., tome 12, Paris, J.-P. Roret, 1827, p. 691 et 692.

<sup>115</sup> Troplong, *Prescription*, *supra* note 52, p. 47.



il doit recevoir son paiement. Donc, il encourt la peine établie dans ce lieu; donc la prescription qu'il doit subir se règle par la loi de ce même lieu »<sup>116</sup>.

Cela dit, l'auteur ne précise pas ce qu'il advient du cas où le lieu du paiement n'est pas prévu au contrat. De plus, il estime que la prescription éteint complètement l'obligation – et donc qu'elle lui est intimement liée – mais il n'analyse que les fondements de la prescription pour déterminer la loi applicable au lieu de s'en remettre entièrement à l'obligation qu'elle vise. Troplong s'inscrit néanmoins dans la lignée de Bartole et Boullenois en retenant un facteur de rattachement qui n'est pas nécessairement déterminé par le domicile d'une des parties mais plutôt par l'un des lieux où doit se manifester l'obligation.

Foelix, pour sa part, réfère au passage précité de Merlin mais affirme suivre « l'opinion de Jean Voet, de Dunod et de Boullenois » selon laquelle « la prescription extinctive se règle par la loi du domicile qu'a le débiteur au moment de la demande »<sup>117</sup>. En affirmant que le domicile du débiteur doit être apprécié au jour de la demande, Foelix soulève une question importante, mais que Dunod et Boullenois avaient tranché au contraire de ce qu'il affirme. Pour Dunod, « si le débiteur avoit changé de domicile depuis le contrat, il semble qu'il ne pourroit pas en cela faire la condition de son créancier plus mauvaise, parce qu'il ne doit pas dépendre de lui, d'abrèger à son gré le terme de la Prescription au préjudice de son créancier »<sup>118</sup>. Quant à Boullenois, le changement de juridiction ne doit pas changer la durée de l'action, tel qu'il l'explique en relation avec les conventions matrimoniales : « Ainsi par le changement de domicile, on peut changer de Juridiction; mais on ne peut changer les conventions matrimoniales, les augmenter, ni les diminuer; la durée de l'action *pertinet ad decisoria* »<sup>119</sup>.

Foelix poursuit toutefois son analyse et rapproche l'opinion de Boullenois non seulement de celle de Jean Voet mais aussi de celle de Paul Voet et d'Huber en soulignant :

---

<sup>116</sup> *Id.*, p. 47 et 48 [nos soulignements; notes omises].

<sup>117</sup> Foelix, *DIP*, *supra* note 80, p. 140 [nos soulignements].

<sup>118</sup> Dunod, *Traité*, *supra* note 95, p. 114.

<sup>119</sup> Boullenois, *Traité I*, *supra* note 51, p. 368.

« Bien qu'il y ait quelques différences dans les termes employés par ces auteurs, on voit qu'ils aboutissent tous à cette conclusion que la prescription s'acquiert d'après la loi en vigueur au lieu où siège le juge compétent pour statuer sur les actions personnelles formées contre celui qui oppose cette défense »<sup>120</sup>.

Partant du principe de la compétence de la loi du domicile du débiteur, Foelix suppose en fait l'application pure et simple de la *lex fori*, bien qu'il réfère ensuite, pour démontrer l'application de ce principe, à deux affaires tranchées en Allemagne où il fut jugé « que la prescription extinctive d'engagements personnels est régie par la loi du domicile du débiteur »<sup>121</sup>. Cela n'empêche pas Foelix de remarquer que « quelques auteurs, cependant, sont d'un avis contraire » car ils appliquent à la prescription « la loi du lieu où l'action est née, c'est-à-dire où la convention a été formée » et que cette opinion est « peut-être la mieux fondée en théorie »<sup>122</sup>. En dépit de cette adhésion timide pour la loi du fond du litige, c'est véritablement la *lex fori* que Foelix propose d'appliquer à la prescription :

« La question de la légitimité de l'engagement, celle de savoir s'il y a lieu d'accorder ou de refuser l'action résultant d'un contrat, doivent être également appréciées suivant la loi du lieu où le contrat a été passé [...]. Il faut excepter les cas où la loi du lieu où l'action est formée renferme une prohibition de la recevoir; par exemple, lorsque cette loi [...] déclare prescrite une obligation civile; car, dans ces cas, le juge ne peut que suivre la loi à laquelle il est soumis, et l'existence de la loi prohibitive prouve que cette nation n'admet pas le principe [de la *comitas gentium*] »<sup>123</sup>.

Une certaine confusion règne donc parmi les auteurs qui interprètent la position de Boullenois sur la question, confusion dont ils ne portent cependant pas l'entière responsabilité, car « cet auteur n'a adopté [...] la *lex domicilii debitoris*, qu'en faisant appel à des arguments qui doivent logiquement conduire à l'application de la loi du tribunal saisi »<sup>124</sup>. Il n'est donc pas étonnant que lorsque la Cour de cassation se prononce en faveur de la loi du domicile du débiteur pour régler la prescription en 1869, elle fournisse elle aussi des motifs ambigus : « les règles de la prescription sont celles de la loi du domicile du

---

<sup>120</sup> Foelix, *DIP*, *supra* note 80, p. 141 [nos soulignements].

<sup>121</sup> *Id.*, p. 142.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Id.*, p. 150 et 151 [nos soulignements].

<sup>124</sup> Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 91.

débiteur qui, poursuivi en vertu de la loi de son pays, a le droit de se prévaloir des dispositions de cette même loi qui peuvent le protéger contre l'action dont il est l'objet »<sup>125</sup>.

D'ailleurs, selon le commentateur de cet arrêt, la *lex fori* est la loi qui doit réellement être appliquée à la prescription :

« Les motifs que nous avons déduits paraîtront peut-être plus forts en faveur de la loi où l'action est exercée, que de la loi du domicile du débiteur. Cela est exact, et dans notre conviction, en effet, la vérité est que la loi de la prescription est la loi de l'action. La loi qui octroie la faculté d'agir en justice limite l'exercice de cette faculté »<sup>126</sup>.

Ainsi, la doctrine et la jurisprudence ont expliqué l'application de la loi du domicile du débiteur en fournissant des arguments à la fois liés au rattachement à l'obligation et au rattachement au tribunal saisi :

« c'est le domicile du débiteur qui marque le lieu où le créancier doit se rendre, soit pour y recevoir son paiement, soit pour le réclamer par les voies judiciaires, et qui, par conséquent désigne la loi suivant laquelle s'effectuera le paiement ou s'exerceront les poursuites »<sup>127</sup>.

Pour Michel, « [l]e système de la *lex domicilii debitoris* se confond théoriquement et pratiquement avec celui de la *lex fori* »<sup>128</sup>, ce qui n'est pas tout à fait exact car le premier maintient un rattachement aux circonstances du litige (le domicile du débiteur) contrairement au second qui se borne à qualifier de règle de procédure. Cette différence de qualification est contournée en raison de l'application souvent implicite de la règle *actor sequitur forum rei*, comme en témoigne cette opinion de Martin :

---

<sup>125</sup> Cass., 13 janvier 1869, S. 1869.I.49, note Labbé.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> Lainé, *DIP II*, *supra* note 32, p. 265. Pour la jurisprudence, v. Paris, 28 février 1881 (« s'il est vrai, en principe, que la loi du lieu où le contrat a été formé est également la loi du contrat, et que les effets de l'obligation doivent être réglés conformément au statut sous l'empire duquel elle a été créée, ce principe ne saurait être étendu au cas où, sans contester le contrat dans son essence et l'obligation en soi, le débiteur repousse par une exception, telle par exemple la prescription, l'action dirigée contre lui; en cet état l'exception, qui ne constitue qu'un moyen de résistance à l'action formée devant le tribunal du domicile du défendeur, ne peut être juridiquement appréciée que suivant la loi de son domicile qui est celle sous la protection de laquelle il vit; cette doctrine, unanimement acceptée et adoptée dans l'ancien droit français, n'a été ni changée ni modifiée par la législation moderne »), cité dans René Vincent et Édouard Pénaud, *Dictionnaire de droit international privé*, Paris, L. Larose et Forcel, 1888, p. 679 [nos soulignements].

<sup>128</sup> Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 237.

« Mais nous ne voyons pas pourquoi il serait impossible de concilier l'idée que la loi régissant la prescription est celle du pays où l'action est intentée, avec celle qui admet que la prescription est une institution qui tient au droit matériel. Le défendeur, en excipant de la prescription, invoque un moyen de droit que lui accorde la loi de son pays »<sup>129</sup>.

Par contre, ces systèmes où le délai de prescription varie au gré des décisions unilatérales soit du créancier, dans le cas de la *lex fori*, soit du débiteur, dans le cas de la *lex domicilii debitoris* au jour de la demande, font l'objet d'une objection « importante et déterminante »<sup>130</sup>. On souligne ainsi qu'il est « rationnellement inadmissible de tenir compte des variations postérieures au contrat »<sup>131</sup>, que l'application de la loi du contrat mène « plus sûrement à la stabilité du droit par un système homogène »<sup>132</sup>, et que la loi du contrat contient des « dispositions égales pour tous ceux qui contractent dans le pays, sans distinction de nationalité ou de domicile »<sup>133</sup>.

Baudry-Lacantinerie et Tissier, qui admettent pourtant que la prescription éteint le droit comme l'action, estiment en revanche que « c'est la loi du pays où le débiteur est actionné qui indique la prescription applicable », encore qu'ils proposent de ne pas appliquer ce principe lorsque les parties peuvent déroger à la loi sur la prescription, car dans ce cas « il y a lieu d'appliquer la loi du pays sous l'empire de laquelle elles ont pu placer le contrat qui a donné naissance à l'obligation »<sup>134</sup>. En définitive, ces auteurs ne s'objectent à l'application pure et simple de la loi du fond à la prescription que pour des motifs qui ne visent pas le principe du rattachement de celle-ci à l'obligation, mais plutôt les difficultés inhérentes à toute application de la loi étrangère<sup>135</sup>.

---

<sup>129</sup> Alfred Martin, « La prescription libératoire en droit international privé », [1887] 19:3 *Revue de droit international et de législation comparée* 262, p. 281

<sup>130</sup> Charles Flandin, « De la prescription libératoire en droit international privé », (1881) 8 *J.D.I. (Clunet)* 230, p. 233.

<sup>131</sup> Alexandre Mérignhac, *Comment doit être déterminé le délai de la prescription extinctive des obligations en droit international privé*, Paris, F. Pichon, 1884, p. 22.

<sup>132</sup> Michel, *Prescription*, *supra* note 38, p. 238.

<sup>133</sup> Albéric Rolin, « Des conflits de lois en matière de prescription libératoire », (1924) 33 *A.I.D.I.* 33, p. 54.

<sup>134</sup> Gabriel Baudry-Lacantinerie et Albert Tissier, *Traité théorique et pratique de droit civil – De la prescription*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1905, p. 789.

<sup>135</sup> *Id.*, p. 791, où les auteurs soulignent que « l'intérêt social du pays où l'action est exercée s'oppose à ce qu'on tienne compte d'une prescription plus longue que celle admise dans ce pays » et que de toute façon le système de Savigny « aboutit à une grande incertitude ».

Mais il faut noter que toute cette controverse semble disparaître lorsque la question de la prescription se pose après qu'un jugement ait été rendu. En effet, depuis au moins 1859, la jurisprudence est constante pour appliquer la loi du for étranger : « la prescription qui peut être encourue par le jugement étranger doit être déterminée d'après la loi du pays où la sentence a été prononcée »<sup>136</sup>. En présence d'un jugement, donc, le lien entre la prescription et le domicile du débiteur ou le tribunal saisi semble céder sa place au lien entre la prescription et le jugement. La prescription semble donc avoir été conçue sans controverse comme étant régie par la loi à l'origine du rapport à prescrire lorsque ce rapport émanait d'un jugement, vu la conception selon laquelle le jugement opère la « transformation du droit du gagnant »<sup>137</sup>.

Les arguments justifiant l'application de la *lex causae* se précisent à partir du milieu du XX<sup>e</sup> siècle, alors que la notion d'une seule loi applicable à l'obligation prend forme, consacrée par la loi d'autonomie au début du siècle<sup>138</sup>. Pour Dayant, « la prescription constitue un élément de l'organisation du droit, dont elle détermine le contenu et contribue à modeler la contexture »<sup>139</sup>. Selon cet auteur, il faut appliquer à la prescription la loi qui régit l'obligation qu'elle affecte :

« La solution a l'avantage d'éviter toute incertitude : créancier et débiteur connaissent dès la naissance de l'obligation la durée de la prescription. Le créancier est à l'abri de toute manœuvre de la part de son débiteur. Celui-ci se trouve suffisamment protégé par l'application à la prescription de la loi du contrat ou du délit – loi qu'il a connue dès la naissance de l'obligation. La compétence de cette loi assure d'autre part une certaine unité à la réglementation de l'obligation. Elle évite

---

<sup>136</sup> Charles Lachau et Christian Daguin, *De l'exécution des jugements étrangers*, Paris, L. Larose et Forcel, 1889, p. 59, référant notamment à Toulouse, 4 févr. 1886, *J.D.I. (Clunet)* 1886.13.332, p. 333 (« un jugement rendu en pays étranger ne peut être rendu exécutoire en France lorsqu'il est frappé par la prescription d'après la loi de ce pays »); v. en ce sens Rennes, 28 janv. 1902, *Gaz. Pal.* 1902.367, p. 370 : « [L]'action exercée aujourd'hui [...] est, en réalité, une action *ex judicato*; qu'il importe peu que, d'après la loi anglaise, les décisions de justice se prescrivent par douze ans, puisque les jugements rendus en France, conformément à la loi française, produisent entre les parties, quelle que soit leur nationalité, tous les effets prévus par notre législation; que c'est là un principe de droit international public basé sur l'indépendance complète qui appartient à chaque souveraineté dans l'exercice de son pouvoir judiciaire; qu'on ne saurait, dès lors, subordonner les effets de la décision de 1884 aux dispositions d'une loi étrangère ».

<sup>137</sup> Bartin, *Principes*, *supra* note 8, p. 455.

<sup>138</sup> Rémy Libchaber, « Conflits de lois dans l'espace et dans le temps en matière de prescription extinctive », dans Patrice Jourdain et Patrick Wéry, dir., *La prescription extinctive, Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 816, note de bas de page 21.

<sup>139</sup> Roger Dayant, « Les problèmes actuels de conflit de lois en matière de prescription », *Travaux du comité français de droit international privé (1969-1971)*, Paris, Pedone, 1971, p. 176.

le morcellement indéfini du rapport de droit, elle soumet l'obligation, dans ses causes d'extinction, à une réglementation unique »<sup>140</sup>.

Dayant souligne le principal problème de l'application d'une loi différente pour la prescription et pour l'obligation : le rapport de droit est « morcellé ». En effet, la loi régissant le droit de ne plus exécuter l'obligation au motif de la prescription devrait naturellement être celle de cette exécution. Bartole, Boullenois et Troplong avaient eu l'intuition de lier la prescription au lieu de l'exécution lorsque celui-ci était prévu au contrat, mais ils avaient omis de relever que l'absence de stipulation à ce sujet ne devait pas pour autant détacher la prescription de l'obligation à prescrire. Pour Dayant, en revanche, la prescription est un « élément » de l'obligation, de sorte que la question de la loi applicable est nécessairement la même pour l'un comme pour l'autre.

Ces critiques portent fruit puisque la solution adoptée en 1869 sera écartée au profit de la loi du fond, timidement d'abord par un arrêt de 1950 laissant au débiteur le choix entre la loi de son domicile et la loi contractuelle<sup>141</sup>. Planiol et Ripert, qui publient la deuxième édition de leur ouvrage peu de temps après le prononcé de cet arrêt<sup>142</sup>, ne reproduisent pas le passage paru dans leur première édition selon lequel la solution de 1869 se justifie par la nature de la prescription<sup>143</sup>.

La solution de l'application de la *lex causae* à la prescription sera définitivement consacrée en 1971 par deux arrêts où la Cour de cassation qui énoncent que « la prescription extinctive d'une obligation est soumise à la loi qui régit celle-ci »<sup>144</sup>. Bien qu'un auteur ait

---

<sup>140</sup> Roger Dayant, « Prescription civile » dans Phocion Franceskakis, dir., *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, p. 618, n° 35 [nos soulignements].

<sup>141</sup> Fauvarque-Cosson, *Prescription*, supra note 14, p. 242 : « [La Cour de cassation] maintient cette solution [de l'arrêt de 1869] jusque l'arrêt *Banque de Petrograd*, rendu le 31 janvier 1950, et même au-delà car la seule innovation de cet arrêt consistait à laisser au débiteur la faculté de choisir entre la loi contractuelle et la loi du domicile ». Il faut cependant noter que François Terré, « Les conflits de lois en matière d'action en justice », *Travaux du comité français de droit international privé (1964-1966)*, Paris, Pedone, 1967, p. 127, réfère à un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 1930 pour expliquer que la loi applicable au contrat est en général retenue « en ce qui concerne la prescription extinctive de la créance née du contrat ».

<sup>142</sup> Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII Obligations, 2<sup>ème</sup> éd. avec le concours de Paul Esmein, Jean Radouant et Gabriel Gabolde, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 824.

<sup>143</sup> *Id.*, 1931, p. 740 : « Des arguments assez forts viennent en effet à l'appui de la *lex fori*, indépendamment de sa simplicité d'application. La prescription est un moyen à invoquer en justice pour paralyser l'action du créancier; c'est un moyen de procédure plus que de fond; dès lors c'est la loi du tribunal saisi de l'action qui doit indiquer les règles de la prescription ».

<sup>144</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 avril 1971, *J.C.P.* 1971.II.16825, note Level.

affirmé que ces arrêts appliquaient en fait la loi du lieu où se situe le patrimoine du débiteur<sup>145</sup>, cette opinion est demeurée isolée dans la doctrine<sup>146</sup>. Quoi qu'il en soit, le doute n'est plus permis depuis l'adoption en 2008 de l'art. 2221 *C.civ.fr.* : « La prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte »<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Hage-Chahine, *Prescription*, *supra* note 14, p. 284 et suivantes.

<sup>146</sup> Fauvarque-Cosson, *Prescription*, *supra* note 14, p. 242.

<sup>147</sup> À l'exception notable des contrats d'affrètement et de transports maritimes, à l'égard desquels la prescription se règle, aux termes d'une loi du 18 juin 1966, par la *lex fori* (Dayant, *Prescription*, *supra* note 139, p. 173; Fauvarque-Cosson, *Prescription*, *supra* note 14, p. 239 et 240).





e) *Angleterre et États-Unis*

Dans les systèmes de *common law*, l'opinion d'Huber fut particulièrement marquante et « c'est une emprise durable [des idées d'Huber] qui s'exerça sur le conflit de lois dans [ces systèmes] »<sup>148</sup>. Ainsi, on affirme que « la doctrine d'Huber orientera la jurisprudence et éclairera encore les constructions de Dicey en Angleterre et de Beale aux États-Unis » jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle<sup>149</sup>. Les raisons de l'influence de l'École hollandaise sur la *common law* sont multiples, mais on souligne que l'insularité traditionnelle du droit anglo-américain a trouvé son compte dans cette doctrine qui semblait véhiculer « une promesse de liberté religieuse et de démocratie bourgeoise »<sup>150</sup>.

Selon Davies, « [t]he acceptance in England of the doctrines of the Dutch jurists was facilitated by the very close relations, both mercantile and cultural, then existing between the two countries »<sup>151</sup>. L'auteur suggère cependant que l'habitude qu'avaient les avocats écossais aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles d'aller étudier en Hollande a probablement eu un rôle à jouer :

« Westlake, however, suggests that the union with Scotland may have had something to do with their reception. The frequent practice, adopted by Scottish advocates during the seventeenth and eighteenth centuries, of completing their legal studies in Holland had made them directly acquainted with the works of Huber and the Voets, and there is evidence that the subject had received greater study in Scotland than in England, as is shown by the fact that while only a small proportion of the ninety-one continental works mentioned by Story and Livermore were to be found in the law libraries of London, all except six were contained in the Library of the Faculty of Advocates at Edinburgh »<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> Ancel, *Huber, supra* note 76, p. 3.

<sup>149</sup> *Id.*, p. 4 et 5; v. en ce sens Davies, *Huber, supra* note 98, p. 53 : « The work which exercised by far the greatest influence in the development of private international law in the common-law countries was the chapter by Ulrich Huber (1636-94) entitled “De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis” in his *Praelectioniones Juris Romani et Hodierni*, which was published in 1689 »; v. *supra* note 90.

<sup>150</sup> Ancel, *Huber, supra* note 76, p. 3 et 4 : « La possibilité qu'offrait cette doctrine d'assumer le fait étranger sans rompre avec l'insularité traditionnellement revendiquée du droit anglais séduisit d'abord Lord Mansfield dans sa tentative d'acclimater le conflit de lois aux Cours de Westminster [...]. [Mais c'est] plus sûrement Story qui établit le magistère de la pensée hubérienne sur le droit international privé anglo-américain, séduit de son côté par la promesse de liberté religieuse et de démocratie bourgeoise qu'elle semblait véhiculer ».

<sup>151</sup> Davies, *Huber, supra* note 98, p. 52 et 53.

<sup>152</sup> *Id.*, p. 53 [note omise].

D'un point de vue technique, la confusion opérée entre la compétence (*actor sequitur forum rei*) et la loi applicable (*lex fori*) par la doctrine de l'École hollandaise était tout à fait conforme à la conception qui régnait en Angleterre :

« L'hermétisme notoire de l'ordre juridique anglais s'est manifesté jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle par le refus de ses tribunaux d'appliquer des lois étrangères. Certes, empruntée au droit interne, l'idée d'un pouvoir de juridiction territorialement circonscrit conduisait les juges à se déclarer incompétent dès lors que les faits litigieux avaient lieu à l'étranger. Mais les origines procédurales de la *Common law* elle-même interdisaient de dissocier le fond du droit et la délimitation du pouvoir juridictionnel, en sorte qu'il restait inconcevable, à supposer même que le juge s'estimât valablement saisi, que celui-ci mît en œuvre une loi étrangère »<sup>153</sup>.

De fait, la question des conflits de lois dans les juridictions anglaises n'a pas été abordée avant le XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>154</sup>; quant à la doctrine, l'américain Story fut le premier à en parler sérieusement dans son ouvrage datant de 1834<sup>155</sup>. Ainsi, en 1705, le juge Keeper applique le délai de prescription anglais à une action en recouvrement d'une dette constatée par un jugement français, en appliquant purement et simplement la loi anglaise sans même poser la question du conflit de lois :

« Although the plaintiff obtained a judgment or sentence in *France*, yet here the debt must be considered as a debt by simple contract. The plaintiff can maintain no action here, but an *indebitatus assumpsit*, or an *insimul computasset, &c.*, so that the statute of limitation is pleadable in this case [...] »<sup>156</sup>.

La question du conflit de lois commence à se poser vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle dans le contexte d'un emprisonnement pour dette, bien que Huber et Voet soient cités dès 1760 pour prouver l'application de la loi anglaise à une dette contractée en France par un Anglais<sup>157</sup>. Dans *Melan c. The Duke de Fitzjames*, les juges Eyre et Rooke estiment que la

---

<sup>153</sup> Horatia Muir Watt, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », [1986] *R.C.D.I.P.* 425, p. 427 [notes omises; nos soulignements].

<sup>154</sup> Davies, *Huber*, *supra* note 98, p. 54.

<sup>155</sup> *Id.*, p. 49. Story aurait d'ailleurs été le premier à employer l'expression « droit international privé » dans son ouvrage de 1834, expression ensuite introduite en France par Foelix en 1843 (Batiffol, *DIP I*, *supra* note 11, p. 388, note 229(1); Bureau, *DIP*, *supra* note 11, p. 9).

<sup>156</sup> *Dupleix c. De Roven*, [1705] 23 E.R. 950 (R.-U.), p. 951. Selon Edgar H. Ailes, « Limitation of Actions and the Conflict of Laws », (1932-1933) 31 *Mich. L. Rev.* 474, p. 488, le juge Keeper a appliqué la loi anglaise non pas en raison de la qualification de la question en litige mais « probably due to an insular preference for the *lex fori* ».

<sup>157</sup> *Robinson c. Bland*, (1760) 97 E.R. 717 (R.-U., B.R.).

loi française régit le contrat conclu en France servant de soutien à l'arrestation du débiteur en Angleterre et que celui-ci doit être libéré puisque la loi française n'admet pas qu'un contrat contraigne le corps mais seulement les biens; cependant, le juge Heath, dissident, est d'avis contraire :

« we all agree, that in construing contracts, we must be governed by the laws of the country in which they are made; for all contracts have a reference to such laws. But when we come to remedies it is another thing, they must be pursued by the means which the law points out where the party resides. The law of the country where the contract was made can only have a reference to the nature of the contract, not to the mode of enforcing it. Whoever comes into a country voluntarily subjects himself to all the laws of that country, and therein to all the remedies directed by those laws, on his particular engagements »<sup>158</sup>.

Pour le juge Heath, donc, les recours sont régis par la loi « where the party resides », mais, précise-t-il immédiatement, quiconque entre dans un pays « voluntarily subjects himself to all the laws of that country ». La mention du lieu de résidence et de la présence physique n'est pas un hasard : ce sont deux éléments qui peuvent justifier un tribunal anglais, à cette époque, de se saisir d'une affaire. En d'autres termes, le juge Heath fournit des motifs pour expliquer que les tribunaux anglais peuvent juger l'affaire qui leur est soumise. Mais il déduit du fait qu'il exerce régulièrement sa compétence que la loi qui régit, pour une partie, les « remedies [...] on his particular engagements » est forcément la *lex fori*.

La distinction entre la *nature of the contract* et les *remedies* sera reprise en 1811 pour justifier l'application de la *lex fori* à la prescription. Dans cette affaire *Williams c. Jones*, un avocat invoquait la prescription indienne pour l'opposer à la réclamation de son client pour des sommes qu'il lui avait remises en Inde concernant divers procès qui s'y étaient tenus. Les juges ont rejeté l'argument de la prescription indienne au motif que celle-ci n'éteignait que l'action, laissant la dette intacte « at common law », et qu'une loi prévoyait que la prescription anglaise était interrompue tant que le créancier était « beyond the seas ». Comme le laisse entendre le juge Ellenborough, la loi indienne relative au « remedy » n'opère pas en Angleterre « by comity », de sorte que le créancier titulaire d'un « unlimited right » est à l'abri de la prescription tant qu'il est à l'étranger :

---

<sup>158</sup> *Melan c. The Duke de Fitzjames* (1797), 126 E.R. 822 (R.-U.), p. 825 [nos soulignements].

« It is said that parties who have contracted abroad return to this country with the same rights only which they had in the country where they so contracted; and, generally speaking, that is so : that is, if the rights of the contracting parties be extinguished by the foreign law upon the happening of certain events : but here there is only an extinction of the remedy in the foreign Court, according to the law stated to be received there, but no extinction of the right : and there is no law or authority for saying that where there is an extinction of the remedy only in the foreign Court, that shall operate by comity as an extinction of the remedy here also. If it go to an extinguishment of the right itself, the case may be different. Here the plaintiff, having once an unlimited right of suit till restrained by the Statute of Limitations, which still save the right in certain cases; we must look into those statutes to see whether this case comes within that restriction; and as we find that it is expressly within one of the savings, we must pronounce that the action is maintainable »<sup>159</sup>.

Mais la distinction entre le *right* et le *remedy* est ambiguë, à telle enseigne que lorsque le juge Tenterden est saisi, en 1830 dans *De la Vega c. Vianna*, de la même question que celle que le juge Heath avait eu à trancher dans *Melan c. The Duke de Fitzjames*, il réfère à l'opinion de ce dernier pour conclure à l'application pure et simple de la *lex fori* :

« The plaintiff and defendant were both foreigners; the debt was contracted in Portugal, and it appears that, by the law of that country, the defendant would not have been liable to arrest. It is contended on the authority of *Melan v. The Duke de Fitzjames*, that he is not. In the case just mentioned, the distinction taken by Mr. Justice Heath, who differed from the other Judges, was, that in construing contracts the law of the country in which they are made must govern, but that the remedy upon them must be pursued by such means as the law points out where the parties reside. This doctrine is said to correspond with the opinion of Huber and Voet. I have not had an opportunity of looking into those authorities, but we think, on consideration of the present case, that the distinction laid down by Mr. Justice Heath ought to prevail. A person suing in this country must take the law as he finds it; he cannot, by virtue of any regulation in his own country, enjoy greater advantages than other suitors here, and he ought not therefore to be deprived of any superior advantage which the law of this country may confer. He is to have the same rights which all the subjects of this kingdom are entitled to »<sup>160</sup>.

Pour le juge Tenterden, donc, la *lex fori* s'applique toujours aux « rights » d'une personne « suing in this country ». De fait, ce dernier ne distingue pas non plus entre le *right* et le *remedy* lorsqu'il applique, dans *The British Linen Company c. Drummond*, la prescription anglaise de la *lex fori* contre une dette contractée en Écosse par des Écossais

---

<sup>159</sup> *Williams c. Jones* (1811), 104 E.R. 441 (R.-U.), p. 446 [nos soulignements].

<sup>160</sup> *De la Vega c. Vianna* (1830), 109 E.R. 792 (R.-U.), p. 793 [nos soulignements].

« Upon the general principle it seems to me, that if the plaintiffs were to amend, they would still have this great difficulty to contend with, that, according to the authority of Huber and Voet, the party suing, and seeking to avail himself of the law of a particular country, must take that law as he finds it. Now, by the law of this country, such an action as the present cannot be maintained after the expiration of six years from the making of the contract »<sup>161</sup>.

Il termine toutefois son opinion en admettant qu'une décision antérieure de la Chambre des Lords créait « the smallest doubt in [his] mind »<sup>162</sup>. Cette décision venait d'Écosse, de sorte que le doute soulevé illustre, en lui-même, la pertinence du droit écossais sur la question. Dans cette affaire datant de 1786, comme dans une autre datant de 1792, les juges refusent carrément d'appliquer la *lex fori* au motif que le débiteur n'y est pas domicilié :

« This is in all respect an English company domiciled in England, and by their charter of erection fixed down to a residence there; so that in every instance of their being sued in this country, citation at the pier and shore of Leith was necessary. If, instead of being thus permanent in England, they had changed their place of residence to Scotland, and continued there during the forty years, it might have been competent to them to plead our prescription, notwithstanding that England was the *locus contractus*. For it is the *lex domicilii debitoris* which in this matter is the governing rule; and that law admits not this prescription »<sup>163</sup>.

Le juge Tenterden ne semble pas remarquer qu'il affirme suivre des opinions qui, en fait, ne disent pas tout à fait la même chose, tout en contredisant la jurisprudence écossaise. Il y a manifestement confusion entre d'une part l'opinion de Paul Voet, qui déclare que c'est la règle *actor sequitur forum rei* qui détermine la loi applicable à l'*actio*, celle du juge Heath, qui établit un lien entre la résidence (« *where the party resides* ») ou la présence volontaire dans la juridiction (« *voluntarily subjects himself to all the laws of that country* ») et la loi applicable, et la jurisprudence écossaise qui applique la *lex domicilii debitoris*, et d'autre part l'opinion d'Huber, qui procède à la qualification procédurale et non au rattachement au domicile du débiteur pour déterminer la loi applicable à la prescription, et celle de l'affaire *Williams c. Jones*, où seule la qualification procédurale règle la question, sans mention de la loi applicable (en fait, en prétendant appliquer les deux lois invoquées).

---

<sup>161</sup> *The British Linen Company c. Drummond* (1830), 109 E.R. 683 (R.-U.), p. 687 [nos soulignements].

<sup>162</sup> *Id.*, p. 687.

<sup>163</sup> Tel que cité en note (c) par le rapporteur dans *British Linen, id.*, p. 687 [nos soulignements] (référant à « *The York Buildings Company c. Cheswell* (1792), Morrison's Dict. of Decis. 4528 » et à « *Delvalle c. The Creditors of the York Buildings Company* (1786), Morrison's Dict. of Decis. 4525 », aussi appelée « *Della Valle c. The York Buildings Co.* (Morr. 4472) » dans *Don c. Lippmann, infra*, note 165).

Peu de temps après, le juge Tindal procède explicitement à la qualification procédurale de la prescription dans *Huber c. Steiner*, après avoir cependant curieusement cité le juge Tenterden qui appliquait pourtant purement et simplement la *lex fori* sans qualifier la question en litige :

« so much of the law as affects the rights and merit of the contract, all that relates “ad litis decisionem”, is adopted from the foreign country; so much of the law as affects the remedy only, all that relates “ad litis ordinationem” is taken from the “lex fori” of that country where the action is brought; [...] in the interpretation of this rule, the time of limitation of the action falls within the latter division, and is governed by the law of the country where the action is brought, and not by the *lex loci contractûs* [...] »<sup>164</sup>.

Cet arrêt fixe la jurisprudence anglaise pour longtemps, et inspire la Chambre des Lords dans *Don c. Lippmann* à écarter la jurisprudence écossaise au profit de la *lex fori*. Dans cette affaire où il s’agissait de décider si la prescription est régie par la loi française ou écossaise, le juge Brougham applique la *lex fori* en soulignant que « This rule is clearly laid down in *The British Linen Company v. Drummond* [une affaire venant d’Angleterre] » et que « The law on this point is well settled in this country [...] that whatever relates to the remedy to be enforced, must be determined by the *lex fori*, the law of the tribunals of which the appeal is made »<sup>165</sup>. La Chambre des Lords venait pourtant elle-même, dans l’affaire *Campbell c. Stein*, d’appliquer la loi écossaise à la prescription non pas en raison de sa nature comme règle de procédure mais en raison du domicile du débiteur :

« It was contended for the Appellants that, this being an English debt, the triennial prescription of the law of Scotland had nothing to do with it. But as it has been ruled, [...] where the merchant creditor resides in England and his debtor in Scotland, the latter may plead the triennial prescription »<sup>166</sup>.

Le juge Brougham explique cette affaire *Campbell c. Stein* en référant implicitement à la règle de compétence *actor sequitur forum rei* mais aussi au lieu présumé de l’exécution de l’obligation :

---

<sup>164</sup> *Huber c. Steiner*, (1835) 132 E.R. 80 (R.-U.), p. 83 [nos soulignements].

<sup>165</sup> *Don c. Lippmann*, (1837) 7 E.R. 303 (R.-U.), p. 307.

<sup>166</sup> *Campbell c. Stein* (1818), 3 E.R. 1417 (R.-U.), p. 1423 [nos soulignements].

« Why is it, then, that the law of the domicile of the debtor was there allowed to prevent the plaintiff from recovering? It was because the creditor must follow the debtor, and must sue him in Scotland. In that respect, therefore, there was in that case no difference between the *lex loci solutionis* and the *lex fori* [...] »<sup>167</sup>.

Dans un autre recueil rapportant l'arrêt *Don c. Lippmann*, on peut lire une version plus détaillée du passage qui vient d'être cité :

« But why is it to be so taken? How is it the place of payment? Only because it is the place where the creditor must follow him and sue him. His domicile determines the forum, and the locus solutionis is the place where he can be compelled to pay. In this sense, therefore, there is no difference between the *lex solutionis* and the *lex fori*. Where, however, the debt is made expressly payable in the *locus contractus*, we have seen that the *lex fori* prevails. Nor does it make any difference that, in those cases, the *lex fori* is also the *lex domicilii*; for the opposite argument assumes the domicile to be taken as the criterion, because payment is supposed to be intended there; but here this supposition is excluded by the place of payment being specified: so that those case furnish a test for trying the validity of that argument – the only one on which the case of *Glyn v. Johnston* can rest, consistently with *Campbell and Stein* »<sup>168</sup>.

Dans cette affaire *Glyn c. Johnston*, on avait jugé qu'une preuve par témoignage interdite par la *lex fori* écossaise mais permise par la loi anglaise était recevable car elle visait un instrument payable à Londres<sup>169</sup>. Relativisant l'importance de cette décision, le juge Brougham conclut que le lieu où le contrat a été passé n'est jamais un facteur de rattachement et que la pertinence du rattachement du domicile du débiteur ou du lieu de l'exécution réside plutôt dans la justification de la juridiction du tribunal, laquelle justifie à son tour l'application de la *lex fori* :

« The result of an examination of the cases, then, is by no means adverse to the principle [...] upon which the foreign jurists proceed, and which has been held clearly to be the law of this country, is, that the *lex fori* must govern. Considerable discrepancy exists among the earlier Scotch decisions, but the exclusion of the *lex contractus* is, upon the whole, the prevailing rule, and this has been finally and authoritatively established by the judgment of this House. The law of the domicile is

---

<sup>167</sup> *Lippmann, supra*, note 165, p. 310 [nos soulignements].

<sup>168</sup> *Don c. Lippmann*, (1838) 10 Scottish Jurist 11 (R.-U.), p. 18.

<sup>169</sup> *Glyn c. Johnston*, (1835) 13 Cases Decided in the Court of Sessions 126 (R.-U.), p. 127.

only adopted when the cases are rightly considered with a view to the jurisdiction – that is to the *forum* »<sup>170</sup>.

Cet argument était cependant explicitement contredit dans une décision rendue en 1830 mais qu'il ne cite pas, par laquelle le tribunal écossais refusait d'appliquer la prescription écossaise à la dette contractée en Angleterre par un anglais résidant en Angleterre : « Mr. Fraser was called to account as a person domiciled in England, and the law of England was found to apply, and of course the statute of limitations. The arrestments, *ad fundandam jurisdictionem*, could not affect the question of domicile »<sup>171</sup>. Le juge Brougham poursuit cependant :

« The *lex loci solutionis*, apart from the domicile and *forum*, while it is excluded by clear and weighty decisions, will only be found supported by one or two cases of recent date, which are exceptionable authorities on other grounds, proving a great deal too much, as *Glyn v. Johnston*, or proceeding upon a manifestly incorrect view of the matter in dispute, as *Rickman v. Maclachlan*. If a contract be made in one country, to be executed in another, and is sued upon in a third, where the defendant has no domicile at the time of the action, and had none at the date of contract, it is not contended that any authority exists in any case for admitting the law of the second country. Taking the exclusion of the *lex loci contractus* as settled law, where the *locus contractus* and the *locus solutionis* are the same, no reason can be given for admitting the law of that place, which is not at variance with the cases where the *locus solutionis* was disregarded. It may be admitted, on the other hand, that no precise decision is to be found where the contract, the execution, the domicile of the debtor, and his *forum originis*, are all foreign, and action is brought to Scotland. But some of the cases approach very near to this, and are not on any intelligible principle to be distinguished from it, either by residence, origin, or property, or credit, which are *quasi* property; there must be jurisdiction: and the rule which admits the *lex fori*, to the exclusion of all other laws, fully recognises this »<sup>172</sup>.

Le juge Brougham termine tout de même son analyse en admettant qu'il écarte la jurisprudence écossaise :

« Where it became necessary to overrule some decisions, and to shake some doctrine which have been perhaps incautiously assumed, or hastily ventilated in *dicta*, rather than formally laid down as the grounds of adjudication, yet have proceeded from quarters most justly commanding the highest respect, it was impossible to recommend such a course to your Lordship, without an anxious

---

<sup>170</sup> *Don c. Lippmann, supra*, note 168, p. 18.

<sup>171</sup> *Fraser's Trustees c. Fraser*, (1831) 3 *Scottish Jurist*, 117 (R.-U.), p. 118 [nos soulignements].

<sup>172</sup> *Don c. Lippmann, supra*, note 168, p. 18 [nos soulignements].



examination of all the authorities, and this must be my excuse for having gone so minutely into the question. It is to be understood that, in reversing the most material part of the interlocutor appealed from, your Lordship are not introducing into Scotland the law of England, or the general law of the commercial world, but only sanctioning a return to the principles which, after some fluctuations of judicial authority, are found, upon a view of the whole subject, to be the real doctrines of the Scottish law itself. Nevertheless, there cannot be a doubt that, if the balance of authorities in that law were found to hang even, or nearly even, the cast ought to be given in favour of a rule recommended by its great convenience – its exact conformity with general principles, and its adoption in most other countries »<sup>173</sup>.

Selon Guthrie, « [b]efore [*Don c. Lippmann*] the Scotch courts repeatedly admitted the foreign prescription in such cases »<sup>174</sup>. S'il est vrai que le *forum* a toujours été, pour la jurisprudence écossaise, une considération pertinente, ce n'était pas celui du lieu de l'action mais celui du débiteur :

« There was thus, indeed, always regard to the *forum*, not to that in which the action was accidentally brought, but to the debtor's natural and permanent forum. On this principle, and not on the ground that prescription pertain to the remedy, the cases were decided, in which the Scotch courts sustained the Scotch limitations, or refused to that of the *locus contractus* »<sup>175</sup>.

Pour Westlake, le juge Brougham s'est trompé sur le sens des écrits des Hollandais et en serait probablement venu à une autre conclusion « had he known that [the general European doctrine] was the reverse of what he thought it »<sup>176</sup>. De fait, l'implantation de la règle de la *lex fori* applicable à la prescription sur le fondement de la doctrine européenne fut ainsi qualifiée : « this is another example where English law, through its failure to interpret a foreign rule in its context, has gone astray »<sup>177</sup>.

Aux États-Unis, la qualification procédurale de la prescription et l'application corrélative de la *lex fori* semble avoir été adoptée dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle, bien qu'un arrêt de la Cour suprême rédigé par Joseph Story explique la prescription par des considérations substantielles liées à la présomption d'extinction de la dette<sup>178</sup>. Ce dernier se ralliera

---

<sup>173</sup> *Ibid.* [nos soulignements].

<sup>174</sup> Guthrie, *Savigny*, *supra* note 82, § 374, p. 269.

<sup>175</sup> *Id.*, §374, p. 269 et 270 [nos soulignements].

<sup>176</sup> John Westlake, *A Treatise on Private International Law*, London, Maxwell, 1858, p. 235.

<sup>177</sup> G. C. Cheshire, *Private International Law*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1952, p. 641.

<sup>178</sup> Ailes, *Limitation*, *supra* note 156, p. 485 et 487.

toutefois sans réserve à la conception d'Huber, devenue anglo-américaine, dans son ouvrage publié en 1834<sup>179</sup>, non sans justifier sa position en invoquant l'autorité de Boullenois<sup>180</sup>. Story propose cependant une exception à la règle : il précise que la prescription étrangère peut s'appliquer lorsque cette prescription éteint le droit et non seulement l'action et que les parties ont résidé dans la juridiction dont on tire ce délai pendant toute la période requise pour prescrire<sup>181</sup>.

Les *Restatements* de 1934 et de 1971, qui codifient la jurisprudence, reprennent essentiellement ce principe, à l'exception de l'exigence que les parties aient résidé dans la juridiction dont on tire le délai<sup>182</sup>. De plus, une pratique législative se développe dans certains États selon laquelle le délai d'un autre État peut être « emprunté » (d'où l'appellation des *borrowing statutes*) avec toute une gamme de modalités combinant ou non le délai étranger avec celui du for<sup>183</sup>.

Mais la règle est critiquée des deux côtés de l'Atlantique. Dès 1858, Westlake souligne que l'argumentation du juge Brougham dans *Don c. Lippmann* repose sur « two fallacies »<sup>184</sup> : la première est que rattacher la prescription à la loi applicable au contrat signifierait que les parties ont envisagé de ne pas exécuter leurs obligations au moment de sa conclusion, ce qui est fallacieux car l'interprétation du contrat ne se confond pas avec l'opération de la loi applicable; et la deuxième est que seule l'action serait éteinte par la prescription mais pas le droit, ce qui ne veut rien dire « for a right is only a faculty of putting the law in force »<sup>185</sup>. Westlake ne reprend pas cette critique dans la deuxième édition de son ouvrage, en 1880, bien qu'il souligne que la jurisprudence anglaise et écossaise détermine la loi applicable

---

<sup>179</sup> Story, *Commentaries*, *supra* note 97, p. 482, §576 et suivants.

<sup>180</sup> Qui, sauf la confusion entourant certains passages laissant entendre qu'il adopte la qualification procédurale, n'est pas d'avis d'appliquer la *lex fori* : *supra*, p. 30 à 35.

<sup>181</sup> Story, *Commentaries*, *supra* note 97, p. 487, §582.

<sup>182</sup> American Law Institute, *Restatement of the Law – Conflict of Laws*, St-Paul, American Law Institute Publishers, 1934, p. 720, §603 et suivants; American Law Institute, *Restatement of the Law (Second) – Conflict of Laws 2d*, St-Paul, American Law Institute Publishers, 1971, p. 396 §142 et suivant.

<sup>183</sup> The Law Commission, *Working Paper No 75 – Classification of Limitation in Private International Law*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1980, p. 24 et 25.

<sup>184</sup> Westlake, *PIL*, *supra* note 176, p. 233.

<sup>185</sup> *Id.*, p. 234.

« on the extremely questionable [ground] that the term of prescription of an obligation always depends on the *lex fori* »<sup>186</sup>.

Bien qu'on ait dit de cette règle que sa simplicité était « too obvious to be denied by anyone »<sup>187</sup>, c'est à l'injustice qu'elle provoque que Lorenzen s'attaque : « The Anglo-American rule is simple and leads always to the application of the law of the forum; the question is only, whether it brings about just results »<sup>188</sup>. En outre, il n'est pas clair que le système anglo-américain soit si simple. Selon Guthrie :

« The truth is, that the doctrine of the English lawyers is founded on mere verbal distinctions occurring in their own statutes, and nearly parallel with the celebrated contrast of Bartolus between 'bona decedentis veniant in primogenitum' (real statute) and 'primogenitus succedat' (personal statute) »<sup>189</sup>.

De fait, Ailes, qui publie un vibrant plaidoyer en faveur de la qualification procédurale en 1932, est néanmoins d'accord avec le fait que la *lex fori* doit céder le pas lorsque le délai provient d'une loi étrangère selon laquelle « the right shall not be available unless suit is commenced within a specified time », car dans un tel cas « there can be no doubt of the legislative intention » que « the time element is an integral part of the right created »<sup>190</sup>. Selon cette approche, la prescription est procédurale, sauf lorsqu'elle est substantielle selon un critère (que l'élément temporel soit partie intégrante du droit) qui non seulement n'est pas simple à identifier mais qui en plus dépend de la conception que l'on se fait de la question de savoir lesquels des droits civils sont issus du droit naturel.

En fait, les arguments soulevés par Ailes en faveur de cette exception sont tout à fait identiques aux critiques qui s'opposent à la règle générale qu'il promet :

« Adherence to the limitation contained in the statute creating the plaintiff's right promotes the uniform enforcement of vested interests and is therefore highly desirable. The cases insisting that the forum must regard its own statute as fixing the

---

<sup>186</sup> John Westlake, *A treatise on private international law, with principal reference to its practice in England: being in lieu of a second edition of the work published in 1858*, Londres, Maxwell, 1880, p. 254.

<sup>187</sup> Ailes, *Limitation*, *supra* note 156, p. 497.

<sup>188</sup> Ernest G. Lorenzen, « The Statute of Limitation and the Conflict of Laws », (1918-1919) 28 *Yale L.J.* 492, p. 492.

<sup>189</sup> Guthrie, *Savigny*, *supra* note 82, §374, p. 271 [nos soulignements].

<sup>190</sup> Ailes, *Limitation*, *supra* note 156, p. 495.

upper limit rest upon the dubious assumption that it will outrage the public policy of the forum to give foreign suitors rights which are denied to its own citizens. Such assumption overlooks the fact that in these cases the time limit is by hypothesis a part of the substantive right created, and that such rights should be disregarded only upon the most imperative considerations of public policy »<sup>191</sup>.

Quoi qu'il en soit, un rapport de la *Law Commission* déposé en 1982 recommande que la loi anglaise soit modifiée de telle sorte que la prescription devienne régie par la loi applicable au fond du litige. Outre l'incompatibilité du système de la *lex fori* avec le règlement européen de Rome I concernant la loi applicable aux obligations contractuelles qui visait explicitement la prescription et qui allait incessamment lier le Royaume-Uni, ce rapport souligne de nombreuses critiques qui justifient cette recommandation :

« (i) The rule is based on a distinction which is in many respect unreal, i.e., the distinction between right and remedy, in that a right cannot be said to have an objective existence independent of the remedy which supports it. [...] It follows that any classification based on this artificial distinction is itself unreal [...].

(ii) [...] It seems anomalous that the relevant foreign law should not also determine the question of whether or not a party's right has been effectively extinguished.

(iii) [...] the English rule can operate to frustrate the aim of limitation statutes to protect defendants from stale claims [...].

(iv) The English rule may [...] encourage "forum shopping" [...].

(v) [...] it is no more difficult to apply the limitation provisions of the *lex causae* than it is to apply any of the rest of the substantive law governing the case »<sup>192</sup>.

Cette recommandation est mise en oeuvre par une loi adoptée en 1984 intitulée « An Act to provide for any law relating to the limitation of actions to be treated, for the purposes of cases in which effect is given to foreign law or to determinations by foreign courts, as a matter of substance rather than as a matter of procedure »<sup>193</sup>. Bien que la qualification de la

---

<sup>191</sup> *Id.*, p. 497.

<sup>192</sup> The Law Commission, *Classification of Limitation in Private International Law – Report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965 (Law Com. No. 114)*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1982, p. 7 et 8 [nos soulignements].

<sup>193</sup> *Foreign Limitation Periods Act*, 1984, c. 16 (R.-U.).

prescription en droit interne anglais demeure ambiguë<sup>194</sup>, on estime que l'adoption de la loi de 1984 a démontré « la faiblesse de [la] conception [procédurale] » de la prescription<sup>195</sup>.

Quant aux États-Unis, la règle formulée par le *Restatement* de 1971 semble toujours applicable, malgré les critiques qui soulignent que « the right-remedy distinction in which it is rooted serves no real purpose »<sup>196</sup>. Le maintien de cette position semble incongru dans le contexte où la doctrine remet en question que le *remedy* soit qualifié de règle de procédure<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> *Halsbury's Laws of England*, vol. 68, 5<sup>e</sup> éd., 2008, no. 942, qui explique que la prescription, en droit interne, « extinguishes only the remedy (by claim or by set-off); it leaves the right of action otherwise untouched ».

<sup>195</sup> *Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022, par. 84.

<sup>196</sup> Margaret Rosso Grossman, « Statutes of Limitations and the Conflict of Laws : Modern Analysis » (1980) *Ariz. St. L.J.* 1, p. 15 et 16.

<sup>197</sup> Douglas Laycock, « How Remedies Became a Field : A History », (2007-2008) 27 *Rev. Litig.* 161, p. 166.



f) *Canada*

La doctrine anglaise a évidemment été adoptée au Canada<sup>198</sup>, mais elle sera écartée non par une loi mais par la Cour suprême dans l'affaire *Tolofson c. Jensen*. Dans cette affaire, le juge Laforest, au nom de la Cour, a critiqué sévèrement les motifs pour lesquels la prescription avait été qualifiée de règle de procédure :

« La common law a traditionnellement considéré la prescription comme une règle de procédure, contrairement à la plupart des pays de droit civil où on la considère généralement comme une règle de fond. [...] Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, ce principe était fermement établi en Angleterre et aux États-Unis. Un survol de la jurisprudence et de la doctrine de l'époque [...] nous permet de découvrir les deux principales raisons à l'origine de l'acceptation rapide de ce principe dans la jurisprudence anglo-américaine. La première était l'opinion selon laquelle des justiciables étrangers ne devraient pas profiter d'avantages que ne peuvent tirer les justiciables du tribunal saisi. Cette position est liée à la préférence anglaise pour la *lex fori* dans les situations de conflit. La seconde raison était l'opinion plutôt mystique selon laquelle une cause d'action en common law conférait au demandeur un droit permanent. Une loi en matière de prescription ne faisait que supprimer un recours devant les tribunaux du ressort où elle avait été adoptée »<sup>199</sup>.

Le juge Laforest a ensuite réfuté ces arguments, notamment en expliquant pourquoi il était important de distinguer la loi applicable de la compétence :

« Selon la conception européenne, toutes les lois en matière de prescription anéantissent des droits substantiels.

Je dois admettre que cette conception européenne me paraît convaincante. Les raisons qui sous-tendent la vieille règle de common law ne me semblent pas avoir leur place dans le contexte moderne. L'idée qu'il faille refuser à des justiciables étrangers des avantages dont ne disposent pas les justiciables du tribunal saisi s'harmonise mal avec la proposition que j'ai acceptée précédemment, selon laquelle la loi qui détermine la nature et les conséquences du délit est la *lex loci delicti*. Le tribunal assume compétence non pas pour appliquer la loi locale, mais pour accommoder les justiciables afin de répondre à la mobilité contemporaine et aux impératifs de l'ordre économique national ou mondial »<sup>200</sup>.

Enfin, il a critiqué la « distinction technique entre droits et recours » :

---

<sup>198</sup> *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62.

<sup>199</sup> *Tolofson*, *supra* note 195, par. 80.

<sup>200</sup> *Id.*, par. 81 et 82.

« Quant à la distinction technique entre droits et recours, les tribunaux canadiens en ont, pendant quelque temps, peu à peu réduit la portée pour des considérations de principe pertinentes. J'estime que notre Cour devrait suivre cette tendance. Il semble particulièrement approprié de le faire en matière de droit international privé où, comme je l'ai dit précédemment, la classification «règle de fond--règle de procédure» vise à déterminer quelles règles assurent le bon fonctionnement du tribunal saisi, par opposition à celles qui déterminent les droits des deux parties »<sup>201</sup>.

On a dit de cette décision qu'il s'agissait d'un « welcome development »<sup>202</sup>, mais son effet concret a été pour le moins mitigé. Ainsi, l'Alberta a adopté une loi en 1996 dont l'article 12 prévoit que la prescription albertaine s'applique malgré le fait que l'affaire doit être jugée selon le droit étranger<sup>203</sup>.

La portée de cette disposition albertaine a été discutée par la Cour suprême dans l'affaire *Castillo c. Castillo*, où une partie voulait se prévaloir du délai albertain pour pouvoir obtenir des dommages-intérêts en conséquence d'un accident survenu en Californie<sup>204</sup>. La Cour fut d'avis que la loi californienne avait éteint le droit réclamé puisque, conformément à la règle de *Tolofson*, la prescription californienne avait un effet sur le droit substantiel. Cependant, la Cour précise que la loi albertaine aurait été applicable si le délai californien avait été plus long :

« Il va de soi que l'art. 12 s'appliquera dans les cas où la loi du lieu où l'accident s'est produit prévoit un délai de prescription plus long que celui applicable en Alberta. Dans un tel cas, il se pourrait que le demandeur conserve un droit d'action contre un défendeur albertain, mais l'art. 12 aurait pour effet d'empêcher les tribunaux de l'Alberta d'instruire l'action (bien qu'elle puisse être intentée ailleurs). Cela s'explique par le fait que le législateur utilise, à l'art. 12, une disposition dérogatoire qui précise que [TRADUCTION] « [l]es règles de prescription de la Province s'appliquent dans tous les cas où une demande de réparation est présentée dans la Province, malgré le fait que, conformément aux règles de conflit de lois, l'affaire sera jugée selon le droit substantiel d'un autre ressort »<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> *Id.*, par. 85 [soulignements dans le texte].

<sup>202</sup> John P. McEvoy, « Characterization of Limitation Statutes in Canadian Private International Law : the Rocky Road of Change », [1996] 19 *Dalhousie L.J.* 425, p. 436, remarquant cependant qu'une loi aurait été préférable pour éviter un « judicially-created chaos ».

<sup>203</sup> *Limitation Act*, R.S.A. 2000, c. L-12 (A.), art. 12.

<sup>204</sup> *Castillo c. Castillo*, [2005] 3 R.C.S. 870.

<sup>205</sup> *Id.*, par. 9 [nos soulignements].



On peut s'étonner d'une telle conclusion. D'une part, la formulation de la loi albertaine tend plutôt à indiquer qu'elle vise à rendre applicable son propre délai en toutes circonstances, ce que le législateur a d'ailleurs implicitement reconnu en amendant l'art. 12 en 2007 pour préciser, à la suite de l'arrêt *Castillo*, que le délai étranger ne s'applique qu'au cas où il est plus court que le délai albertain<sup>206</sup>. Mais d'autre part, tout ce raisonnement revient à remettre en cause l'arrêt *Tolofson* et à recommencer à scruter la formulation de la loi emportant prescription pour voir si celle-ci porte sur des droits substantiels ou seulement sur le droit procédural de saisir un tribunal<sup>207</sup>.

De fait, pour répondre à un argument soulevé selon lequel l'application du délai albertain avait une portée extraterritoriale, la Cour estime que la loi albertaine, bien qu'elle ne soit pas applicable dans le contexte de cette affaire, est parfaitement valide car elle se borne à « fixer le délai à l'intérieur duquel les tribunaux albertains peuvent connaître d'une affaire, même dans le cas où l'affaire a pris naissance dans un ressort étranger et est régie par le droit substantiel de ce ressort »<sup>208</sup>. Les termes employés par la Cour laissent entendre qu'elle en arrive à cette conclusion car la loi albertaine ne porte que sur les conditions dans lesquelles ses tribunaux vont « entendre une affaire »<sup>209</sup>. Pourtant, l'arrêt *Tolofson* visait précisément à établir que la prescription ne porte pas sur le droit d'être entendu mais sur le droit substantiel et qu'elle éteint des droits et non simplement des recours.

Le juge Bastarache, dans son opinion séparée, souligne d'ailleurs ce problème de comptabilité entre l'opinion de la majorité dans *Castillo* et celle dans *Tolofson* :

« Le juge Laforest a reconnu que les délais de prescription sont, *de par leur nature même*, des règles substantielles : ils anéantissent le droit du demandeur d'intenter des poursuites et investissent le défendeur du droit de ne pas être poursuivi. Les provinces ne peuvent changer la nature des règles de prescription sans en modifier fondamentalement le contenu »<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> *Limitation Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, telle que modifiée par S.A. 2007, c. 22 (A.), art. 1.

<sup>207</sup> V. en ce sens Prujiner, *Qualification*, *supra* note 15, p. 1109, pour qui cette affaire est une « résurgence surprenante des vieux réflexes d'avant *Tolofson* ».

<sup>208</sup> *Castillo*, *supra* note 204, par. 6.

<sup>209</sup> *Id.*, par. 5.

<sup>210</sup> *Id.*, par. 36.

En d'autres termes, la Cour aurait dû s'attarder à l'effet de la loi albertaine pour la qualifier plutôt qu'aux formules qui y sont employées. Par exemple, le législateur albertain aurait pu disposer que ses tribunaux n'entendront pas les affaires où un accident s'est produit alors que le véhicule roulait en-deçà de 60 km/h. Devrait-on qualifier cette règle de procédurale parce que la loi parle des tribunaux qui entendent des affaires plutôt que des parties qui font valoir leurs droits? C'est pourtant que ce semble faire la majorité dans *Castillo*, qui qualifie la règle albertaine de procédurale en raison des termes qui y sont employés et non en raison de son effet. En fait, cette règle a un effet sur les droits substantiels, mais le législateur albertain a décidé que ses tribunaux n'allaient jamais appliquer une autre loi que la *lex fori* à ces droits, ce qui n'est peut-être pas inconstitutionnel mais certainement injuste lorsque celui qui saisit ces tribunaux profite d'un avantage dont il n'aurait pas profité si les tribunaux d'un autre État avaient été plutôt saisis.

La doctrine a critiqué l'arrêt *Castillo*. Pour Saumier, cette décision « laisse perplexe » et « demeure imprécise et plutôt circulaire sur la qualification de la prescription »<sup>211</sup>. Pour Walker, cette décision a été rendue « at the expense of sound reasoning » :

« the diplomatic victory won by suggesting that the Alberta statute could co-exist peacefully with the Supreme Court of Canada ruling in *Tolofson* could only be achieved at the expense of sound reasoning. If limitation periods strike a balance of the rights obligations of the parties – one that forms an integral part of those rights and obligations – then it is not possible to apply two limitation periods to the same claim. A claim can be extinguished only once. At any given moment, either the plaintiff has the right to bring the claim, or the defendant has the right to be free of the obligation to answer it. The horse is either in the barn or out the door »<sup>212</sup>.

Ces critiques n'empêchent toutefois pas la Cour suprême de revenir à la charge en 2010 dans l'affaire *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, où elle a émis l'opinion que l'expression « règles de procédures » se trouvant à l'article III de la *Convention de New York* visait les délais de prescription<sup>213</sup>. Selon le juge Rothstein, la Cour n'écarter pas l'arrêt *Tolofson* puisque cette affaire se bornait à décider « si le *droit canadien* considère que les délais de prescription ont un caractère « substantiel » ou « procédural » » alors que son

---

<sup>211</sup> Geneviève Saumier, « Chronique de droit international privé canadien (2004-2010) – seconde partie : droit civil des provinces canadiennes de common law », [2001] 1 *J.D.I. chron.* 1, par. 30.

<sup>212</sup> Janet Walker, « *Castillo v. Castillo* : Closing the Barn Door », [2006] 43 *Rev.can.D.com.* 487, p. 493.

<sup>213</sup> *Yugraneft*, *supra* note 5.

opinion se limite à déterminer si « les délais prévus dans la législation locale et censés s'appliquer à la reconnaissance et à l'exécution sont des « règles de procédure » au sens que l'art. III de *la Convention* donne à ce terme »<sup>214</sup>. En d'autres termes, le juge Rothstein soutient qu'il n'est pas tenu de suivre *Tolofson* car il interprète un traité international : « [l]a façon dont le droit interne caractérise un tel délai de prescription, que ce soit dans un contexte abstrait ou de conflit de lois, importe peu »<sup>215</sup>. Pourtant, il venait de démontrer que son interprétation de la *Convention* était la bonne en se référant au droit interne des États. Nous reviendrons sur cette affaire<sup>216</sup>, mais notons dès à présent qu'il est étonnant que la Cour suprême ait justifié son interprétation d'un traité par le droit interne d'autres États tout en écartant l'interprétation de l'État dont il est un organe.

Le chemin de la qualification de la prescription est donc sinueux au Canada. Même en Ontario, où la loi a pourtant été modifiée en 2002 pour codifier la règle de *Tolofson* et disposer, à son article 23, qu'en matière de « conflit de lois, les lois de l'Ontario ou de toute autre autorité législative relatives à la prescription constituent des règles juridiques de fond »<sup>217</sup>, la doctrine et la jurisprudence se questionnant sur le délai de prescription applicable aux jugements étrangers ne réfèrent pas à cet article 23 ni n'émettent l'hypothèse que ce délai puisse être déterminé par une loi étrangère. Par exemple, dans *Commission de la Construction du Québec c. Access Rigging Services Inc.*, la Cour supérieure de l'Ontario a estimé que le jugement québécois obtenu par la demanderesse était prescrit selon le délai de deux ans de la loi ontarienne, sans discuter du sens de l'art. 23, qui n'avait d'ailleurs même pas été plaidé<sup>218</sup>.

Une explication de ce raisonnement est fournie par Pitel et de Vries, qui analysent « both the traditional characterization of foreign judgments for limitation purposes and recent changes in Canadian Private international law that could significantly influence that characterization », mais affirment que « [w]hile the judgment is foreign, the claim that it should be enforced in Ontario is governed by Ontario law, not the law under which the

---

<sup>214</sup> *Id.*, par. 27.

<sup>215</sup> *Id.*, par. 27.

<sup>216</sup> *Infra*, p. 177 à 184.

<sup>217</sup> *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, annexe B (Ont.), art. 23.

<sup>218</sup> *Commission de la Construction du Québec c. Access Rigging Services Inc.*, 2010 ONSC 5897.

judgment was made. The relevant limitation period is, therefore, a matter of Ontario law »<sup>219</sup>. Cette affirmation est faite dans le premier paragraphe introductif de leur texte, sans autre explication et sans soupeser les arguments contraires qui auraient pu s'opposer à cette conclusion, et le reste de l'article est consacré à se demander quelle disposition de la loi ontarienne vise les jugements étrangers. Les auteurs ne s'aperçoivent pas qu'en justifiant l'application de la loi ontarienne au motif qu'il s'agit d'un « claim that it should be enforced in Ontario », ils assujettissent le droit constaté par le jugement étranger à une loi sans autre lien avec l'affaire que celle découlant de la compétence qu'exerce le tribunal ontarien. Cet argument est tout à fait circulaire puisque toutes les demandes portées devant un tribunal ontarien visent à obtenir que quelque chose soit « enforced in Ontario ». En fait, l'absence de discussion quant à la loi applicable dans ce contexte ramène le droit international privé au stade où le juge Keeper l'avait trouvé en 1705.

En définitive, beaucoup de résistance se manifeste au Canada, encore aujourd'hui, pour opérer une distinction concrète entre la substance des droits et la procédure.

---

<sup>219</sup> Stephen G.A. Pitel et Jonathan de Vries, « The Ontario Limitation Period for Actions to Enforce Foreign Judgments », (2004-2005) 29 *Advoc. Q.* 312, p. 312 [nos soulignements]; v. aussi John J. Chapman et Maanit Zemel, « More (Unanswered) Questions on the New Limitations Act, 2002 », (2008-2009) 35 *Adv. Q.* 499, p. 509 à 516, où les auteurs étudient la même question en y rajoutant les sentences arbitrales, mais ne citent ni l'affaire *Tolofson* ni l'art. 23 de la loi ontarienne de 2002.

g) *Québec*

Avant la codification de 1866, c'est la *lex fori* qui est appliquée à la prescription au Québec, selon les affaires de cette époque retracées par la doctrine<sup>220</sup>. Pour Fréchette, cependant, une affaire décidée par la Cour du Banc du Roi en 1820 a qualifié la prescription « comme se rattachant au fond du litige »<sup>221</sup>. Ce n'est cependant pas exactement ce que la Cour a dit dans cette affaire :

« The debt in this case was contracted in England without any reference, direct or indirect, to the law of any other country. The law of England therefore is the standard of decision and the statute of limitations must of course apply »<sup>222</sup>.

Il est vrai que la Cour applique la loi du lieu où le contrat a été conclu. Mais on ne saurait déduire de son jugement une qualification substantielle de la prescription. En particulier, la Cour se borne à citer, après le mot « England », une affaire anglaise qui applique le droit anglais à une dette stipulée payable en Angleterre pour justifier l'application de cette loi à des événements qui se sont essentiellement déroulés en France<sup>223</sup>. De plus, une note placée après les mots « action dismissed » à la fin de l'arrêt cite tout au long le passage de l'ouvrage d'Huber concernant la qualification procédurale de la prescription puis réfère à deux affaires américaines et conclut : « The *lex loci* is held to apply only to the validity or interpretation of the contract, and not to the time, mode or extent of the remedy »<sup>224</sup>. Il est donc plus plausible d'interpréter cet arrêt comme témoignant d'une application pure et simple du droit anglais plutôt que d'une loi étrangère applicable selon la règle de conflit découlant du caractère substantiel de la prescription.

Une exception à l'application de la *lex fori* semble se trouver dans l'affaire *Wilson c. Demers*<sup>225</sup>, un arrêt de la Cour du Banc du Roi qui aurait, selon Castel et Fréchette,

---

<sup>220</sup> Désiré Girouard, « Conflict of Prescriptions », (1871) 1:2 *Rev. crit. de lég. et de jurispr.* 125, p. 138; Jean-Guy Fréchette, « La prescription en droit international privé », (1972) 3 *R.D.U.S.* 121, p. 134; Castel, *DIP*, *supra* note 10, p. 745 et 746.

<sup>221</sup> Fréchette, *Prescription*, *id.*, p. 134.

<sup>222</sup> *Hogan c. Wilson*, (1834) *Stuart Rep.* 145.

<sup>223</sup> *Robinson*, *supra* note 157.

<sup>224</sup> *Hogan*, *supra* note 222, p. 145.

<sup>225</sup> *Wilson c. Demers*, (1870) 14 *L.C.J.* 317 (B.R.).

appliqué la loi du lieu du contrat<sup>226</sup>. Il est vrai que le juge de première instance avait affirmé que la prescription devait être régie par la *lex loci contractus* ou la *lex loci solutionis* en invoquant des auteurs français<sup>227</sup>, mais sa décision fut infirmée par la Cour de révision qui affirma que « the *lex fori* must prevail in cases of personal action [...] »<sup>228</sup>. À son tour, la Cour du Banc du Roi a cassé la décision de la Cour de révision, mais selon Girouard, seuls les juges Drummond et Caron ont favorisé la *lex loci contractus*, alors que le juge en chef et le juge Monk étaient d'accord avec l'opinion du juge Badgley selon lequel la *lex fori* s'appliquait<sup>229</sup>, tous s'entendant cependant sur le résultat de l'affaire qui ne dépendait que de la question de savoir si le délai étranger faisait échec à l'action intentée, les uns étant d'avis que seul le délai québécois s'appliquait alors que les autres estimaient que le délai étranger avait été interrompu pendant l'absence du débiteur de la juridiction étrangère.

Les commentateurs contemporains de cette affaire l'ont interprété comme favorisant la *lex fori*. Bigelow, l'éditeur de la huitième édition des *Commentaries* de Story, liste cette affaire en note de bas de page avec des décisions américaines après l'énoncé du principe voulant que la *lex fori* régisse la prescription<sup>230</sup>. Par ailleurs, c'est à cette affaire que se réfère le juge Ramsay quelques années plus tard pour affirmer : « In the next place the idea of limitations comes from the English law, and there the action is not denied. It is not maintained if pleaded. This is the view which has always been taken here since the Code »<sup>231</sup>. Cette opinion du juge Ramsay était également partagée par Girouard, futur juge à la Cour suprême : « The law of prescription in force in Lower Canada being borrowed from the English one, it ought to be governed by the same rules in cases of conflict of prescriptions, viz., by the *lex fori* »<sup>232</sup>.

Les codificateurs de 1866, qui reconnaissaient la « coordination [...] embarrassante » de « l'introduction graduelle de lois anglaises » en matière de prescription, décrivaient comme

---

<sup>226</sup> Fréchette, *Prescription*, *supra* note 220, p. 135; Castel, *DIP*, *supra* note 10, p. 746.

<sup>227</sup> Girouard, *Prescriptions*, *supra* note 220, p. 127 et 133.

<sup>228</sup> *Id.*, p. 128.

<sup>229</sup> *Id.*, p. 128 et 133.

<sup>230</sup> Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 8<sup>e</sup> édition par Melville Madison Bigelow, Boston, Little, Brown and Company, 1883, p. 795.

<sup>231</sup> *Breakey c. Carter*, (1890) 13 *Legal News* 73, p. 75.

<sup>232</sup> Girouard, *Prescriptions*, *supra* note 220, p. 138.

suit la place respective du droit français et du droit anglais dans le projet de ce qui deviendra les articles 2183 et suivants *C.c.B.-C.* :

« [La manière d'envisager le sujet qui a été suivie fut] de fondre ensemble les deux corps de loi sur la matière dont il s'agit, en essayant d'en faire un résumé pratique et abrégé, différant aussi peu que possible de ce qui est d'usage, et se rattachant d'ailleurs aux règles de nos anciennes lois. [...].

Dans la suggestion des amendements par là nécessités, l'on s'est attaché aux principes de l'ancien droit sur les principaux incidents de la prescription, en même temps qu'on a conservé, en les simplifiant et en leur donnant une application plus générale, les temps requis pour prescrire, d'après les lois anglaises et d'après nos statuts provinciaux qui les ont introduites ou imitées; l'on a aussi maintenu les vues résultant des mêmes autorités quant à la réalité des prescriptions et à l'application des lois canadiennes en ce qui les concerne, sans cependant adopter les maximes exclusives du droit anglais quant à refuser presque tout effet aux prescriptions complétées ou commencées sous une loi étrangère »<sup>233</sup>.

À l'origine, un article 8 fondé sur le droit anglais, non seulement par la règle mais aussi par les sources qu'il énonçait<sup>234</sup>, était proposé :

« [...] la loi du lieu du tribunal a son effet quant aux règles et à la durée des prescriptions, à l'exclusion d'autres lois, à moins que la prescription n'ait été entièrement acquise sous ces dernières en vertu de dispositions détruisant le droit dans son essence même au moyen du laps de temps, et pourvu que la prescription ait été ainsi acquise pendant que les parties étaient dans le ressort de ces lois et avant que la loi du Bas Canada soit devenue en opération sur le sujet quant à la prescription »<sup>235</sup>.

Mais les commissaires ont plutôt proposé un article 8*a* qui allait devenir l'article 2190 *C.c.B.-C.* :

« 2190. En matière de biens meubles et d'actions personnelles, même en matière de lettre de change et de billets promissoires, et en affaires de commerce en général, l'on peut invoquer séparément ou cumulativement :

---

<sup>233</sup> Commissaires chargé de la rédaction du Code civil du Bas Canada, *Premier, Second et Troisième Rapports*, Québec, Georges E. Desbarats, 1865, p. 412 [nos soulignements].

<sup>234</sup> On y lit la note suivante : « Acte Imp. 21 James I, ch. 16. – S.R.B.C. ch. 67, s. 1, – c. 64, ss. 30, 31, – Ross, *on bills*, pp. 841 à 877 *et les causes citées*. – Smith, *on contracts*, 235-6-7. – Story, *Conflict of Laws*, § 576 à 583; § 182 *et notes*. – 2 Bing. *new cases*, 202, 211; Huber vs. Steiner ».

<sup>235</sup> *Rapport des commissaires*, *supra* note 233, p. 510 [nos soulignements].

1. La prescription entièrement acquise sous une loi différente lorsque la cause d'action n'a pas pris naissance dans le Bas Canada, ou que la dette n'y a pas été stipulée payable, et lorsque cette prescription a été ainsi acquise avant que le possesseur ou le débiteur y ait eu son domicile;

2. La prescription entièrement acquise dans le Bas Canada, à compter de l'échéance de l'obligation, lorsque la cause d'action y a pris naissance ou que la dette y a été stipulée payable, ou que le débiteur y avait son domicile à l'époque de cette échéance; et dans les autres cas à compter de l'acquisition de ce domicile par le débiteur ou le possesseur;

3. La prescription résultant de temps successifs écoulés dans les cas des deux paragraphes précédents, lorsque le temps écoulé sous la loi différente a précédé ».

Comme les commissaires le notent, cet article consacre effectivement le principe de la « réalité » de la prescription, qui s'oppose à celui de la « personnalité » se rattachant à la personne au lieu de se rattacher au territoire, tout en laissant une place aux « prescriptions étrangères » en matière personnelle. La différence principale entre l'art. 2190 et l'article original tient à ce que la prescription étrangère peut opérer même lorsqu'elle n'affecte pas « le droit dans son essence même ».

Il faut remarquer que cette disposition est « bien plus compliquée »<sup>236</sup> que celle en matière d'immeubles régis par la *lex rei sitae*, notamment en ce qui concerne la computation du délai écoulé selon la loi étrangère et de celui écoulé « à compter de l'acquisition » d'un domicile au Québec. Selon Mignault, il ne faut pas simplement additionner ces deux périodes mais le faire « en ayant égard à la fraction que chaque période se trouve à former du temps entier requis pour la prescription sous chaque loi »<sup>237</sup>. Fréchette est également de cet avis et explique que l'application cumulative de la loi étrangère et de la loi québécoise signifie le « cumul proportionnel des périodes de temps écoulées sous chacun des lois applicables »<sup>238</sup>.

Cela dit, l'art. 2190 *C.c.B.-C.* semble admettre le caractère substantiel de la prescription puisqu'il permet l'introduction du délai étranger sans égard à la qualification substantielle ou procédurale de celui-ci, sauf lorsque la situation présente avec le Québec un des liens

---

<sup>236</sup> Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916, p. 354.

<sup>237</sup> *Id.*, p. 355.

<sup>238</sup> Fréchette, *Prescription*, *supra* note 220, p. 133.



énoncés, auquel c'est alors la *lex fori* qui s'applique. On peut donc dire que « la prescription est considérée tantôt comme un élément indissociable de l'obligation, tantôt comme une règle qui vise la protection du débiteur québécois seulement, et non pas de tout débiteur »<sup>239</sup>. Autrement dit, l'application de la loi du fond du litige à la prescription « n'est que partiellement admise »<sup>240</sup>.

On trouve la même ambiguïté de sources en matière de jugements étrangers. En 1870, la Cour de révision doit décider si un jugement obtenu au Wisconsin peut être exécuté au Québec ou s'il est prescrit comme le prétend le défendeur. Le juge Mackay se prononce sur la loi applicable à cette question de la manière suivante : « our own law must control; against judgments whatever, our own, or foreign, we enforce but one law of limitations »<sup>241</sup>. Mais il précise ensuite : « [o]f course were a foreign judgment extinguished, all the parties in the foreign country before and up to the extinguishment, new right could not be by removal of any of them to Lower Canada »<sup>242</sup>, sans toutefois discuter du fait que l'art. 2190 *C.c.B.-C.*, qui venait d'être promulgué, ne dit pas tout à fait cela.

Se demandant ensuite si l'action est prescriptible en six ans comme en Angleterre comme le prétendait le défendeur, le juge Mackay analyse le droit anglais et remarque qu'on peut interpréter la loi anglaise comme ne prévoyant pas de délai contre les contrats notariés et les jugements, mais que « presumption of payment, or satisfaction, against them was allowed after twenty years, in practice », tandis que certains auteurs soutiennent que ces actes sont des « specialty » visés par la prescription de 20 ans<sup>243</sup>.

Le juge Mackay analyse ensuite l'ordonnance royale française de 1629, appelée « Code Michau » dont certaines dispositions sont applicables au Québec<sup>244</sup>. Selon lui, son article 1 est à l'effet que même les ordonnances peuvent tomber en désuétude, mais cet article dit précisément le contraire en affirmant que toutes les ordonnances passées sont en vigueur

---

<sup>239</sup> Émile Vidrascu, « La nature juridique de la prescription extinctive : droit comparé et droit québécois », [1995] 95 *R. du N.* 3, p. 37.

<sup>240</sup> Castel, *DIP*, *supra* note 10, p. 744.

<sup>241</sup> *King c. Demers*, (1870) 15 L.C.J. 129, p. 130.

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *Ibid.*

<sup>244</sup> *Ibid.*

sauf celles qui sont « spécialement révoquées » ou « abrogées par usage contraire reçu et approuvé » par le roi. En fait, le Code Michau parle bien des jugements étrangers, mais à son article 121, pour dire ce qui suit :

« Les jugemens rendus, contracts ou obligations receuës és Royaumes et Souverainetez estrangeres, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni execution en notredit Royaume : ains tiendront les contracts lieu de simples promesses; et nonobstant les jugemens : nos sujets contre lesquels ils auront esté rendus, pourront de nouveau debattre leurs droicts comme entiers pardevant nos Officiers »<sup>245</sup>.

Mais le juge Mackay ne réfère pas à cet article, et conclut que cette ordonnance n'est pas contre les actions sur jugements étrangers. Aussi, bien qu'il applique la *lex fori*, le juge Mackay octroie au demandeur ses intérêts en vertu de la loi du Wisconsin<sup>246</sup>.

La *lex fori* a été également appliquée purement et simplement à un jugement étranger dans *Almour c. Harris*, où la Cour d'appel a approuvé l'opinion de la Cour de révision voulant que « nos lois n'établissent aucune prescription de moins de trente ans, contre un jugement, qu'il soit rendu dans le pays ou à l'étranger »<sup>247</sup>, sans mentionner l'art. 2190 *C.c.B.-C.* alors en vigueur. La *lex fori* sans mention de l'art. 2190 *C.c.B.-C.* a également été appliquée à la prescription d'un jugement étranger dans *Lapierre c. Drouin*, où les motifs du juge Papineau dans *Almour* ont été adoptés sans « rien à rajouter »<sup>248</sup>.

Mais une approche différente est évoquée par la Cour d'appel dans *Brodeur Sulki Manufacturing c. Jacko Sales inc.*, où le juge Bélanger discute d'une demande d'exemplification d'un jugement étranger auquel on opposait la prescription de 5 ans, sans évoquer cependant l'art. 2190<sup>249</sup>. Bien qu'il rejette ce moyen sur la base du délai de 30 ans prévu par la *lex fori*, le juge Bélanger semble avoir été ouvert à l'idée que ce délai puisse provenir d'une loi étrangère : « [à] défaut de preuve de la loi étrangère, il faut présumer que ses dispositions en matière de prescription et d'interruption de prescription sont semblables

---

<sup>245</sup> *Ordonnance du Roi Louis XIII*, Paris, Estienne, Metayer et Prevost, 1629, p. 93.

<sup>246</sup> *King*, *supra* note 241, p. 131.

<sup>247</sup> *Almour c. Harris*, (1884) M.L.R. 2 Q.B. 439, par. 7.

<sup>248</sup> *Lapierre c. Drouin*, (1911) 41 C.S. 133, par. 23.

<sup>249</sup> *Brodeur Sulki Manufacturing c. Jacko Sales inc.*, J.E. 78-944 (C.A.), par. 10 [nos soulignements].

aux nôtres. C'est dire que le jugement étranger qui nous occupe ne le prescrivait que par 30 ans »<sup>250</sup>.

Au moment où cette décision a été rendue, des critiques s'étaient déjà élevées contre l'application pure et simple de la *lex fori* et même contre le système compliqué de l'art. 2190 *C.c.B.-C.*, qui produisait d'ailleurs des résultats pas toujours « protecteurs ». Dans *The Scottish Metropolitan Assurance Co. Limited c. Graves*, le recours intenté contre un débiteur québécois ayant causé un accident en Ontario a été accueilli malgré que ce recours était prescrit par la loi ontarienne, car ce débiteur était domicilié au Québec, ce qui donnait compétence à la *lex fori* selon le paragraphe 2 de l'art. 2190 *C.c.B.-C.*, et le délai québécois n'était pas encore expiré au moment où l'action fut intentée<sup>251</sup>. Critiquant cette décision peu de temps après sa publication, Johnson suggère que la prescription devrait demeurer régie par la *lex fori*, sauf lorsqu'elle a été entièrement acquise selon la loi applicable à l'obligation en cause<sup>252</sup>.

Johnson note cependant que le défendeur plaidait, dans cette affaire, l'application de la loi du fond du litige en référant à un auteur français dont il reproduit l'extrait suivant :

« À la loi qui attribue un droit appartient de fixer le délai dans lequel il est susceptible de s'exercer. Du moment que le rapport en cause est soumis à un régime juridique, ce régime doit être suivi dans toutes ses dispositions, car elles tiennent à la nature de l'institution »<sup>253</sup>.

Cet extrait, qui sera reproduit jusqu'aux commentaires du Comité du droit international privé de l'Office de révision du Code civil (« ORCC ») lors de la présentation de ce qui deviendra l'art. 3131 *C.c.Q.*, est tiré du *Précis de droit international privé* de Pierre Arminjon<sup>254</sup>. Il faut noter que ce dernier ne proposait cette formule que pour les obligations autres que celles issues d'un contrat, car pour les obligations conventionnelles il était d'avis

---

<sup>250</sup> *Id.*, par. 12.

<sup>251</sup> *The Scottish Metropolitan Assurance Co. Limited c. Graves*, [1955] C.S. 88.

<sup>252</sup> Walter S. Johnson, « Voyage autour de l'article 2190 C.C. – Ontario Extinctive Prescription in a Quebec Court », [1955] 33 *R. du B. can.* 687, p. 701.

<sup>253</sup> *Id.*, p. 698.

<sup>254</sup> Pierre Arminjon, *Précis de droit international privé*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1934, p. 163.

qu'il fallait, en ce cas, détacher la prescription de l'obligation et « la rattacher à la loi qui lui convient pour des raisons de justice et d'utilité »<sup>255</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'idée de rattacher la prescription à la « loi qui attribue un droit » fera son chemin jusqu'au nouveau Code civil. Dès 1972, Fréchette recommande que la règle de l'art. 2190 *C.c.B.-C.* soit modifiée pour la suivante : « La prescription est régie par la loi qui s'applique au fond du litige »<sup>256</sup>. Cette recommandation sera suivie par le Comité du droit international privé de l'ORCC, dont Castel et Fréchette étaient d'ailleurs membres. Dans son rapport déposé en 1975, on trouve, après un article 7 reproduisant intégralement le texte recommandé par Fréchette, les commentaires suivants :

« Cet article établit une nouvelle règle, car les articles 2189, 2190 et 2191 du Code civil, en plus de créer de nombreux problèmes d'interprétation, imposent une solution assez discutable en matière mobilière. En appliquant à la prescription la loi qui régit le fond du litige, le texte n'abandonne pas le principe consacré par l'art. 2189 en matière immobilière.

L'article proposé empêche le forum shopping. Il n'y a, en effet, aucune raison de subordonner la prescription à un changement de domicile du débiteur, et, notamment, à l'acquisition, par le débiteur, d'un domicile au Québec. La prescription fait corps avec l'obligation. Elle n'a pas à être essentiellement protectrice du débiteur, elle a d'autres fonctions. Il semble que le débiteur est convenablement protégé par la loi du contrat qu'il a connue dès l'origine. Pourquoi un changement de domicile le libérerait-il de ses obligations? À la loi qui attribue un droit, il appartient de fixer le délai dans lequel il est susceptible de s'exercer. Du moment que le rapport en cause est soumis à un régime juridique donné, ce régime doit être suivi dans toutes ses dispositions car elles tiennent à la nature de l'institution. En d'autres termes, la prescription ne peut être envisagée séparément du rapport de droit auquel elle est attachée. Elle doit, sur le plan des conflits de lois, être régie par la loi reconnue applicable au rapport de droit dont elle dépend, même si, d'après cette loi, la prescription est qualifiée comme une question de procédure »<sup>257</sup>.

Selon les membres du Comité, la prescription « fait corps » avec l'obligation. De plus, la prescription « ne peut être envisagée séparément » du rapport de droit à prescrire car elle y « est attachée ». Ces éléments, combinés avec le fait que la prescription vise d'autres

---

<sup>255</sup> *Id.*, p. 164.

<sup>256</sup> Fréchette, *Prescription*, *supra* note 220, p. 169.

<sup>257</sup> Comité du droit international privé, *Rapport sur le droit international privé*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1975, p. 50 [nos soulignements].

objectifs que la seule protection du débiteur et que la règle proposée empêche les effets néfastes du *forum shopping*, justifient, selon le Comité, que la prescription soit, sur le plan des conflits de lois, régie par la loi qui s'applique au rapport de droit « dont elle dépend ».

L'article 7 proposé par le Comité sera intégralement repris à l'art. 3131 *C.c.Q.* qui dispose que « La prescription est régie par la loi qui s'applique au fond du litige ». Selon le ministre de la Justice :

« Cet article étend la règle de l'article 2189 C.C.B.C., qui soumet la prescription portant sur un bien immeuble à la loi applicable au fond du litige, à l'ensemble du droit de la prescription, substituant ainsi une nouvelle règle à celle des articles 2190 et 2191 C.C.B.C. Ces articles sont d'une facture très complexe. De plus, ils n'indiquent pas dans le cas où la prescription est acquise suivant une loi étrangère, quelle loi doit s'appliquer. Or, la qualification de la prescription fait l'objet de controverses doctrinales. Certains y voient une question de procédure, d'autres une question de substance. D'autres encore font une distinction entre la prescription qui éteint l'action (procédure) et le délai de déchéance qui éteint le droit (substance).

L'article 3131 met fin à cette controverse: la prescription sera considérée comme une question de substance et régie par la loi qui s'applique au fond du litige. Conforme à l'approche civiliste générale et à celle du Code civil qui traite de la prescription au Livre huitième, l'article a également l'avantage d'empêcher le demandeur de choisir le droit applicable à la prescription de son action, en choisissant l'État où il l'introduira. À la loi qui attribue un droit, il appartient de fixer le délai dans lequel ce droit est susceptible de s'exercer »<sup>258</sup>.

Pour le ministre, l'art. 3131 vise à mettre fin aux « controverses doctrinales » qui concernent la qualification de la prescription, lesquelles sont décrites comme étant soit liées à la nature de la prescription (« Certains y voient une question de procédure, d'autres une question de substance »), soit à son effet (« D'autres encore font une distinction entre la prescription qui éteint l'action (procédure) et le délai de déchéance qui éteint le droit (substance) »). Dans le but de mettre fin à ce débat, nous dit le ministre, il convient d'adopter une règle conforme à « l'approche civiliste générale » et conforme à l'approche du Livre huitième du Code civil (art. 2875 à 2933 *C.c.Q.*), selon laquelle la prescription est une « question de substance ».

---

<sup>258</sup> *Commentaires du ministre, supra* note 2, art. 3131.

Cet article a été appliqué à un jugement étranger dans l'affaire *Minkoff*, où le débiteur d'un jugement rendu à Londres prétendait que celui-ci était prescrit :

« [13] Le Code civil ne prévoit aucun terme de prescription des décisions étrangères. Le législateur a toutefois tranché une controverse antérieure, la prescription est une question de substance et non de procédure et elle est régie par la loi qui s'applique au fond du litige (art. 3131 C.c.Q.). «À la loi qui attribue un droit, il appartient de fixer le délai dans lequel ce droit est susceptible d'être exercé.»

[14] Une décision ne peut avoir au Québec plus d'effet qu'elle n'en a dans son pays d'origine. Comme notre Cour l'a décidé dans l'arrêt *Ginsbow inc.*, une partie ne peut par une requête en exemplification prolonger la période de validité du jugement étranger, ni le faire revivre une fois éteint. À l'inverse, à défaut d'une disposition spécifique dans notre droit, on ne peut restreindre ou annuler la portée d'un jugement étranger pendant sa période de validité dans le pays d'origine »<sup>259</sup>.

Il est tout à fait remarquable que la Cour d'appel ait cité l'affaire *Ginsbow* pour étayer son interprétation de l'art. 3131 C.c.Q., puisque cet arrêt concernait une affaire « régi[e] par l'ancien droit »<sup>260</sup>. Il est vrai que le juge de première instance ne cite pas l'art. 2190 C.c.B.-C. et discute plutôt, « au surplus », de l'art. 3131 C.c.Q. en précisant : « [l]e fond du litige, dans un cas d'exemplification, c'est le jugement étranger, sa reconnaissance, sa validité. La prescription, quant à la durée de validité de ce jugement, doit donc être celle de la loi là où il a été rendu, aux termes même de l'art. 3131 »<sup>261</sup>. Mais la Cour d'appel dans *Ginsbow*, dont l'arrêt est cité dans *Minkoff*, rejette l'appel sans faire mention de l'art. 3131 C.c.Q. ou de la notion de « fond du litige »; au contraire, elle se borne à affirmer que la créancière du jugement étranger ne pouvait « par sa requête en exemplification [...], prolonger la période de validité du jugement étranger, ni le faire revivre une fois éteint »<sup>262</sup>, paraphrasant les termes mêmes que le juge Mackay avait employé en 1870 dans l'affaire *King c. Demers*<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> *Minkoff*, supra note 3 [notes omises].

<sup>260</sup> *Ginsbow inc. c. Pipe and Piling Supplies Ltd.*, J.E. 2000-762 (C.S.).

<sup>261</sup> *Ibid.*

<sup>262</sup> *Ginsbow inc. c. Pipe and Piling Supplies Ltd.*, J.E. 2002-1871 (C.A.).

<sup>263</sup> *King*, supra note 241 : « were a foreign judgment extinguished, [...] new right could not be by removal [...] to Lower Canada ».

## 2. Conclusion sur la loi applicable à la prescription

L'histoire de la loi applicable à la prescription démontre que la place importante prise par la *lex fori* depuis les glossateurs jusqu'au droit anglais et la jurisprudence de la Cour de cassation du XIX<sup>e</sup> siècle a fait l'objet de critiques persistantes qui l'ont finalement fait reculer jusqu'à ce qu'elle cède sa place à la *lex causae* au XX<sup>e</sup> siècle d'abord en France, puis en Angleterre et au Québec. La tentation de la *lex fori* n'a cependant pas été partout justifiée de la même manière.

Selon une première conception, formulée par Guillaume de Cun et reprise en *common law*, la *lex fori* s'applique parce que le tribunal saisi doit répondre à la question. La confusion entre le fait que le tribunal soit saisi de la question et le fait qu'il applique une loi ou une autre à cette question découle de la qualification procédurale qu'il assigne à la question, malgré l'impact manifeste de la réponse sur les droits des parties. Selon une deuxième conception, formulée par Guy Coquille et reprise en droit civil, la *lex fori* s'applique parce que le débiteur est nécessairement domicilié à l'endroit où la question se pose par application de la règle de compétence *actor sequitur forum rei*. Dans ce cas, la confusion ne découle pas de la qualification procédurale de la question à trancher mais du rattachement de celle-ci à la personne du débiteur, lequel a le droit de soulever les moyens prévus par la loi de son for naturel.

Dans le premier cas, le raisonnement est simple mais plus difficile à contredire, car il faut démontrer une erreur de qualification quant à l'effet du temps sur les droits. Dans le deuxième cas, le raisonnement est un peu plus complexe, mais l'étape de la qualification substantielle est déjà franchie, seule demeurant problématique la détermination du facteur de rattachement pertinent.

La prescription des jugements, quant à elle, suit un parcours différent. En France, la loi étrangère est admise pour les jugements étrangers au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle alors que la Cour de cassation rattache par ailleurs la prescription à la règle de compétence *actor sequitur forum rei*. Dans les pays de *common law*, au Canada à tout le moins et en Ontario en particulier, c'est l'inverse qui se produit : la *lex fori* demeure appliquée à la prescription

du jugement étranger comme le fait la jurisprudence du début du XVIII<sup>e</sup> siècle alors même qu'une loi adoptée en 2002 impose d'appliquer à la prescription la loi régissant le fond du litige. Au Québec, la jurisprudence a visiblement évolué entre les affaires de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle qui appliquent purement et simplement la *lex fori* et les décisions rendues au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle qui n'appliquent plus la *lex fori* qu'« à défaut de preuve de la loi étrangère », alors que la loi est demeurée la même. La particularité de la prescription des jugements se manifeste aussi après l'adoption de l'art. 3131 *C.c.Q.*, alors que la jurisprudence rendue sous l'ancien Code est encore invoquée sans mention du changement de loi.

Quel est, dans ce contexte, la portée de l'art. 3131 *C.c.Q.* sur la solution à notre problème? Est-ce que cet article a tranché, comme le dit le ministre, la controverse relative à la nature et l'effet de la prescription?

Rien n'est moins certain. Par exemple, Goldstein et Groffier prétendent que la prescription, dans le cas d'une demande de reconnaissance et d'exécution, n'a de point de contact qu'avec le Québec car son seul effet est d'empêcher cette demande et non d'affecter le droit du créancier<sup>264</sup>. En d'autres termes, selon les auteurs, la prescription se limite à empêcher la procédure sans affecter la substance du droit réclamé. Cette position pourrait d'ailleurs se justifier à la lecture de la doctrine québécoise se prononçant sur l'effet de la prescription en droit interne<sup>265</sup>.

Face à cette contradiction, il est nécessaire d'approfondir la qualification de la prescription et de préciser les liens qui existent entre l'effet de la prescription et la loi qui lui est applicable.

---

<sup>264</sup> Goldstein, *DIP I*, *supra* note 10, p. 410 et suivantes.

<sup>265</sup> Mario Naccarato, « Dispositions générales », *JurisClasseur Québec – Preuve et prescription*, fasc. 19, 2010 n° 23 : la prescription « constitue une défense de droit processuel, plutôt qu'une défense de droit substantiel »; Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, vol. I, 7e éd., 2007, EYB2007RES30, n°1-1444 : « la prescription ne fait qu'éteindre le droit d'action »; Céline Gervais, *La prescription*, Cowansville, Yvon Blais, 2009, p. 178 : la prescription « élimine seulement le droit d'action »; Daniel Dumais, « La prescription », *Responsabilité, Collection de droit 2011-2012*, vol. 4, École du Barreau du Québec, 2011, p. 6 : la prescription « n'entraîne pas l'abrogation du droit de celui contre qui on a prescrit » [nos soulignements pour l'ensemble].



## **B. La qualification de la prescription**

Qualifier la prescription nécessite d'en analyser les fondements [4] et les effets [5]. Mais cette analyse suppose clarifiés l'effet de l'art. 3131 *C.c.Q.* sur cette qualification [2] et la définition des termes de la controverse, à savoir le droit et l'action [3]. Avant cela, nous devons dire quelques mots de la nature de la qualification et de la loi qui doit en être la source [1].



## 1. Source de la qualification

En droit international privé, la qualification sert à localiser un rapport juridique<sup>266</sup>. De manière générale, la qualification consiste à identifier la règle applicable à l'objet du litige, lequel est constitué d'allégations (les faits), de prétentions (le résultat économique ou social recherché) et d'un lien entre les deux (la règle de droit applicable)<sup>267</sup>. En droit international privé, la qualification consiste à « faire entrer la situation juridique, le rapport de droit envisagé, dans l'une ou l'autre de ces catégories de rattachement »<sup>268</sup>, cette expression étant synonyme de « règle de conflit »<sup>269</sup>. Autrement dit, qualifier aux fins d'un conflit de lois revient à identifier la règle de conflit pertinente, règle « indirecte » ou « neutre » qui n'emporte pas de conséquence mais identifie la loi qui en aura<sup>270</sup>.

---

<sup>266</sup> La méthode moderne de résolution des conflits de lois est due à l'allemand Savigny, méthode qu'il a développée dans son célèbre ouvrage sur le droit romain. Elle consiste à « rechercher pour chaque rapport de droit [...] où ce rapport de droit a son siège » (Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, t. 1 à 8, traduit par Charles Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1852, t. 8, p. 108 [nos soulignements]), autrement dit où la relation privée est objectivement localisée (Batiffol, *DIP I, supra* note 11, p. 446; Goldstein, *DIP I, supra* note 10, p. 57). Cette méthode est aujourd'hui appliquée « partout dans le monde » (Pierre Gothot et Paul Lagarde, « Conflits de lois (Principes généraux) », *Rép. internat. Dalloz*, 2006, n° 42), y compris au Québec (Goldstein, *DIP I, supra* note 10, p. 127 et suivantes; Emanuelli, *DIP, supra* note 10, p. 51 et suivantes). Bien que la Cour suprême affirme que le droit international privé québécois est « d'inspiration anglaise » (*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 20 et 27), la source de la plupart des articles du livre 10 du Code civil provient du Code civil du Bas-Canada, de la *Loi fédérale sur le droit international privé suisse de 1987* (v. *supra* note 721) ou de conventions internationales (Jean-Louis Baudouin et Yves Renaud, *Code civil du Québec annoté*, 15<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2012, art. 3076 à 3168).

<sup>267</sup> Bertrand Ancel, « L'objet de la qualification », *Un siècle d'étude du droit international – Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Paris, Litec, 2006, p. 292, qui définit l'objet de la qualification comme étant le lien entre une allégation et une prétention. On dit également qu'il s'agit de décider qu'un ensemble de faits relève d'une règle de droit (Goldstein, *DIP I, supra* note 10, p. 128), mais l'aspect juridique de la prétention fait également l'objet de la qualification : « L'objet de la qualification est plutôt la situation de fait soumise au juge, mais déjà informée juridiquement par la prétention du demandeur, en somme l'objet du litige. Et si cette prétention prend une forme juridique élaborée en s'appuyant sur une règle substantielle précise d'un système juridique déterminé, la qualification portera nécessairement aussi sur la règle invoquée [nos soulignements] » (Batiffol, *DIP I, supra* note 11, p. 477). Pour une discussion approfondie de la notion de prétention, v. Xavier Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 50 et suivantes.

<sup>268</sup> Loussouarn, *DIP, supra* note 11, n° 10, p. 8 [nos soulignements].

<sup>269</sup> Les règles de conflit constituent les catégories de rattachement (Goldstein, *DIP I, supra* note 10, p. 59; Goldstein, *Commentaires, supra* note 10, art. 3078), car elles « divise[nt] l'ensemble du droit interne en catégories en vue du rattachement » (Batiffol, *DIP I, supra* note 11, p. 485). Ainsi, au Code civil, les règles de conflits divisent le droit interne aux articles 3083 à 3133 : chaque règle de conflit qui s'y trouve constitue une catégorie de rattachement. Il est vrai que la qualification « a lieu lors de l'application des règles de toutes les branches du droit » (Gothot, *Conflits, supra* note 266, n° 124), mais le conflit de lois en constitue le « domaine d'élection » (Bertrand Ancel, « Qualification », *Rép. internat. Dalloz*, 1998, n° 36).

<sup>270</sup> Gothot, *Conflits, supra* note 266, n° 43.

Les règles de conflit ont pour objectif d'assurer la meilleure localisation du rapport à qualifier, c'est-à-dire qu'il soit régi par la loi ayant les rapports les plus étroits avec lui. Un rapport de droit n'est pas tangible et constitue une construction de l'esprit : c'est pourquoi « sa localisation va s'opérer à partir des éléments matériels qu'il prend en considération ou des événements qui lui donnent naissance »<sup>271</sup>. Ces éléments déterminent le lieu où le rapport de droit est localisé : ce sont les facteurs de rattachement<sup>272</sup>. Les règles de conflit prévoient donc les facteurs de rattachement à prendre en considération pour désigner la loi applicable.

Mais les facteurs de rattachement ne doivent pas avoir pour effet de désigner une loi qui n'a que des rapports éloignés avec la situation<sup>273</sup>. En effet, le principe de proximité sous-jacent à la méthode conflictuelle peut empêcher l'opération de la règle de conflit spécifique prévue au Code lorsque celle-ci désigne une loi n'ayant pas de contact étroit avec la situation<sup>274</sup>. Dans un tel cas, il faut appliquer le principe général selon lequel la prétention litigieuse est régie par l'ordre juridique ayant les points de contacts les plus étroits avec elle.

Forcément, il faut connaître les effets d'une règle pour déterminer les points de contacts de l'objet du litige. Ainsi, pour déterminer les points de contact du rapport prescrit, il faut connaître ce qui se prescrit au juste. Nous avons vu que c'est à cette étape du raisonnement que l'évolution historique de ce qui est devenu l'art. 3131 *C.c.Q.* a marqué sa particularité : la prescription n'affectant que la procédure a été associée à la saisine du tribunal, contrairement à la prescription affectant la substance des droits. Il est donc nécessaire de connaître les effets de la règle en cause pour évaluer la proximité d'une loi ou une autre avec la situation.

---

<sup>271</sup> Bernard Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois), [1984] 186 *R.C.A.D.I.*, p. 272 et 273.

<sup>272</sup> Batiffol, *DIP I*, *supra* note 11, p. 448; Goldstein, *DIP I*, *supra* note 10, p. 59.

<sup>273</sup> Art. 3082 *C.c.Q.*

<sup>274</sup> Pour Goldstein et Groffier, l'art. 3082 *C.c.Q.* découle du fait que « les rédacteurs du nouveau Code ont voulu être certains que la méthode savignienne n'oblige jamais le juge à prendre automatiquement une décision qui s'écarterait de la philosophie qui l'encadre » (Goldstein, *DIP I*, *supra* note 10, p. 82). Pour Prujiner, cependant, la clause échappatoire est plutôt le reflet de la méthode savignienne, car celle-ci vise précisément à identifier la loi en rapport le plus étroit avec la relation : « Au Québec, [l'influence de Savigny] apparaît clairement dans un texte comme celui de l'article 3082 du Code civil [...]. Ce principe de proximité est issu directement de l'approche savignienne [note omise] » (Prujiner, *Principes*, *supra* note 22, par. 36).

Mais les effets de cette règle doivent-ils être tirés de la loi qu'on prétend applicable ou de la loi du tribunal qui qualifie?

La solution, donnée à l'art. 3078 *C.c.Q.*, est celle de la qualification *lege fori*, sous réserve du cas où l'institution étrangère est inconnue ou différente, auquel cas la loi étrangère peut être prise en considération pour la qualifier. Ce principe signifie que c'est la loi québécoise qui doit être utilisée pour identifier l'objet de la prescription dans le but d'en localiser les points de contacts. La qualification selon la *lex fori* est surtout une conséquence naturelle de la méthode du conflit de lois : il serait illogique de qualifier selon une loi étrangère avant de savoir si cette loi s'applique<sup>275</sup>.

Selon Goldstein, seule la *lex fori* est pertinente au stade de la qualification dite « primaire » (désignation de la règle de conflit), la loi étrangère pouvant intervenir, en vertu de l'art. 3078 *C.c.Q.*, au stade de la qualification dite « secondaire » (opération de la règle applicable au sein de la loi désignée par la qualification primaire)<sup>276</sup>. Selon cette approche, c'est le droit québécois qui doit être utilisé pour qualifier, quitte à ce que la loi applicable et éventuellement étrangère serve de soutien à l'interprétation des institutions inconnues ou différentes au stade de leur opération sur le fond du litige<sup>277</sup>. C'est le principe de l'exclusion du renvoi de qualification.

---

<sup>275</sup> Batiffol, *DIP I*, *supra* note 11, p. 483.

<sup>276</sup> Gérald Goldstein, « La qualification en droit international privé selon la perspective de l'article 3078 *C.c.Q.* », dans Sylvette Guillemard, dir., *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, p. 200 et 203 : « Seules sont pertinentes, à cette étape de sélection d'une règle de conflit, les conceptions québécoises », car il faut « respecter les conceptions de localisation envisagées par le codificateur québécois »; v. le même texte publié dans Goldstein, *Commentaires*, *supra* note 10, art. 3078.

<sup>277</sup> Il n'est pas clair que la loi étrangère soit nécessairement exclue de l'opération des règles de conflit québécoises, car on peut tout à fait imaginer une situation où un bénéfice inconnu du droit québécois est réclamé en vertu d'une loi étrangère : dans un tel cas, il faut qualifier ce bénéfice pour déterminer si celui-ci est régi ou non par la loi étrangère et seule la loi étrangère, évidemment, est susceptible d'en décrire la composition. V. p. ex. Batiffol, *DIP I*, *supra* note 11, p. 477, qui donne l'exemple de l'affaire *Bartholo*, où une veuve anglo-malaise demandait au tribunal français de lui octroyer la « quarte du conjoint pauvre » du droit anglo-malais, institution inconnue du droit français, à l'égard d'un immeuble situé en Algérie qui appartenait à son défunt mari. Puisque le droit anglo-malais était applicable au régime matrimonial de la veuve mais que le droit français était applicable à la succession de l'immeuble, il fallait qualifier la « quarte du conjoint pauvre » comme relevant du régime matrimonial ou des successions pour connaître la loi applicable. Dans un tel cas « où une veuve, comme dans l'affaire anglo-malaise, fonde sa prétention sur une certaine loi, l'objet de la qualification sera la question de savoir si cette veuve a droit au bénéfice de ladite loi ».

Dans le cas qui nous intéresse, le renvoi est assurément exclu de la qualification de la prescription. Le contre-exemple classique est celui de la décision rendue par un tribunal allemand en 1882 concernant la prescription d'une créance régie par la loi américaine<sup>278</sup>. Selon les règles de conflit allemandes, la prescription était régie par la loi de la créance, à savoir la loi américaine. Mais le tribunal allemand a procédé au renvoi de qualification en qualifiant la prescription selon la loi américaine. Puisque ce droit la considérait comme une règle de procédure, le tribunal allemand a estimé que cette règle ne lui était pas applicable et il a déclaré que la créance n'était pas prescrite, alors que les délais non seulement de la loi américaine mais aussi de la loi allemande étaient expirés. Dans ce cas, le résultat du renvoi de qualification a mené, dans les faits, à rendre imprescriptible une créance que toutes les lois pertinentes déclaraient pourtant prescriptible.

En proposant ce qui allait devenir l'art. 3131 *C.c.Q.*, le Comité du droit international privé de l'ORCC a d'ailleurs pris soin de préciser que « [la prescription] doit, sur le plan des conflits de lois, être régie par la loi reconnue applicable au rapport de droit dont elle dépend, même si, d'après cette loi, la prescription est qualifiée comme une question de procédure »<sup>279</sup>. Lorsqu'on qualifie en matière de prescription, il faut lire l'art. 3078 *C.c.Q.* comme excluant que l'institution de la prescription puisse être « inconnue ou différente » en raison d'une divergence quant à son effet substantiel ou procédural.

Ainsi, lorsqu'on se demande si la prescription invoquée contre une sentence arbitrale étrangère porte, par exemple, sur le droit d'obtenir le paiement de la somme d'argent, sur le droit d'obtenir l'exécution de la sentence ou simplement sur le droit d'en demander l'exécution au Québec, il faut consulter la loi québécoise pour qualifier la prescription et en identifier l'objet, à savoir ce qui se prescrit au juste.

---

<sup>278</sup> Sur les détails de cette affaire, v. Maximilien Philonenko, « De la prescription extinctive en Droit international privé », (1936) *J.D.I.* 259 et 513.

<sup>279</sup> ORCC, *Rapport DIP*, *supra* note 257, p. 50.

## 2. Discordance des qualifications

On pourrait croire que la présence de l'art. 3131 *C.c.Q.* lors de la qualification de la prescription est un éléphant dans la pièce (l'article qualifie la prescription de règle comportant un effet substantiel et il est évident que ceux qui disent le contraire se trompent), mais la réponse n'est pas aussi simple qu'il y paraît. L'art. 3131 *C.c.Q.* impose indéniablement le rattachement de la prescription à la loi régissant le fond du litige, mais il ne décrit ni comment identifier le fond du litige ni l'effet de la prescription lorsqu'elle est appliquée. En outre, il est possible de distinguer la qualification de droit international privé et la qualification de droit interne : « [u]n délai de prescription pourra être procédural à un point de vue et non à l'autre : le même terme de « procédure » peut s'appliquer à deux concepts non identiques »<sup>280</sup>.

Les catégories en droit interne et en droit international ne sont donc pas forcément les mêmes [a]. En revanche, la distinction entre la substance des droits et la procédure occupe une place particulière à cet égard [b]. Comme nous le verrons toutefois, l'opinion selon laquelle la prescription est procédurale malgré l'art. 3131 *C.c.Q.* pourrait se justifier sur la base du principe voulant que la *lex causae* est susceptible d'être appliquée à une règle de procédure qui n'est pas inextricablement liée au fonctionnement du tribunal [c], ce qui explique la nécessité de qualifier la prescription en droit interne pour en identifier l'objet aux fins de son application à la question sous étude.

---

<sup>280</sup> Batiffol, *DIP I*, *supra* note 11, n° 296, p. 485.





### a) *Catégories internationales et catégories internes*

La discordance entre les catégories du droit international privé et celles du droit interne n'a rien d'exceptionnelle. En principe, le droit interne constitue « la matière même de la règle de conflit, [...] celle-ci le prend tel qu'il est, c'est-à-dire avec ses divisions. Ces dernières [...] sont les définitions des concepts [...] qui sont la matière du droit »<sup>281</sup>. Selon la formule de Bartin :

« Elles [les règles de conflit] leur restent liées [aux institutions de droit interne] comme l'ombre au corps parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international »<sup>282</sup>.

En revanche, le droit international privé ne se limite pas aux catégories du droit interne, car il n'est pas que la « projection » du droit interne : le droit international privé est également le reflet de « la conception [que l'État] se fait de la 'société internationale' »<sup>283</sup>. De fait, les relations privées internes « ne sont pas identiques » aux relations internationales et « il est donc explicable que les concepts [...] ne soient pas rigoureusement les mêmes »<sup>284</sup>. Par exemple, l'ordre public n'a pas le même contenu lorsqu'il est applicable à une situation internationale, comme en témoigne l'art. 3081 C.c.Q. qui empêche l'application du droit étranger non pas lorsqu'il est contraire à l'ordre public mais lorsqu'il est contraire à « l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales ». On ne peut donc

---

<sup>281</sup> *Ibid.*

<sup>282</sup> Étienne Bartin, *Études de droit international privé*, Paris, A. Chevalier-Marescq 1899, p. ii [nos soulignements].

<sup>283</sup> Franceskakis, *Droit naturel*, *supra* note 20, p. 123, qui remarque par ailleurs que le droit international privé se veut l'expression d'un « certain fédéralisme » (p. 125), en référant à Yntema qui, parlant du contexte historique dans lequel s'est développé le droit international privé, affirmait : « It is to be inferred from these observations, that the basic principles of this branch of law are to be sought distinctively in the solutions wrought out under federal conditions and, indeed, that these solutions may well provide a norm for the consideration of international conflicts of laws. This conclusion, it will be remarked, rejects the assumption frequently made that conflicts arising among the legal systems of a composite state basically differ from international conflicts of laws in that the latter essentially involve clashes among sovereign powers. This all too common view confuses the issues. On the contrary, these are problems of the legal order, of doing justice to the interests of individuals without undue sacrifice to prejudicial assertions of national policy. Except as occasionally it may be feasible to unify the existing anarchy of national laws, the solution of these problems is to be sought in extensions, however limited, of the principle of federalism, and therewith in the employment of the technique of conflicts law in dealing with private claims that have extraterritorial aspects [nos soulignements] » (Hessel Edward Yntema, « The Historic Bases of Private International Law », [1953] 2 *Am. J. Comp. L.* 297, p. 299).

<sup>284</sup> Batiffol, *DIP I*, *supra*, note 11, p. 485, qui affirme également, à la même page : « Mais la possibilité en étant ainsi réservée, le principe est certainement que les catégories du droit interne valent, sauf indication contraire, pour l'application des règles de conflit [nos soulignements] ».

exclure que la prescription soit qualifiée de règle substantielle aux fins d'identifier la loi qui lui est applicable, encore qu'elle demeure qualifiée de règle de procédure afin d'en déterminer les effets et la nature au stade de son application par le tribunal québécois.

Cela dit, l'art. 3131 *C.c.Q.* n'est pas vraiment une règle de conflit. Selon Goldstein, son effet est de poser une « règle de qualification » visant à écarter l'application de la règle de l'art. 3132 à la prescription<sup>285</sup>, lequel codifie le principe selon lequel « la procédure est régie par la loi du tribunal saisi ». Ce principe autant universel qu'ancien<sup>286</sup> – encore que son application soit loin d'être uniforme<sup>287</sup> – occupe une place particulière en droit international privé.

---

<sup>285</sup> Goldstein, *Commentaires*, *supra* note 10, art. 3131, par. 550 : « La conséquence essentielle de cette règle de qualification consiste à écarter à ce sujet la loi québécoise gouvernant la procédure intentée au Québec, selon l'art. 3132 *C.c.Q.*, et à donner éventuellement compétence à une loi étrangère devant un tribunal québécois [nos soulignements] ».

<sup>286</sup> Marie-Laure Niboyet, « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 363; Edgar H. Ailes, « Substance and Procedure in the Conflict of Laws », (1940-1941) 39 *Mich. L.R.* 392, p. 392 : « It is perhaps the most inveterate doctrine of the conflict of laws that all questions of procedure in a given instance are governed by the *lex fori*, or the law of the court invoked, regardless of the law under which the substantive rights of the parties accrued ».

<sup>287</sup> Un auteur souligne que ces différences peuvent provenir de la conception découlant de la perspective qu'offre le domaine du droit envisagé : « whereas the prevailing concept in private international law regards the application of the *lex fori* as an exception and the application of the law with which the legal relation is in closest connection as a basic rule, the conception prevailing in the science of the international law of civil procedure considers the application of the *lex fori* as the basic rule and the application of the foreign law as a more or less insignificant, unimportant exception [nos soulignements] » (Stephen Szaszy, « The basic connecting factor in international cases in the domain of civil procedure », (1966) 15 *I.C.L.Q.* 436, p. 436).

b) *Particularité de la qualification procédurale*

La qualification d'une question comme relevant ou non d'une règle de procédure n'est pas de la même nature que la qualification afin de déterminer la règle de conflit applicable. Cette dernière vise à déterminer la loi qui régit les droits des parties : on se demande ainsi, par exemple, si la faute alléguée est contractuelle ou extracontractuelle, ou si le contrat est un mandat ou un contrat de service, afin d'identifier la loi, étrangère ou non selon le cas, en vertu de laquelle le litige sera tranché. En revanche, la qualification d'une question comme relevant ou non d'une règle de procédure ne vise pas à choisir entre les règles de conflit.

En effet, cette qualification « n'est pas à la frontière de deux règles de conflit, mais à la frontière du droit des conflits de lois tout entier »<sup>288</sup>. Qualifier selon la distinction procédure – substance revient donc, en quelque sorte, à délimiter les champs respectifs du droit public et du droit privé : l'un « gouverné par les seules règles matérielles du for » et l'autre « susceptible d'ouvrir un champ aux lois étrangères »<sup>289</sup>. Dans ce contexte, le rôle de la qualification, lorsqu'on se demande si une question relève ou non de la procédure, ne vise pas à se prononcer sur la loi qui régit les droits des parties :

« Le rôle de la qualification présente ici une originalité qui doit conduire à délaissier la méthode décrite dans le paragraphe consacré au choix de la règle de conflit. Le choix à effectuer n'est pas, en effet, entre deux règles de conflit, telles celle relative aux conditions de forme et celle relative aux conditions de fond du mariage, mais entre le respect de la compétence de la *lex fori*, imposée par cette loi elle-même si elle est de procédure, et, si elle ne l'est pas, le recours à une règle de conflit de lois [...] »<sup>290</sup>.

En effet, les règles de procédure ne forment pas, à proprement parler, une catégorie du conflit de lois car elles ne concernent que le service de la justice, lequel ne touche pas les intérêts en cause mais l'organisation de ce service :

« Un juge ne peut exercer ses pouvoirs que conformément à la loi qui les lui a conférés. Ces pouvoirs, en effet, sont une institution de cette loi, et ils n'ont plus aucune existence en dehors des conditions posées par le législateur à leur

---

<sup>288</sup> Mayer, *DIP*, *supra* note 11, p. 354.

<sup>289</sup> Niboyet, *Dogme*, *supra* note 286, p. 366.

<sup>290</sup> Mayer, *DIP*, *supra* note 11, p. 354 [nos soulignements].

exercice. Si la substance des droits des parties, matière proprement de droit privé, peut relever, le cas échéant, et par application de la règle de conflit, d'une loi étrangère, la forme du procès, qui ne touche pas, par elle-même, les intérêts en cause, exprime une conception du service public de la justice : elle est celle de la loi qui institue et organise ce service.

La compétence de la loi du for se présente ainsi comme l'application du droit public interne aux litiges de caractère international, autrement dit comme une règle de conflit de juridictions »<sup>291</sup>.

L'affirmation voulant qu'une règle relève de la procédure en droit interne mais pas en droit international privé pose donc un problème plus fondamental que celui qui classe cette règle dans une catégorie de rattachement différente de celle qui lui aurait été attribuée en droit interne, car le rattachement à la procédure équivaut à conclure que la règle « ne touche pas, par elle-même, les intérêts en cause ». Il est vrai que les intérêts en cause dans une situation internationale peuvent devoir être analysés différemment de ceux en cause dans une situation purement interne : la solution de l'ordre public le démontre clairement. Mais la qualification procédurale ne procède pas à une évaluation différente des intérêts en cause : elle nie ces intérêts.

D'ailleurs, cette discordance est source d'injustice. Évidemment, la solution qui consiste à affirmer qu'une règle est procédurale en droit interne mais substantielle en droit international privé (c'est-à-dire qu'elle ne concerne pas les intérêts des parties sauf lorsque ces intérêts sont étrangers) n'est pas véritablement problématique, car la loi étrangère sera appliquée dans tous les cas où elle doit l'être. Mais la solution inverse qui consiste à soutenir qu'une règle n'est procédurale qu'aux fins des conflits de lois (autrement dit que la règle ne concerne pas les intérêts des parties sauf lorsque ces intérêts sont purement locaux) est tout à fait injuste, car la loi étrangère n'est alors jamais appliquée non pas parce qu'elle ne donne aucun droit mais parce qu'elle est étrangère.

C'est précisément en raison de ce problème que le juge Laforest, dans l'affaire *Tolofson*, rejette la qualification procédurale de la prescription afin de déterminer que la prescription

---

<sup>291</sup> Batiffol, *DIP II*, *supra* note 11, n° 697 [nos soulignements]; v. en ce sens Goldstein, *Commentaires*, *supra* note 10, art. 3132, n° 555; Mayer, *DIP*, *supra* note 11, p. 353 : « [la procédure] exclu[t] toute possibilité d'un conflit de lois véritable : les tribunaux [...] sont liés par la loi dont ils tiennent leurs pouvoirs ».

est plutôt substantielle. Selon lui, la qualification procédurale n'est appropriée que lorsqu'elle ne touche pas aux droits des parties :

« la classification 'règle de fond – règle de procédure' vise à déterminer quelles règles assurent le bon fonctionnement du tribunal saisi, par opposition à celles qui déterminent les droits des deux parties »<sup>292</sup>.

Cela dit, des auteurs soulignent que la notion de procédure n'est pas complètement étrangère aux intérêts en cause et peut être conçue comme étant plus large que ce qui justifie l'application impérative de la *lex fori*. Selon cette conception, ce ne sont pas toutes les règles de procédure qui relèvent nécessairement du caractère public et organique du système judiciaire, lequel seul devrait empêcher le conflit de lois. De fait, la définition du juge Laforest correspond à ce qui justifie l'application de la *lex fori* (le fonctionnement du tribunal) par opposition à ce qui exige la *lex causae* (les droits des deux parties), mais cette opposition n'est pas forcément équivalente avec la distinction entre la procédure et la substance des droits.

La procédure est définie comme étant « l'ensemble des formalités par lesquelles un litige, une difficulté d'ordre juridique peuvent être soumis à un tribunal, pour aboutir à une solution [...] juridictionnelle »<sup>293</sup>. Dans la jurisprudence, on distingue le « rejet purement procédural d'un rejet sur le fond »<sup>294</sup> selon que la règle appliquée met seulement fin à la procédure intentée (le « litige devant le tribunal ») ou qu'elle règle le sort du rapport entre les parties (le « litige entre les parties »)<sup>295</sup>.

---

<sup>292</sup> Tolofson, *supra* note 195, par. 85 [soulignement dans le texte].

<sup>293</sup> Serge Guinchard, Cécile Chainais et Frédérique Ferrand, *Procédure civile*, 30<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 1; v. en ce sens Guy Canivet, « Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé », *Mélanges offerts à Pierre Drat – Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 243 : « La « procédure » désigne l'ensemble des formalités par lesquelles une difficulté d'ordre juridique peut être soumise à un tribunal pour aboutir à une solution [note : Jean Vincent et Serge Guinchard, *Procédure civile*, 24<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1996, p. 1. Le vocabulaire juridique de Gérard Cornu définit la procédure civile comme le « rameau de la procédure ayant pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions particulières aux tribunaux civils de l'ordre judiciaire »]. »

<sup>294</sup> *Vu c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2010 QCCA 1354, par. 10 (le rejet pour défaut de connexité d'une demande reconventionnelle « sauf recours » constitue un jugement interlocutoire dont appel ne peut être fait que sur permission en vertu de l'art. 29 C.p.c.).

<sup>295</sup> Dans le contexte de l'octroi des dépens supplémentaires prévus lorsqu'un jugement a pour effet de « mettre fin au litige » au sens des articles 26 et 42 du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats* (R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13; R.L.R.Q. c. B-1, r. 22), un arrêt pouvait laisser croire le « litige » en question ne

Ainsi, la procédure concerne les règles liées au déroulement de l'instance dont l'application « ne met fin ni [au] droit d'entreprendre l'action ni au litige sur le fond » selon les termes de la Cour d'appel dans *Genest c. Labelle*<sup>296</sup>. En d'autres termes, l'application d'une règle de procédure n'est pas susceptible d'entraîner l'autorité de la chose jugée car le rejet d'une demande pour ce motif n'empêche pas d'introduire de nouveau la même demande, ce que prévoit précisément l'art. 2895 *C.c.Q.* :

2895. Lorsque la demande d'une partie est rejetée sans qu'une décision ait été rendue sur le fond de l'affaire et que, à la date du jugement, le délai de prescription est expiré ou doit expirer dans moins de trois mois, le demandeur bénéficie d'un délai supplémentaire de trois mois à compter de la signification du jugement, pour faire valoir son droit.

Il en est de même en matière d'arbitrage; le délai de trois mois court alors depuis le dépôt de la sentence, la fin de la mission des arbitres ou la signification du jugement d'annulation de la sentence.

---

s'entendait que du litige « devant les tribunaux de droit commun » (*Commission hydro-électrique du Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, 1991 CanLII 3251 (C.A.)), mais des décisions subséquentes ont précisé que seul le jugement qui statue « sur les prétentions respectives des parties » et met « fin à leur litige » (*Banque nationale de Paris (Canada) c. Marbres Waterloo ltée*, 1996 CanLII 6092 (C.A.); *Sulliff c. Simcoe & Erie General Insurance Company*, 1997 CanLII 10407 (C.A.)) est un jugement qui met « fin au litige entre les parties » par opposition « au litige devant le tribunal » (*Barka Co. Ltd. c. Librati*, 2010 QCCA 495, par. 6 : « Comme le juge Forget le mentionne dans l'arrêt *CUSE*, l'argument des appelants que l'expression « mettre fin au litige » devrait vouloir dire mettre fin au litige devant le tribunal est certes logique. Cela dit, le jugement de la juge Masse rejetant l'action devant la Cour supérieure n'a pas mis fin au litige entre les parties [nos soulignements] »). Mais cette distinction reste à préciser, en particulier quant au lien entre une instance et un litige. Par exemple, il a été décidé que le rejet sur le fond d'une cause d'action distincte des autres causes d'action d'une même instance ne donnait pas droit aux dépens sur le fond quant à cette cause d'action puisque l'instance se poursuivait en dépit de la fin évidente du litige constitué de la cause d'action rejetée (*Telio c. Douek (Telio) (Succession de)*, 2007 QCCA 751, au motif que « À la différence de l'arrêt *Srougi*, le mot « instance » est défini au Tarif » (par. 19). Dans cette affaire *Srougi c. Lufthansa*, 2002 CanLII 41298 (C.A.), il fut décidé, mais avec dissidence, que le rejet sur le fond d'une cause d'action distincte des autres causes d'action d'une même instance constituait un jugement final permettant l'appel de plein droit). Sans entrer dans le débat, il faut remarquer que l'interprétation retenue dans *Telio* est susceptible d'encourager l'ouverture de plusieurs dossiers au greffe de la Cour lorsqu'une partie désire obtenir tous les dépens auxquels elle aurait droit sans la jonction permise par l'art. 66 *C.p.c.* À cet égard, on pourrait remarquer que le lien est plus clair entre les frais exigibles en vertu du *Tarif des frais judiciaires en matière civile et des droits de greffe*, R.L.R.Q. c. T-16, r. 9, et le nombre de dossiers ouverts au greffe de la Cour qu'entre ceux-ci et les dépens refusés dans *Telio*, mais la question mérite assurément une analyse plus approfondie.

<sup>296</sup> *Genest c. Labelle*, 2009 QCCA 2438, par. 46 (dans le contexte du rejet d'une demande pour défaut d'avoir fourni des précisions). Selon la Cour d'appel, le rejet pour un tel motif constitue le rejet d'une demande « sans qu'une décision ait été rendue sur le fond de l'affaire » au sens de l'art. 2895 *C.c.Q.* ainsi qu'une décision qui ne met pas fin au litige au sens de l'art. 26 du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, *id.*

Cela dit, l'application de règles de procédure peut avoir pour effet de mettre un terme au litige entre les parties, mais cela se produit dans un contexte où le comportement procédural de la partie déboutée peut être qualifié de fautif, de sorte que l'influence substantielle de l'application de la règle de procédure se conçoit comme la sanction de cette faute. Par exemple, contrairement au rejet dans l'affaire *Genest*, le rejet dans l'affaire *Rodaber* a entraîné l'autorité de la chose jugée, mais la Cour d'appel en est venu à cette conclusion après avoir constaté que le défaut répété de suivre la procédure équivalait au défaut de comparaître ou de faire sa preuve<sup>297</sup>. On peut aussi noter que la négligence à empêcher la péremption de l'instance peut avoir pour effet de faire perdre le bénéfice de l'interruption de la prescription<sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup> *Banque nationale du Canada c. Société Rodaber ltée*, J.E. 98-1765 (C.A.), p. 11 de l'opinion du juge LeBel : « Le jugement était prononcé parce que les intimés, à plusieurs reprises, avaient refusé de respecter leurs engagements et les décisions de la Cour supérieure. La sanction prononcée touchait cependant le fond même du dossier. Puisque les intimés avaient eu l'occasion de présenter leur demande et des éléments indispensables de leur preuve et n'avaient pas saisi cette occasion, leur action était désormais rejetée comme s'ils avaient fait défaut de comparaître devant la Cour supérieure ou d'y faire leur preuve. En pareil cas, la règle de la chose jugée trouvait à s'appliquer ». Notons que la Cour d'appel, dans *Genest*, justifie aussi sa décision par le « manque de diligence » et le lien entre celui-ci et la « sanction sévère » du rejet (*supra* note 296, par. 39). Ces deux arrêts ne sont compatibles que si la différence entre le rejet pour négligence procédurale qui n'entraîne pas l'autorité de la chose jugée et celui qui le fait dépend du niveau de gravité de la faute commise. Il faut cependant reconnaître que l'idée selon laquelle les conséquences du rejet pour négligence procédurale peuvent varier en fonction de la gravité de la faute commise n'est pas formulée et mériterait d'être approfondie. Quoi qu'il en soit, le défaut de comparaître n'entraîne pas toujours le rejet substantiel, comme lorsqu'une partie fait défaut de se constituer un nouveau procureur après la mise en demeure en vertu de l'art. 251 *C.p.c.*, qui permet au défendeur de « demander le rejet de la demande, sauf recours ».

<sup>298</sup> *Marier c. Tétrault*, 2008 QCCA 2108, par. 28 : « La présomption édictée ici par l'article 274.3 *C.p.c.*, qui sanctionne leur négligence à agir en temps utile, fait en sorte que les appelants doivent subir tous les effets du désistement, comme si celui-ci avait résulté de leur volonté affirmée » et par. 37 : « le législateur [...] énonce, en guise de sanction du défaut d'inscrire en temps utile, une présomption absolue de désistement, et ce, en vue de favoriser le déroulement diligent des instances, objectif d'ordre public ». Il faut cependant remarquer que la mention de l'importance accordée à la diligence dans le déroulement de l'instance tend à laisser croire que le « rejet de la demande » mentionné à l'art. 2894 *C.c.Q.* ne vise que le rejet procédural et non le rejet sur le fond. Il est vrai que la Cour d'appel a dit que cet article ne visait, au contraire, que le rejet sur le fond (*Laincy c. Bouchard*, 2006 QCCA 1647, par. 29), mais elle a depuis précisé que ce passage était un *obiter dictum* (*Sudaco, S.p.A. c. Connexions commerciales internationales CT inc.*, 2012 QCCA 2254, par. 34, note 5) et que l'art. 2894 *C.c.Q.* s'appliquait en fait à tous les rejets (*id.*, par. 35; *Marier, id.*, par. 26). Mais la partie déboutée sans avoir été négligente dans le déroulement de l'instance devrait pouvoir bénéficier de l'interruption qui vise « tout droit découlant de la même source » (art. 2896 *C.c.Q.*), à moins de conclure que l'autorité de la chose jugée vise précisément tous ces droits et que son défaut de les avoir fait valoir en premier lieu l'empêche de le faire plus tard. Si tel est le cas, l'art. 2894 *C.c.Q.* ne peut viser le rejet sur le fond, car celui-ci emporte toujours chose jugée sur l'ensemble des droits qui ont par ailleurs profité de l'interruption. Mais s'il n'y a pas d'équivalence entre l'interruption de la prescription et l'autorité de la chose jugée, les affaires *Marier* et *Sudaco* pourraient vouloir dire que le créancier débouté sur le fond mais diligent dans la procédure perd le bénéfice de l'interruption à l'égard des droits sur lesquels il n'a pas été débouté mais

La caractéristique de la procédure n'est donc d'être étrangère aux intérêts des parties mais d'être liée au déroulement de l'instance. Dans *Wightman c. Christensen*, le juge LeBel souligne que la procédure est liée au « système de conduite de l'instance » et que les parties peuvent avoir des intérêts dans celui-ci :

« La demande de cautionnement pour frais en vertu de l'article 65 C.p.c. constitue l'une des étapes possibles de l'instance en cours. Le Code de procédure civile crée un mécanisme par lequel la partie et ses procureurs peuvent protéger leur créance pour frais judiciaires à l'égard d'un demandeur non résident. Elle constitue une partie du système de conduite de l'instance, dont la mise en œuvre peut entraîner la suspension de celle-ci jusqu'à l'exécution de l'obligation préjudicielle du demandeur. Les dispositions sur les qualités de la caution ne forment qu'un élément de cette règle et conservent ainsi la qualification de règle de procédure au sens de l'article 9 »<sup>299</sup>.

Si les parties peuvent avoir des droits procéduraux, le critère pertinent de l'application systématique de la *lex fori* n'est pas forcément celui fondé sur la distinction entre la substance des droits et la procédure.

---

qui découlent de la même source. Pour éviter un tel résultat, on pourrait conclure que la décision sur le fond n'est visée que par l'art. 2896 C.c.Q., seuls les rejets procéduraux faisant l'objet des art. 2894 et 2895 C.c.Q.  
<sup>299</sup> *Wightman c. Christensen*, EYB 1994-28703 (C.A.) [nos soulignements].



### c) *Application de la lex causae à la procédure*

Ce problème semble évoqué dès 1874 par l'Institut de droit international, qui formule le vœu qu'un traité international règle « les formes de la procédure afin [...] [d]e décider quelle est la loi qui régit ces formes dans les cas douteux »<sup>300</sup>. Dans la doctrine moderne, on souligne que la procédure comporte des « contacts nécessaires avec les institutions de droit privé »<sup>301</sup>, de sorte « qu'une part importante du droit procédural relève du droit privé et peut susciter l'apparition de conflit de lois dans l'espace »<sup>302</sup>. On souligne donc qu'« il n'y a aucun empêchement d'ordre théorique à une véritable application d'une norme étrangère de procédure »<sup>303</sup>.

Un exemple de règle procédurale susceptible d'être visée par ce principe est la règle de l'art. 168(3) *C.p.c.* prévoyant « l'arrêt de la poursuite » jusqu'à « l'exécution de quelque obligation préjudicielle ». Les obligations préjudicielles sont des obligations de procédure,

---

<sup>300</sup> Résolution adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Genève – 1874, « Vœu en vue d'éviter les conflits en matière de procédure », (1877) 1 *A.I.D.I.*, p. 125.

<sup>301</sup> Batiffol, *DIP I*, *supra* note 11, p. 442.

<sup>302</sup> François Terré, « Action en justice », dans Phocion Franceskakis, dir., *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1968, n° 4 [nos soulignements]; v. en ce sens Batiffol, *DIP II*, *supra*, note 11, n° 697, p. 528 : « L'application à la procédure de la loi du for se présente ainsi comme une règle de rattachement comparable aux autres et appelant une délimitation de leurs domaines respectifs par le procédé des qualifications, autrement dit comme une règle de conflit de lois [nos soulignements; notes omises] »; *a contrario* : « On peut se demander si, même en tant que critère dans le conflit de lois (option entre loi du for et loi de fond), cette distinction [procédure - substance] est suffisante (la capacité d'ester en justice ne semble, par exemple, pouvoir être classée dans aucun des deux groupes, et tout ce qui est décisoire n'est pas nécessairement substantiel); en tout cas, si l'on veut opposer, comme cela peut paraître judicieux, la « loi de police », s'imposant, sans conflit possible, pour des raisons de « politique juridique », à la règle de conflit exerçant une option, il apparaît que certaines seulement des aspects purement procéduraux peuvent prétendre correspondre aux conditions de la première : la tenue d'une audience fait partie de la structure organique de la Justice; mais on peut concevoir, en soi, qu'une règle de conflit soumette la déposition des témoins aux règles procédurales de la loi qui régit le rapport de droit à établir [nos soulignements] » (Henri Motulsky, « Procédure civile et commerciale », dans Phocion Franceskakis, dir., *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1968, n° 17, p. 650).

<sup>303</sup> Niboyet, *Dogme*, *supra* note 286, p. 368 et 369. Il faut cependant remarquer que ces commentaires sont faits dans le contexte où la règle dont la qualification est remise en cause n'est pas tant liée au règlement du litige qu'à l'objet de celui-ci. Par exemple, l'auteur questionne l'application de la *lex fori* à la preuve ou à l'intérêt à agir, mais ces notions sont plutôt liées au rapport litigieux qu'au déroulement de l'instance. Ainsi, au Québec, la preuve peut être régie par la loi étrangère (art. 3130 *C.c.Q.*), ce qui correspond à une solution admise depuis le Moyen-Âge (Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 589). Quant à l'intérêt à agir, la Cour suprême a relié cette notion au droit substantiel plutôt qu'à la procédure : « Le concept d'intérêt procédural réfère toutefois au droit substantiel. [...] L'existence d'un intérêt à intenter un recours judiciaire dépend de l'existence d'un droit substantiel. [...] Ce caractère de la notion d'intérêt incite ainsi à l'examen du droit substantiel d'où provient le droit d'action exercé » (*Noël c. Société d'énergie de la Baie-James*, [2001] 2 R.C.S. 207, par. 38); v. en ce sens Marie-Laure Niboyet-Hoegy, « De la loi applicable à l'intérêt à agir », [1991] *R.C.D.I.P.* 558.

c'est-à-dire des obligations qui ne sont pas liées au rapport synallagmatique des parties mais au règlement d'un litige à ce sujet. Ainsi, les parties peuvent avoir prévu par contrat des obligations à exécuter en cas de litige (une caution contractuelle par exemple<sup>304</sup>) avant même de savoir – ou en ayant omis de préciser – devant quel tribunal ce litige se règlera.

Ces obligations indépendantes du tribunal saisi ne sont pas pour autant liées aux bénéficiaires que les parties se sont octroyés sur le fond de leur rapport. De tels actes juridiques n'ont pourtant aucune raison d'être assujettis à l'art. 3132 *C.c.Q.* prévoyant l'application de la *lex fori* à la procédure, car ils ont peut-être été conclus dans un but procédural (le règlement d'un litige et le déroulement d'une instance), mais ils sont le fruit de l'autonomie de la volonté. Ce constat pose naturellement la question suivante : l'autonomie de la volonté a-t-elle sa place en matière de procédure?

Plusieurs décisions de la Cour supérieure refusent aux parties le droit de contracter en matière de procédure, au motif que la notion d'obligation préjudicielle prévue à l'art. 168(3) *C.p.c.* ne peut être une obligation contractuelle<sup>305</sup>. Or, ces décisions opposent le caractère préjudiciel d'une obligation à son caractère contractuel en raison d'un passage de l'opinion du juge Jacques de la Cour d'appel dans *Northumberland General Insurance Company c. Genziuk*, lequel se bornait cependant à opposer le caractère préjudiciel non pas au caractère contractuel mais au caractère synallagmatique :

« Il faut distinguer l'obligation préjudicielle, c'est-à-dire celle qui doit être exécutée préalablement à toute action en justice, de l'obligation de chacune des parties dans un rapport synallagmatique, c'est-à-dire l'obligation que l'un doit en contrepartie de celle qui lui est due.

---

<sup>304</sup> Dautre, dans son formulaire sur l'obligation préjudicielle au sens de l'art. 168(3) *C.p.c.*, donne l'exemple d'une caution contractuelle (Gonzalve Dautre, *Les lois de la procédure civile*, vol. 2, Montréal, E. Sénécal, 1869, p. 47, no 112). La caution est précisément qualifiée d'obligation préjudicielle par le juge LeBel dans *Wightman*, *supra* note 299.

<sup>305</sup> *Entreprises Comstock inc. c. Aluminerie de Bécancour inc.*, J.E. 92-1350 (C.S.), p. 5 : « l'obligation préjudicielle ne peut être une obligation contractuelle. Elle doit nécessairement être une obligation de procédure en vue de pouvoir obtenir jugement »; *Montacier inc. c. Danny's Construction Co.*, J.E. 99-1083 (C.S.), p. 7 : « [une] obligation contractuelle [n'est] pas une obligation préjudicielle [...] »; *4089316 Canada inc. c. Tousignant*, B.E. 2003BE-764 (C.S.), par. 13 : « [il faut distinguer] entre l'obligation préjudicielle prévue à l'article 168(3) *C.p.c.* et une obligation qui découle ou résulte d'une relation de nature contractuelle [...] ».

L'obligation préjudicielle suspend le droit d'action tandis que l'obligation synallagmatique inexécutée est un moyen de défense qui permet de faire rejeter l'action »<sup>306</sup>.

On ne doit pourtant pas confondre le caractère synallagmatique d'une obligation avec son caractère contractuel. Le caractère synallagmatique d'une obligation réfère au fait qu'elle est due en contrepartie d'une autre obligation de telle sorte que les deux sont assujetties à l'exception d'inexécution<sup>307</sup>. En revanche, le caractère contractuel d'une obligation est plus large et ne réfère qu'au fait qu'elle est l'objet d'un accord de volonté<sup>308</sup>. Ainsi, il existe des obligations contractuelles qui ne sont pas synallagmatiques, comme lorsque les parties règlent entre elles un litige né ou à naître :

« [L]a transaction est, par nature, un contrat qui a un caractère déclaratif et non synallagmatique. Cela implique que les obligations et droits d'une partie ne sont pas corrélatifs à ceux de l'autre partie et, par conséquent, ne peuvent faire l'objet d'une résolution en raison de l'inexécution des obligations »<sup>309</sup>.

De plus, le juge Jacques ne pensait probablement pas que les obligations préjudicielles ne pouvaient être contractuelles, car il a justifié sa décision en soulignant que la clause contractuelle litigieuse « n'est pas stipulée « préjudicielle » et [qu'on ne peut] l'interpréter ainsi »<sup>310</sup>, tout comme son collègue le juge Bisson, qui était même prêt à reconnaître que non seulement la loi mais aussi « la teneur [du contrat] [imposent] certains engagements qui constituent une obligation préjudicielle »<sup>311</sup>. De toute façon, la Cour d'appel a été depuis plus explicite en reconnaissant l'existence d'une obligation préjudicielle sur la base de « la convention des parties »<sup>312</sup>, comme l'a été la juge Rayle, alors qu'elle était à la Cour

---

<sup>306</sup> *Northumberland General Insurance Company c. Genziuk*, [1981] C.A. 357, p. 360.

<sup>307</sup> Art. 1591 C.c.Q.

<sup>308</sup> Art. 1378 C.c.Q.

<sup>309</sup> *Betanzos c. Premium Sound 'N' Picture inc.*, 2007 QCCA 1629, par. 14 [nos soulignements], citant *Supreme Precision Castings (1963) Ltd c. Parker Industries Ltd*, J.E. 85-967, p. 7 de l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé : « Une transaction n'est pas, en règle générale, susceptible de résolution pour inexécution de ses clauses par l'une des parties, vu le caractère déclaratif de la transaction (Roch et Paré, Traité de droit civil, Tome XIII, p. 553) ».

<sup>310</sup> *Northumberland*, supra note 306, p. 359.

<sup>311</sup> *Id.*, p. 359.

<sup>312</sup> *Marfoglia c. 152701 Canada inc.*, [1991] J.Q. no 487 (C.A.).

supérieure, en affirmant « qu'en certaines circonstances, les parties peuvent *convenir* de s'imposer une obligation préjudicielle »<sup>313</sup>.

On peut donc affirmer que les parties peuvent prévoir par contrats des obligations qui ne sont pas synallagmatiques mais préjudicielles, en ce sens qu'elles visent non pas le rapport de contrepartie litigieux mais le règlement du litige à ce sujet. Puisque ce droit contractuel émane d'un acte juridique, il n'a pas de raison d'être assujéti à l'art. 3132 *C.c.Q.* et la *lex causae* devrait pouvoir lui être appliqué régulièrement comme les autres droits contractuels.

Cette réflexion sur la possibilité de contracter en matière de procédure nous amène naturellement à l'obligation de procédure la plus connue, la convention d'arbitrage.

Avant l'admission de la validité de la clause compromissoire parfaite par la Cour suprême dans l'affaire *Zodiak International c. Polish People's Republic* au motif que l'art. 951 *C.p.c.* la consacrait<sup>314</sup>, la Cour d'appel avait admis la validité de la clause d'arbitrage préalable et avait ordonné de surseoir en vertu de l'art. 168 *C.p.c.* à une action intentée en dépit de cette clause<sup>315</sup>. Selon un commentateur de cette affaire, non seulement la clause compromissoire préalable mais aussi la clause compromissoire parfaite étaient valides en vertu de l'art. 168(3) *C.p.c.* en tant qu'obligation préjudicielle :

« Il reste un autre argument [en faveur de la validité de la clause compromissoire]. Il est clair que le compromis et, *majore ad minus* la clause compromissoire, est valide comme obligation au sens de l'art. 168 (3) C.P.. Il serait ici illogique de suivre l'argumentation contraire, c'est-à-dire d'appliquer l'art. 68 à l'art. 951 C.P. : d'une part on renverrait alors les parties à leur compromis, c'est-à-dire à la procédure arbitrale parce que le compromis forme « l'obligation préjudicielle » (art. 168 (3) C.P.) et d'autre part on les accueillerait devant la juridiction étatique si l'un des deux invoquait l'art. 68 C.P. »<sup>316</sup>.

La Cour suprême n'aborde pas cette question dans l'affaire *Zodiak*, dont l'intérêt est limité depuis l'adoption des dispositions spécifiques des articles 2638 à 2643 *C.c.Q.* qui consacrent la convention d'arbitrage tant avant qu'après la naissance d'un litige et de l'art.

---

<sup>313</sup> *Bekri c. Cordeiro*, 2002BE-176 (C.S.), par. 7 [italiques dans le texte].

<sup>314</sup> *Zodiak International c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, p. 537 à 542.

<sup>315</sup> *Syl-ester Wood Products Corporation Limited c. Doyon*, [1972] C.A. 677, p. 681.

<sup>316</sup> Wieland Sareika, « La clause compromissoire et l'article 68 du Code de procédure civile », [1977] 37 *R. du B.* 244, p. 252 [nos soulignements; note omise].

940.1 *C.p.c.* qui prévoit que le tribunal, devant une convention d'arbitrage applicable, « renvoie les parties à l'arbitrage »<sup>317</sup>. Toutefois, la Cour suprême cite, dans son analyse de l'art. 951 *C.p.c.* qui disposait alors que « [l]a clause compromissoire doit être constatée par écrit », un extrait du rapport des Commissaires chargés de rédiger le nouveau *Code de procédure civile* dans lequel on peut lire que « [l]a validité de cette clause, il est vrai, soulève un problème, – qui n'est pas de procédure, mais de droit substantif [...] »<sup>318</sup>. Plus loin, la Cour se demande si la nature du renvoi à l'arbitrage est *rationae personae* ou *rationae materiae* et en vient à la conclusion que c'est de cette dernière incompétence dont il s'agit car « [a]utrement une partie non satisfaite de la sentence arbitrale pourrait [...] ignorer la clause compromissoire [...] s'il arrivait que la partie adverse ne présente pas une exception déclinatoire dans les cinq jours »<sup>319</sup>.

Ce problème était connu du législateur lors de l'adoption du nouveau code. Dans ses commentaires de l'art. 3121 *C.c.Q.* portant sur la loi applicable à la convention d'arbitrage est adopté, le ministre affirme :

« L'article, de droit nouveau, confirme la qualification contractuelle de la convention d'arbitrage ; le titre II du Livre cinquième l'envisage d'ailleurs comme un contrat nommé.

La qualification de la convention d'arbitrage a longtemps été l'objet de controverses dans notre droit. Certains jugements ont en effet considéré la convention comme une question de procédure et l'ont soumise par conséquent à la loi québécoise laquelle, jusqu'en 1965, l'invalidait pour cause de contrariété avec l'ordre public.

Depuis, la législation de 1986, inspirée de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrale étrangères, a été adoptée. Cette convention a contribué à établir le caractère contractuel de la convention d'arbitrage »<sup>320</sup>.

---

<sup>317</sup> Selon Kathleen Delaney-Beausoleil, « Des arbitrages », *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4<sup>e</sup> éd., 2003, EYB2003PPC85, par. 15 : « [l]a clause compromissoire imparfaite n'est maintenant pas prohibée, mais aucune disposition législative n'en traite spécifiquement. La jurisprudence semble prendre pour acquis que seule la clause parfaite est sujette aux articles 940 et suivants *C.p.c.* [notes omises] ».

<sup>318</sup> *Zodiak*, *supra* note 314, p. 537 [nos soulignements].

<sup>319</sup> *Id.*, p. 551.

<sup>320</sup> *Commentaires du ministre*, *supra* note 2, art. 3121.

Selon Goldstein, le but de cet article était d'écarter la qualification procédurale retenue par la Cour suprême pour invalider la clause compromissoire dans l'arrêt *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, où on lit :

« Such an agreement to arbitrate any dispute that may arise pertains, as do agreements to arbitrate pending or impending disputes, to the law of remedies or procedure. The object of the clause is not to modify the rights of the parties under the charterparty but to enforce them and how a right might be enforced is a matter of procedure. Procedure is governed by the *lex fori* [...] »<sup>321</sup>.

Il nous semble, au contraire, que la convention d'arbitrage est le parfait exemple d'une obligation contractuelle de procédure qui n'est pas régie par la *lex fori*. La qualification procédurale de la convention d'arbitrage est évidemment malaisée si l'on estime que cela emporte nécessairement l'application de la *lex fori*, mais cette qualification est en revanche tout à fait naturelle si la question de la loi applicable n'y est pas inextricablement liée. D'ailleurs, même depuis l'adoption de l'art. 3121 *C.c.Q.*, la Cour d'appel estime que la convention d'arbitrage est procédurale au sens où elle met un terme au litige devant le tribunal saisi en contravention de ses termes, sans pour autant mettre un terme au litige entre les parties<sup>322</sup>, ce qui correspond à la même qualification que la clause d'élection de for<sup>323</sup>.

Le juge Jacques, dans l'affaire *Northumberland*, discute de la nature de l'arbitrage autorisé par l'art. 2587 *C.c.B.-C.* et remarque : « [à] titre de comparaison, on peut lire l'article 2587 C.C. qui prévoit la validité d'une clause compromissoire dans certains cas et qui pourrait constituer une obligation préjudicielle »<sup>324</sup>. Plus récemment, dans *Pagé c. Kamar*, la Cour d'appel devait se prononcer sur le rejet d'une action intentée contre le distributeur et l'auteur d'un disque dont la demanderesse revendiquait le droit d'auteur<sup>325</sup>. La Cour supérieure a renvoyé à l'arbitrage celle-ci et l'auteur en raison de la clause compromissoire

---

<sup>321</sup> *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144, p. 149 et 150; v. Goldstein, *DIP II*, *supra* note 10, p. 673 : « Cette qualification réglée, la clause compromissoire a pu être traitée comme un contrat et même un contrat autonome ».

<sup>322</sup> *Centre universitaire de santé de l'Estrie c. Informatique Rodan inc.*, [2000] R.J.Q. 1702 (C.A.), par. 34 à 38 et 45, dans le contexte de l'assujettissement du rejet pour cause d'incompétence découlant de la convention d'arbitrage à la disposition du *Tarif* octroyant des dépens supplémentaires après un jugement sur le fond.

<sup>323</sup> *Barka*, *supra* note 295.

<sup>324</sup> *Northumberland*, *supra* note 306, p. 360.

<sup>325</sup> *Pagé c. Kamar*, 2009 QCCA 1728.

contenue au contrat par lequel le droit d'auteur lui avait été cédé et a rejeté l'action contre le distributeur, mais la Cour d'appel a cassé le rejet contre le distributeur au motif que cette action devait être seulement suspendue jusqu'à ce que le litige concernant la validité de la cession du droit d'auteur soit tranché :

« À l'égard de cette dernière, le renvoi à l'arbitrage constitue de la part de l'appelante l'exécution d'une obligation préjudicielle que Warner était en droit d'exiger en vertu du paragraphe 3 de l'article 168 *C.p.c.* »<sup>326</sup>.

Un doute sur la qualification procédurale de la convention d'arbitrage semble s'élever à la lecture de l'arrêt *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, dont le résumé affirme que la Cour suprême a décidé que l'autonomie de la volonté est une « règle substantive fondamentale » ayant préséance sur la « règle procédurale supplétive » attribuant compétence aux tribunaux québécois pour juger les demandes incidentes ou reconventionnelles<sup>327</sup>. Or, cette qualification ne se retrouve pas dans les motifs du jugement, lequel se borne à établir la « hiérarchie des règles pertinentes » dans un contexte où la règle attribuant compétence pour décider d'une demande en garantie s'oppose à l'incompétence découlant d'une convention d'arbitrage<sup>328</sup>. Il est vrai que le juge LeBel explique la règle de la compétence accessoire de l'art. 3139 *C.c.Q.* par des « considérations procédurales »<sup>329</sup> et qu'il oppose cette règle à l'autonomie de la volonté en la qualifiant de « procédurale »<sup>330</sup>, mais il faut bien voir qu'il utilise ce qualificatif dans le seul but d'opposer le caractère impératif de l'autonomie de la volonté au caractère facultatif de la règle octroyant compétence sur la demande en garantie<sup>331</sup>. D'ailleurs, le juge LeBel n'utilise pas les termes « substantielle » ou « substantive » pour décrire la convention d'arbitrage dans ses motifs et il se borne à rattacher l'autonomie de la volonté aux

---

<sup>326</sup> *Id.*, par. 9 [notes omises].

<sup>327</sup> *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401.

<sup>328</sup> *Id.*, par. 18.

<sup>329</sup> *Id.*, par. 30 et 51.

<sup>330</sup> *Id.*, par. 43 et 45.

<sup>331</sup> *Id.*, par. 37 : « [L'art. 3139 *C.c.Q.*] ne révèle aucune intention de la part du législateur de lui attribuer un caractère impératif ou visant à limiter l'autonomie de la volonté des parties. Sa nature confirme d'ailleurs sa portée limitée. L'article 3139 *C.c.Q.* constitue une disposition facultative à caractère procédural dont les principes sous-jacents doivent être remis en perspective face à l'existence des principes fondamentaux du droit international privé que sont l'autonomie de la volonté des parties et la sécurité juridique des transactions internationales »

« principes fondamentaux du droit international privé », sans qualifier selon la distinction entre la substance des droits et la procédure<sup>332</sup>.

Ces développements illustrent que la notion de procédure est liée au règlement d'un litige et que ce règlement peut concerner tant le fonctionnement du tribunal que les droits des parties dans le déroulement de ce règlement. La simple qualification procédurale n'a peut-être donc pas la vocation que l'art. 3132 *C.c.Q.* semble lui donner : le « principe universellement reconnu »<sup>333</sup> pourrait devoir, en certaines circonstances, céder sa place aux « principes fondamentaux du droit international privé que sont l'autonomie de la volonté des parties et la sécurité juridique des transactions internationales »<sup>334</sup>. Selon cette hiérarchisation, il existe des règles de procédure qui ne sont pas régies par la *lex fori* car elles font l'objet d'un acte juridique<sup>335</sup>. En d'autres termes, la notion de procédure pourrait ne pas être entièrement assujettie à l'art. 3132 *C.c.Q.*, ce qui pourrait signifier, voilà notre problème, que la prescription peut être procédurale malgré l'art. 3131 *C.c.Q.*

Ce constat, que l'opinion des auteurs adoptant la conception procédurale de la prescription en droit québécois malgré l'art. 3131 *C.c.Q.* semble justifier, témoigne de l'importance de déterminer avec plus de précision l'objet de la prescription.

---

<sup>332</sup> *Ibid.*

<sup>333</sup> *Commentaires du ministre, supra* note 2, art. 3132.

<sup>334</sup> *GreCon, supra* note 327, par. 37.

<sup>335</sup> La qualification procédurale se limite cependant aux conflits de lois et n'est pas pertinente au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Par exemple, dans *McKinnon c. Polisuk*, 2009 QCCS 5778, la juge Borenstein a qualifié de « loi d'application immédiate » la règle québécoise interdisant l'octroi des honoraires extrajudiciaires en l'absence d'un abus de procédure afin de refuser d'exécuter une décision étrangère. Goldstein critique cette décision au motif que la simple qualification procédurale de l'octroi des honoraires extrajudiciaires dans ce contexte justifiait l'exclusion de la loi étrangère « sans aucune nécessité de faire appel [...] à [la] méthode exceptionnelle de résolution des conflits de lois [que constitue la loi d'application immédiate codifiée à l'art. 3076 C.c.Q.] » (Goldstein, *Commentaires, supra* note 10, art. 3132, par. 555). Or, si une loi d'application immédiate peut effectivement empêcher une demande de reconnaissance et d'exécution (« Les règles du présent livre s'appliquent sous réserve [des lois d'application immédiate] » (art. 3076 C.c.Q.)), ce n'est assurément pas le cas de la simple qualification procédurale de la loi appliquée par la décision étrangère (l'art. 3157 interdisant d'ailleurs de refuser la reconnaissance au motif que le tribunal étranger a appliqué une loi différente de celle qu'aurait appliqué le tribunal québécois). Si la critique de Goldstein est fondée, cela signifie que des dépens accordés par un tribunal étranger ne peuvent jamais être exécutés au Québec autrement qu'en conformité avec les *Tarifs, supra* note 295. Il semble pourtant que des dépens qui ne heurtent ni l'ordre public international ni les lois d'application immédiate devraient pouvoir être exécutés au Québec. La règle relevée par la juge Borenstein pourrait cependant ne pas s'appliquer en matière d'arbitrage, où il n'est pas exceptionnel que la partie défaillante soit condamnée à payer les honoraires d'avocats de la partie victorieuse.



### 3. Distinction entre le droit et l'action

L'objet de la prescription dépend, nous l'avons vu, d'une controverse célèbre qu'il convient à présent d'analyser plus en détail. Le débat oppose deux séries de concepts : d'une part la distinction entre la substance des droits et la procédure, et d'autre part la distinction entre le droit et l'action. Comme nous le verrons, le problème vient en grande partie du fait que ces deux séries de concepts ne sont synonymes qu'à la condition d'en changer les termes, car le droit et l'action au sens de la controverse sur l'effet de la prescription sont normativement identiques.

La doctrine pose le problème dans les termes suivants :

« Deux conceptions de la prescription s'opposent. Pour les uns, la prescription éteint seulement l'action en justice, et non le droit lui-même du créancier. Selon cette thèse, dite « processualiste », la prescription serait un moyen de procédure privant le créancier du droit de poursuivre le débiteur. Pour les autres, c'est non seulement l'action en justice, mais aussi le droit qui est éteint par la prescription : c'est la thèse dite « substantialiste » »<sup>336</sup>.

Dans ce débat, la thèse « processualiste » se demande si la prescription n'affecte que l'action en justice tout en laissant subsister l'obligation elle-même :

« Des principes ainsi posés [que le juge ne peut suppléer d'office la prescription et qu'il soit possible d'y renoncer], une partie de la doctrine déduit une conséquence importante concernant la nature de la prescription. Celle-ci *n'est pas*, dit-on, *un véritable mode d'extinction* des obligations. C'est une institution purement procédurale, qui n'atteint que l'action en justice, en laissant subsister l'obligation elle-même »<sup>337</sup>.

Mais en formulant ainsi les termes du débat, le droit et l'action sont conçus comme étant deux aspects d'une même chose. Par exemple, Carbonnier estime que la prescription éteint l'action dont est « muni » le droit : « Il est traditionnellement admis que c'est non pas la

---

<sup>336</sup> François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Les obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 1414 [nos soulignements].

<sup>337</sup> Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligations*, 6<sup>ème</sup> éd. Par Éric Savaux, Paris, Sirey, 2009, p. 434 [italiques dans le texte; nos soulignements].

créance elle-même qui est éteinte, mais l'action en justice dont elle était munie »<sup>338</sup>. Cette approche conçoit l'action comme étant la conséquence du droit réclamé, son prolongement coercitif, en d'autres termes l'attribut d'exécution de l'obligation prévu à l'art. 1590 *C.c.Q.*, l'absence duquel ne laisse qu'une obligation naturelle :

« L'obligation naturelle ne confère donc pas à son créancier un *droit d'action* pour en exiger l'accomplissement. Certes, cette obligation est néanmoins juridique, puisque le droit civil lui reconnaît une conséquence, celle d'accorder au créancier un *moyen de défense*, au cas où le débiteur exigerait le remboursement du paiement, pourtant volontairement accompli »<sup>339</sup>.

Selon cette conception de l'action, il y a équivalence normative entre l'action et le droit d'exiger l'exécution d'une obligation :

« Ce pouvoir que possède une personne investie d'un droit d'obtenir du juge, contre une autre personne, la protection d'un droit contesté ou violé ou le respect du droit, au moyen de l'application de la loi, s'appelle le droit d'action en justice. C'est une faculté, personne n'est tenue de l'exercer, une faculté attachée à tout droit, sauf quelques rares exceptions, la répétition à l'égard des obligations naturelles, art. 1140 C.C., le recouvrement des dettes de jeu, art. 1927 C.C. »<sup>340</sup>.

Cette conception existe aussi en droit romain et en droit anglais :

« Le deuxième problème que soulève la prescription libératoire est celui de son effet [le premier étant celui de son caractère juste ou injuste]. On dit souvent que la prescription libératoire éteint l'obligation, ce qui est contesté; on s'est demandé si c'était bien l'obligation que la prescription éteignait ou si ce n'était pas plutôt l'action en justice. Comme autrefois Rome, la common law d'Angleterre voit dans la prescription une institution de procédure, qui laisse subsister l'obligation et se borne à mettre un obstacle à l'exercice de l'action. Le choix entre les deux conceptions a des conséquences en droit international privé. En général, les droits continentaux estiment que la prescription touche au fond du droit. Cependant, la

---

<sup>338</sup> Jean Carbonnier, *Droit civil, 4 / Les Obligations*, Paris, P.U.F., 1979, p. 552 [nos soulignements]; v. la doctrine québécoise en ce sens *supra* note 265.

<sup>339</sup> Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Montréal, Thémis, 2013, p. 20. Ce passage, en particulier les termes « *droit d'action* », était absent de l'édition précédente : v. Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006, p. 14 et suivantes.

<sup>340</sup> Philippe Ferland, *Traité sommaire et formulaire de procédure civile*, Wilson et Lafleur, 1962, p. 2 [nos soulignements].

prescription laisse subsister une obligation naturelle, ce qui relève plutôt de l'analyse procédurale de la *common law* »<sup>341</sup>.

L'idée selon laquelle la prescription « procédurale » ou « processuelle » (expression synonyme dans ce contexte<sup>342</sup>) décompose le lien entre les parties pour éteindre la portion « action » et n'en laisser subsister que la portion « droit » implique une conception de l'action spécifique au droit, en ce sens que leur contenu normatif est identique [a]. Or, une telle conception se heurte à la conception plus générale de l'action selon laquelle celle-ci n'est pas le prolongement coercitif du droit mais un droit distinct dont l'existence ne dispose pas du fond du litige mais permet d'être entendu sur celui-ci [b]. Cette définition de l'action formulée à partir de la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> siècle par la doctrine processualiste distingue encore plus radicalement l'existence des bénéficiaires que les parties se doivent entre elles du droit de saisir le tribunal au sujet de ces bénéficiaires, mais elle demeure rattachée normativement au fond du litige par la notion de fin de non-recevoir, qui est une institution substantielle [c]. De fait, l'idée que la fin de non-recevoir soit à ce point distincte du droit auquel elle s'oppose n'est pas liée à la distinction entre la substance des droits et la procédure mais à la distinction entre le droit civil et le droit naturel [d].

---

<sup>341</sup> Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Éditions juridiques associées, 2005, p. 662 [nos soulignements].

<sup>342</sup> *Contra* Julie McCann, *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 25, qui estime que ces expressions doivent être distinguées lorsqu'on parle de l'effet de la prescription : « Définir l'objet de la procédure est essentiel puisque l'on assimile souvent les expressions « procédural » et « processuel » ; si l'on qualifie la prescription extinctive d'institution procédurale, il s'agit d'une simple règle de procédure alors que si elle est plutôt processuelle, cela implique que son objet doit avoir un contenu distinct [nos soulignements] ». Selon l'auteur, l'art. 3131 *C.c.Q.* ne suffit pas à faire de la prescription une institution de droit substantiel puisque « le droit processuel a pour objet autre chose que le droit purement procédural » (*ibid.*). Or, ces termes ne sont différents que par la perspective qu'ils ont du même objet : le droit processuel étudie la procédure (Guinchard, *Procédure civile*, *supra* note 293, p. 9 : « L'expression droit processuel [englobe] la branche du droit qui regroupe sur le plan scientifique et pratique, les divers aspects de la procédure » ; Serge Guinchard, dir., *Droit processuel*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 4 et 5 : « Le droit processuel [...] c'est le droit du procès [...] envisagé comme la science de la procédure [...] » ; Loïc Cadiet, « Carbonnier processualiste », *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard – Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, 2010, p. 190 : « le droit processuel est le droit du procès »). Pour une utilisation de l'expression « droit processuel » dans le contexte du droit québécois, v. Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *R.D. McGill* 273, p. 275 : « Le droit processuel est-il culturel? La procédure, après tout, est une affaire de spécialistes, au premier chef les juges et les avocats, qui la gèrent dans une perspective éminemment pragmatique [note omise] ». La différence entre ces termes n'est donc pas normative mais contextuelle, en ce sens que l'on peut associer le qualificatif « procédural » aux règles particulières et « processuel » à la vision plus large de l'étude critique et comparative de la procédure.



### a) *Action spécifique*

L'action du droit romain est née vraisemblablement avant même que l'idée d'obligation n'ait été formulée<sup>343</sup>. Dans le système de la procédure formulaire de l'époque classique, l'*actio* désigne l'un ou l'autre des recours apparaissant à l'Édit du préteur qu'un demandeur peut exercer. Ce document affiché publiquement par le préteur lors de son entrée en fonction expose les termes à employer pour exercer une action prévue par la loi, en plus de la liste des actions qu'il entend accorder en vertu de son *imperium* pour combler les lacunes de la loi<sup>344</sup>. L'action est alors le droit octroyé par le préteur pour saisir un juge et obtenir de lui une décision conforme à la formule<sup>345</sup>. Lorsque le système de la procédure formulaire est graduellement aboli par la réunion des fonctions *in jure* et *in iudicium* en un seul magistrat sous le système de la procédure extraordinaire<sup>346</sup>, l'action garde son sens primitif, à savoir que « [l]'action n'est autre chose que le droit poursuivre en jugement ce qui nous est dû »<sup>347</sup>.

Une telle définition implique une identité normative entre « ce qui nous est dû » (le droit) et le « droit de poursuivre » (l'action)<sup>348</sup>. Celle-ci se révèle notamment en relation avec la

---

<sup>343</sup> Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 256. Au 5<sup>ème</sup> siècle av. J.-C., des législateurs romains entrent en contact avec des juristes grecs pour rédiger la loi des XII Tables, l'instrument sur lequel sera fondé le système dit des Actions de la loi (Paul Frédéric Girard, *Manuel Élémentaire de droit romain*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 24 et 25). On ne connaît que peu de choses de ce système dont Gaïus dit qu'il fut aboli en raison de sa rigueur (M. L. Domenget, *Institutes de Gaïus*, Paris, A. Marescq, 1866, commentaire 4, §30, p. 494; v. en ce sens Girard, *id.*, p. 995), mais on sait que la *legis actio*, dans ce système, consiste en une suite précise de mots et de gestes issus de la coutume et codifiés par la loi des XII Tables au terme desquels un magistrat – généralement le préteur – autorise la tenue d'un procès devant un juge qu'il désigne. (Girard, *id.*, p. 971 et suivantes, où l'auteur remarque, p. 973, note 1, qu'un système semblable existait dans l'ancienne procédure orale française où l'effet de l'action était subordonné à la prononciation régulière de mot précis « sans interruption ni variante des discours arrêtés »).

<sup>344</sup> Girard, *id.*, p. 38 à 40. L'instance est organisée en deux phases : la phase *in jure* devant le préteur, au terme de laquelle celui-ci délivre une formule constituée de la ou les questions litigieuses que le juge doit trancher, et la phase *in iudicium* devant le juge (*id.*, p. 972, 973, 979 et 996). De plus, la formule contient la *litis contestatio*, sorte de « liaison du procès » qui éteint le droit réclamé (d'où le fait qu'on ne peut réclamer un droit qu'une seule fois) et le transforme en un droit d'obtenir du juge une condamnation pécuniaire tant que l'instance n'est pas périmée (*id.*, p. 977, 978 et 1010 à 1013).

<sup>345</sup> Calixte Accarias, *Précis de droit romain, tome second*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, A. Cotillon et cie., 1881, p. 805.

<sup>346</sup> Faisant dire à Michel Morin, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004, p. 72, que la procédure civile prend à cette époque « une forme similaire à celle qu'on lui connaît aujourd'hui ».

<sup>347</sup> Henri Hulot et M. Berthelot, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Paris, Rondonneau, 1804, tome 6, livre 46, titre 7, n° 51, p. 614 [nos soulignements].

<sup>348</sup> Le titre « Des obligations et des actions » du *Digeste* le dit d'ailleurs en toutes lettres : « La nature des obligations [...] consiste [...] à obliger quelqu'un [...] » (*Digeste, id.*, livre 44, titre 7, n° 3, p. 599), et

prescription : « Dans toutes les actions qui doivent être intentées dans un certain terme, l'obligation n'est finie que lorsque le dernier jour est entièrement écoulé »<sup>349</sup>. En outre, les actions émanant de la loi étaient censées être perpétuelles sur la base du principe voulant qu'il était interdit de mettre un terme à une stipulation de droit civil<sup>350</sup>, et les actions du préteur étaient censées ne durer qu'un an car son mandat, qui en était la source, durait ce temps<sup>351</sup>. Selon Accarias, l'action en droit romain est normativement identique au droit réclamé : « l'action ne diffère pas beaucoup du droit qui lui sert de base [note de bas de page : L'identité est même complète en ce sens que l'action et le droit lui-même ne comptent jamais dans notre patrimoine pour deux valeurs distinctes] »<sup>352</sup>.

---

« L'action personnelle est celle que nous intentons contre celui qui est obligé [...] » (*id.*, n° 25, p. 607). Par ailleurs, dans les *Institutes* de Justinien, on lit : « Le droit que nous suivons se rapporte tout entier ou aux personnes, ou aux choses, ou aux actions » (A. M. du Caurroy, *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Gustave Thorel, 1851, tome premier, livre 1, titre 3, p. 43). Paraphrasant ce passage, Gaudemet décrit l'action comme « les liens que la vie sociale établit entre [les sujets] » (Gaudemet, *Droit romain*, *supra* note 343, p. 2)

<sup>349</sup> *Digeste*, *supra* note 347, livre 44, titre 7, n° 6, p. 602.

<sup>350</sup> Paul Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, tome 2, Paris, Sirey, 1929, p. 310 : « Les obligations reipersécutoires peuvent-elles s'éteindre par la seule expiration d'un certain laps de temps? L'ancien droit répondait : non : « *ad tempus deberi non potest* ». Les obligations civiles sont perpétuelles »; v. en ce sens *Institutes*, *supra* note 348, tome 2, livre 3, titre 15, n° 3, p. 124 : « Lorsqu'on stipule de cette manière : « Vous promettez de me donner dix par an tant que je vivrai », l'obligation est pure et simple, et perpétuelle, parce qu'on ne peut pas devoir temporairement [« *quia ad tempus deberi non potest* »]; toutefois, la demande formée par l'héritier sera repoussée par l'exception du pacte ». Selon Joseph-Louis-Elzéar Ortolan, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, tome troisième, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Henri Plon, 1870, p. 160 : « [c]ette règle un peu subtile, qu'il ne faut pas généraliser pour toutes les espèces de contrats, mais qui se limite aux créances unilatérales de droit strict, était fondée sur ce que, selon les principes romains, une fois le lien de droit établi, il subsiste jusqu'à ce qu'il soit intervenu un acte ou un fait juridiquement reconnu comme moyen de le délier, comme moyen de *solution*; or le simple écoulement de temps ne saurait produire ce résultat. [...] Mais comme cette conséquence du droit strict est inique, le préteur lui donnera, pour se défendre contre l'action du stipulant, une exception, soit l'exception de dol (*doli mali*), soit celle résultant de la convention (*pacti conventi*) ». En d'autres termes, l'action de la loi n'était perpétuelle que dans le sens où son interruption dépendait de l'octroi d'une exception au moyen de l'*imperium* du préteur. La perpétuité existait donc dans la loi, mais pas dans le droit.

<sup>351</sup> Girard, *Manuel*, *supra* note 343, p. 729 : « L'action venant du préteur devait d'abord, comme le *judicium imperio continens* [l'instance contenue dans l'*imperium*, v. *infra* note 432 *in fine*], finir avec ses pouvoirs. Mais, quand le préteur suivant la promettait dans son édit, il a dû facilement permettre à ceux qui l'avaient acquise au cours des pouvoirs de son prédécesseur de l'exercer pendant le reste de leur année sous sa propre magistrature, et il n'a fallu qu'un pas de plus pour faire partir cette année du jour où ils avaient eu l'*experiundi potestas* »; v. en ce sens Huvelin, *id.*, p. 310 : « Il parut, sans doute, gênant de limiter la durée de ces obligations prétorienne à la sortie de charge de chaque préteur, car, suivant les cas, la durée de ces obligations, et le délai pendant lequel on pouvait agir étaient des plus variables. On en vint à donner, dans tous les cas, le délai maximum, le délai d'une année. [...] Ainsi, en droit classique, on en était arrivé à ce résultat : les actions civiles (reipersécutoires) étaient perpétuelles; les actions prétorienne duraient une année utile ».

<sup>352</sup> Accarias, *Précis*, *supra* note 345, p. 803 et 804 [nos soulignements].

L'identité normative entre le droit et l'action en droit romain opère la confusion de la substance des droits et de la procédure d'une double manière. D'une part, l'action est le droit de saisir le tribunal tout en étant le droit d'obtenir ce qui est dû, de sorte que ces trois concepts sont en définitive identiques<sup>353</sup>. D'autre part, ce qui est dû se confond avec le pouvoir du magistrat d'ordonner la tenue d'un procès devant le juge de même qu'avec le mandat confié à celui-ci par la délivrance de la formule, de sorte que l'action et le droit se confondent également avec ce qu'on appellerait aujourd'hui la compétence, c'est-à-dire la règle attribuant au décideur le pouvoir juridictionnel.

Selon Kahn-Freund, le système romain peut s'expliquer par le faible niveau d'abstraction du mandat juridictionnel confié au juge, en ce sens que son pouvoir n'est pas de juger des droits mais d'appliquer une procédure. Pour cet auteur, le système romain des *actiones* ressemble au système anglais du bref introductoire d'instance (*writ*) :

« In the past the judicial mandate to enforce rights was formulated at a very low level of abstraction, exemplified by the Roman system of *actiones* or the English system of writs : the judge can declare and enforce only such rights as protected by a limited catalogue of remedies each of which sets in motion a different procedure. He has a mandate to give redress for the breach of specifically defined promises, but not for "breach of contract", for specific wrongs, but not for "delict", for specific deprivation of benefit, but not for unjust enrichment, just as today the mandate of a criminal court is to punish specific crimes, not "crime" in the abstract »<sup>354</sup>.

En effet, la mission juridictionnelle confiée aux juges de ces systèmes est limitée au catalogue d'actions prévu par le droit qu'ils sont chargés d'appliquer. Par exemple, Blackstone parle ainsi de la responsabilité délictuelle :

---

<sup>353</sup> À telle enseigne d'ailleurs qu'il peut arriver que celui qui réclame plus que ce qui lui est dû soit puni par le rejet de sa cause au moyen de la « plus-petitio », c'est-à-dire la perte du procès en raison non pas de l'inexistence de son droit mais de l'inadéquation de celui-ci avec la formule délivrée par le préteur (Girard, *Manuel*, supra note 343, p. 707); v. en ce sens Johan Nikolai Madvig, *L'état romain : sa constitution et son administration*, traduit par Charles Morel, tome troisième, Paris, F. Vieweg, 1883, p. 269 : « C'était l'affaire du demandeur de choisir le genre d'*actio* qui était applicable à son cas, sinon il risquait de perdre son procès comme ne rentrant pas dans l'espèce visée par la plainte, et sous ce rapport la procédure romaine était très sévère (*causa cadere*, dans Cicéron, Gaius, etc.; *formula cadere* dans Quintilien); de même, lorsqu'il plaidait une cause *in incertum*, il devait se garder de réclamer une somme trop élevée (*plus petere*), ce qui entraînait de graves conséquences, le juge, lié par la *formula*, n'étant pas autorisé à réduire le chiffre de la demande ou à la diviser en plusieurs parties pour les résoudre séparément ».

<sup>354</sup> Otto Kahn-Freund, « General Problems of Private International Law », [1974] 143 *R.C.A.D.I.* 139, p. 352 et suivantes [nos soulignements].

« When a person hath received an injury [...], he is to consider what redress the law has given for that injury; and thereupon is to make application or suit to the crown, the fountain of all justice, for that particular specific remedy which he is determined or advised to pursue. As, for money due on bond, an action of *debt*, for goods detained without force, an action of *detinue* or *trover*; or, if taken with force, an action of *trespass vi et armis*; or, to try the title of lands, a *writ of entry* or action of trespass in *ejectment*; or, for any consequential injury received, a special action *on the case* »<sup>355</sup>.

Pour Laycock, qui analyse l'histoire de la notion de *remedy*, Blackstone et la jurisprudence américaine du début du XIX<sup>ème</sup> siècle formulent l'idée que celle-ci (la notion de *remedy*) doit servir à corriger la violation d'un droit substantiel, mais ils ne formulent pas l'idée moderne selon laquelle le *remedy* est l'une des étapes du procès, en raison de la confusion entre les éléments substantiels et procéduraux de celui-ci :

« That distinction [of the remedy as a distinct phase of the lawsuit] could not easily emerge under the writ system, in which jurisdiction, procedure, cause of action, substantive law, and remedy were all tied together in each writ. Blackstone implicitly equated remedies with writs; choosing what "remedy" pursue meant choosing the appropriate writ »<sup>356</sup>.

Même encore aujourd'hui<sup>357</sup>, des auteurs expliquent que la notion de *remedy* est une notion de procédure en affirmant que le système anglais distingue « between substance and procedure, between right and remedy »<sup>358</sup>. Mais si le *remedy* est qualifié de procédural, alors le système est question ne distingue pas concrètement entre la procédure et la substance des droits, car le *right* et le *remedy* ont un contenu normatif identique.

Par exemple, Smith analyse la différence qui existe, dans le droit de l'enrichissement injustifié, entre les règles qui visent le droit des parties d'obtenir la répétition de l'indû et celles qui visent le pouvoir des tribunaux d'ordonner cette répétition; il se demande : « What is unclear about the relationship between these two categories is whether the second

---

<sup>355</sup> William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, tome 3, 7<sup>ème</sup> éd., Oxford, Clarendon, 1775, p. 272 et 273 [nos soulignements].

<sup>356</sup> Laycock, *Remedies*, *supra* note 197, p. 169 et 170 [nos soulignements].

<sup>357</sup> Alors que les systèmes de *common law* ont aboli le *writ* entre le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle et le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle : *id.*, p. 171.

<sup>358</sup> James Fawcett, Janeen Carruthers et Peter North, *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law*, 14<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 75.



category adds anything substantive to the first category »<sup>359</sup>. Au terme de son analyse, il conclut que les tribunaux « would be acting inconsistently – and normatively wrongly » en assignant un contenu différent à ces règles, car celles-ci ne sont, en définitive, appliquées qu'en réponse à la manière dont la demande a été formulée et non en raison de leur portée<sup>360</sup>. Selon lui, la règle de la répétition de l'indû a une double fonction et les parties ont le choix de formuler leur demande en réclamant un *right* ou en réclamant un *remedy*, ce qui ne devrait pas avoir d'incidence sur ce qu'ils obtiennent<sup>361</sup>. En d'autre terme, Smith conclut que le droit et l'action en matière d'enrichissement injustifié sont normativement équivalents<sup>362</sup>.

Dans ces systèmes où l'action se confond avec le droit recherché et le pouvoir du juge de l'octroyer, il ne peut y avoir de distinction concrète entre la procédure et la substance des droits, car l'action, spécifique au droit réclamé, *est* la substance de celui-ci. Selon Bandrac, la dualité du droit substantiel et de l'action « ne saurait se manifester dans les droits anglo-américains, qui, à l'instar du droit romain prétorien des époques classiques, ne réglementent que la procédure et ne contiennent qu'un ensemble d'actions »<sup>363</sup>.

Pour Kahn-Freund, le faible niveau d'abstraction du mandat juridictionnel de ces systèmes empêche l'application de la loi étrangère :

---

<sup>359</sup> Stephen A. Smith, « The structure of unjust enrichment law : is restitution a right or a remedy? » (2002-2003), 36 *Loy. L. A. L. Rev.* 1037, p. 1037.

<sup>360</sup> *Id.*, p. 1061 : « The classification of any particular restitutionary order depends on whether the court is responding to a request for a remedy or a request for a direct enforcement ».

<sup>361</sup> *Ibid.* : « This finding is consistent with the "dual role view". This view allow for different mixtures of direct enforcement [le droit appartenant aux parties] and remedial orders [le pouvoir appartenant aux tribunaux]. [...] The dual role view does not require that plaintiff sometimes request remedies and sometimes request direct enforcement. All it requires is that they be understood to have the option of making either request [nos soulèvements] ».

<sup>362</sup> V. en ce sens Peter Birks, « Rights, Wrongs and Remedies », [2000] *Ox. J. Leg. Stu.* 1, p. 36, qui, proposant « a number of reasons for preferring the language of right », souligne : « The words 'right' and 'remedy' are functionally synonymous over a wide range of their meaning ». L'auteur estime cependant que tel n'est pas le cas lorsque le recours est discrétionnaire, car celui-ci ne consacre alors aucun droit. Selon nous, le fait qu'un recours soit discrétionnaire ne signifie pas qu'il soit arbitraire; autrement dit, l'existence d'une fourchette de solutions possibles ne signifie pas que le justiciable n'a aucun droit. Il nous semble donc inexact d'affirmer que le recours discrétionnaire ne consacre aucun droit.

<sup>363</sup> Monique Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, Economica, 1986, p. 11.

« At this level of abstraction foreign law cannot be applied : every question of substantive law is merged in a question of the jurisdiction of the court which does not extend beyond the remedies of the *lex fori* »<sup>364</sup>.

De fait, l'application systématique de la *lex fori* par le tribunal découle de la confusion entre l'exercice de sa compétence et la loi qu'il applique. Par exemple, lorsque le juge Laforest rejette « la vieille règle de common law » selon laquelle « les lois en matière de prescription visent les recours et non les droits », il souligne que « le tribunal assume compétence non pas pour appliquer la loi locale, mais pour accommoder les justiciables afin de répondre à la mobilité contemporaine et aux impératifs de l'ordre économique national ou mondial »<sup>365</sup>. Selon Kahn-Freund, formuler une question en termes de désignation de la loi applicable au lieu de la formuler en termes de compétence dénote un niveau plus élevé d'abstraction du mandat juridictionnel : « Thus, the higher the level of abstraction of the judge's mandate, the wider the scope for the application of foreign law. To widen the judge's mandate is equivalent to the substitution of choice of law for jurisdictional problems »<sup>366</sup>.

Les systèmes de *common law*, même depuis l'abolition des *writs*, entretiennent un rapport ambigu avec la loi étrangère précisément en raison de cette confusion, laquelle se révèle par la qualification procédurale assignée à la notion de *remedy* en dépit de son contenu normatif identique à celui de la notion de droit. Par exemple, des auteurs affirment que « [i]t is obvious that a claimant who seeks to enforce a foreign claim in England can demand only those remedies recognised by English law » tout en précisant que le *remedy* n'est octroyé que s'il se « harmonise with the right »<sup>367</sup>. Quel est le sens d'avoir un *remedy* « harmonisé » avec le *right*? Cela veut dire que le *remedy* comporte des conditions susceptibles d'être de la même nature que les conditions du *right* réclamé, ce qui revient à affirmer que la procédure et la substance des droits sont susceptibles d'avoir le même contenu normatif.

---

<sup>364</sup> Kahn-Freund, *General Problems*, *supra* note 354, p. 353. L'auteur estime cependant que le droit anglais a atteint un niveau supérieur d'abstraction du mandat juridictionnel lui permettant d'appliquer la loi étrangère en droit des contrats au XVII<sup>e</sup> siècle, mais il reconnaît qu'il n'est pas clair que ce niveau ait été atteint en matière d'enrichissement sans cause et de responsabilité délictuelle (*ibid.*).

<sup>365</sup> Tolofson, *supra* note 195, par. 82 et 83.

<sup>366</sup> Kahn-Freund, *General Problems*, *supra* note 354, p. 354 [nos soulignements].

<sup>367</sup> *Id.*, p. 94.

Un tel système n'est pas seulement problématique en raison de la qualification ambiguë qu'il assigne à la procédure, mais aussi en raison du résultat qui aboutit, en définitive, à ne reconnaître que les droits de celui qui peut les réclamer non seulement en vertu de la *lex fori* mais aussi en vertu de la loi étrangère. Une telle approche a pour effet de réduire les droits des étrangers, car le créancier qui a conclu un contrat ailleurs perdra ses droits si le *remedy* local les lui refuse. En fait, le détenteur d'une créance étrangère qui poursuit à l'étranger pourra obtenir son dû et le détenteur d'une créance locale qui poursuit localement pourra aussi l'obtenir, mais celui qui franchit une frontière perdra les droits qui ne se cumulent pas des deux côtés. Ce système tout à fait injuste est d'ailleurs explicite en matière de responsabilité extracontractuelle en raison du principe du double droit d'action<sup>368</sup>.

Il faut noter, à cet égard, que la parenté qui existe entre ce système et celui des premiers glossateurs n'est probablement pas un hasard lorsqu'on sait qu'Azon, pour qui le juge doit toujours suivre la *lex fori*, inspira et influença Bracton<sup>369</sup>, un juge anglais du XIII<sup>e</sup> siècle qui marqua « the method and regularity of the common law »<sup>370</sup>. Ce n'est peut-être pas non plus un hasard le système adopté par la *common law* pour expliquer comment appliquer la

---

<sup>368</sup> Le principe du double droit d'action signifie qu'un tribunal ne connaîtra d'un délit commis à l'étranger que s'il donne ouverture à une action en vertu de la *lex fori* en plus d'être « injustifiable » selon la loi du lieu du délit (*Chaplin c. Boys*, [1971] A.C. 356). Le créancier d'un tel délit risque donc de perdre les droits que la loi étrangère lui octroie si la *lex fori* ne s'y cumule pas pour les lui donner. Outre qu'il pose le risque de favoriser le *forum shopping*, un système de cumul peut témoigner d'une confusion entre la compétence et la loi applicable, confusion que la Cour suprême dénonce dans *Tolofson*, où, après avoir critiqué et renversé la règle du double droit d'action au Canada, elle affirme, *supra* note 195, au par. 50 : « Si on applique la règle de la *lex loci delicti* pour définir l'obligation et ses conséquences, l'exigence de la règle anglaise que la faute constitue également un délit suivant la loi anglaise me semble liée davantage à la compétence qu'au choix de la loi applicable ».

<sup>369</sup> H. D. Hazeltine, « Vacarius as Glossator and Teacher » (1928), 44 *L. Q. Rev.* 344, p. 345 : « [La publication par le Dr. de Zulueta de l'œuvre de Vacarius] has illuminated the twelfth century as an early period of English juristic thought, the period immediately preceding Bracton's doctrinal teaching under the inspiration and influence of Azo, one of the Italian glossators [note omise] »; v. en ce sens H. Brunner, *The sources of the law of England*, Edinburgh, T. & T. Clark, 1888, p. 26 et 27 : « [...] Bracton [...] must have drawn his knowledge [...] (notamment) from Azo's Summa of the Codex and the Institutions [note omise] ».

<sup>370</sup> Blackstone, *Commentaries*, *supra* note 355, tome 4, p. 425 : « And we may by this time [le règne d'Henri III] perceive, in Bracton's treatise, a still farther improvement in the method and regularity of the common law »; v. en ce sens Brunner, *Sources*, *supra* note 369, p. 25 et 26 : « Bracton was an English judge under Henry III (1216-1272). [...] [Bracton's book] gives the most extensive exposition of the English law that the Middle Age have to show; and it is distinguished by rich casuistic details, and by the careful reproduction of the judicial decisions on individual cases. An English writer has counted that there are not less than 484 such cases referred to. In both of the relations indicated, the English jurisprudence has found its first typical expression in Bracton ».

loi étrangère – à savoir que celle-ci peut s’appliquer à l’interprétation du contrat mais pas au *remedy* invoqué pour obtenir réparation à son sujet<sup>371</sup> –, est le même que celui élaboré par Guillaume de Cun pour distinguer le *negotium* du *litis* et permettre l’application de la règle *locus regit actum* en défendant l’opinion du même Azon<sup>372</sup>. S’il est vrai que « [le droit international privé anglais] is not scientifically founded on the reasoning of jurists, but it is beaten out on the anvil of experience »<sup>373</sup>, on ne peut s’empêcher de remarquer des rapprochements.

La qualification procédurale du *remedy* est remise en question<sup>374</sup>. Aux États-Unis, se fondant sur un arrêt de la Cour suprême ayant restreint le pouvoir fédéral de modifier une règle traditionnellement associée aux *remedies* (la quantification des dommages-intérêts) car le partage de compétence ne lui permet pas « to declare substantive rules of common law applicable in a State »<sup>375</sup>, Laycock souligne que les « remedies in the modern idea are not part of the law of procedure »<sup>376</sup>. Pour sa part, Walker estime qu’il n’existe aucun motif valable de détacher le *remedy* des droits qu’il vise<sup>377</sup>. D’autres font un parallèle entre le droit, l’action, la poule et l’œuf : « [t]here certainly is no functional basis for the ‘right-remedy’ distinction. Indeed, it may represent nothing more than a bad example of whether the proverbial chicken came before the proverbial egg »<sup>378</sup>. Quelle est, dans ce contexte, la place de la procédure? Il nous faut, pour la comprendre, voir l’émergence de la notion moderne du droit d’action dans la doctrine processualiste.

---

<sup>371</sup> *Melan*, *supra* note 158.

<sup>372</sup> *V. supra* notes 38 et 39.

<sup>373</sup> Fawcett, *PIL*, *supra* note 358, p. 37.

<sup>374</sup> *V. en ce sens* George Panagopoulos, « Substance and Procedure in Private International Law », [2005] 1 *J.P.I.L.* 69, p. 78 : « Remedies are not rule governing or regulating the mode of conduct of the court’s proceedings and therefore should not be seen as issues of procedure. Furthermore, they are matters that affect the existence, extent or enforceability of the right or duties of the parties and should therefore be characterised as substantive ».

<sup>375</sup> *Erie R.R. Co. c. Tompkins*, (1938) 304 U.S. 64, p. 78.

<sup>376</sup> Laycock, *Remedies*, *supra* note 197, p. 166. *Contra* Helge Dedek, « From Norms to Facts : The Realization of Rights in Common and Civil Private Law », (2010-2011) 56 *R.D. McGill* 77, pour qui le *remedy* est une notion qui « combines features of substance and procedure » (p. 91) et qui aurait l’étrange caractéristique de ne pas pouvoir exister dans un système de droit civil, lequel « lacks the "remedial imagination" for such a fabulous chimera » (p. 93).

<sup>377</sup> Walker, *Closing the Barn Door*, *supra* note 212, p. 490 : « a limitation question is "by its nature" substantive. This is because it is neither sensible nor desirable for us to conceive of legal rights as capable of being separated from legal remedies ».

<sup>378</sup> Robert Allen Sedler, « The Truly Disinterested Forum in the Conflict of Laws : *Ratcliff v. Cooper Laboratories* », (1973-1974) 25 *S.C.L.R.* 185, p. 196.

## b) *Action générale*

En droit civil, la loi étrangère est appliquée depuis longtemps, ce qui témoigne, selon Kahn-Freund, d'un niveau plus élevé d'abstraction du mandat juridictionnel<sup>379</sup>. Selon cette explication, le juge de droit civil conçoit son pouvoir juridictionnel de manière à inclure le pouvoir de juger l'action qui lui est présentée bien qu'elle émane de la loi étrangère. On peut aussi analyser le pouvoir juridictionnel qui permet cet exercice comme étant non pas abstrait mais général, par opposition à spécifique. En bout de piste, ce constat signifie que le juge qualifie l'action de substantielle, car il la distingue des règles qui l'habilitent à juger.

Le fait qu'un juge accueille une action selon la loi étrangère n'est pas surprenant au moins depuis que Bartole s'est opposé à Guillaume de Cun pour démontrer que le *litis* n'est pas nécessairement régi par la *lex fori*. Cette qualification substantielle de la notion d'action a perduré jusqu'à Boullenois :

« ce que nous appelons purement et simplement, *ordinatoria litis*, ne consiste que dans un simple style, une simple conduite de procédure, une manière d'instruire une action qui ne change en rien la substance de l'action et le principe qui doit en faire la décision [...] »<sup>380</sup>.

S'il est vrai que la jurisprudence et la doctrine française de la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle se sont plutôt ralliées à la qualification procédurale de l'action pour justifier l'application de la *lex fori* (ou la *lex domicili debitoris*) à la prescription, il semble que cette époque soit isolée, comme en témoigne le ferme revirement qui s'est depuis opéré tendant à valider la qualification substantielle de l'action.

Cette qualification est illustrée par la jurisprudence québécoise en matière de recouvrement de dettes de jeu. Dans une affaire tranchée par la Cour d'appel sous l'ancien Code, l'exploitant d'un casino aux Bahamas avait poursuivi un débiteur au Québec sur la base d'un contrat de jeu régi par la loi du New Jersey et son action n'a été rejetée que parce qu'il avait omis de faire la preuve de la loi du New Jersey alors que l'art. 1927 C.c.B.-C. prévoyait qu' « [i]l n'y a pas d'action pour le recouvrement [...] en vertu d'un contrat de

<sup>379</sup> Kahn-Freund, *General Problems*, *supra* note 354 p. 353.

<sup>380</sup> Boullenois, *Traité I*, *supra* note 51, p. 541 [nos soulignements].

jeu [...] »<sup>381</sup>. De plus, la Cour d'appel a pris soin de réfuter que la preuve démontrait que la loi des Bahamas permettait un tel recours. De toute évidence, ces motifs auraient été tout à fait inutiles si la Cour avait estimé que l'action était une notion de procédure régie par la *lex fori*.

Des auteurs ont souligné que la différence de qualification entre l'action en droit civil et le *remedy en common law* était un trait général du système juridique en question<sup>382</sup>. On ne doit pas perdre de vue que ces deux systèmes s'inspirent du droit romain, dans lequel on pouvait, avant le système de la procédure extraordinaire, se demander si, après la novation opérée par la *litis contestatio*, l'action autorisée par le préteur était la source du droit ou sa conséquence, autrement dit si l'action précédait le droit ou si le droit précédait l'action<sup>383</sup>.

---

<sup>381</sup> *Carnival Leisure Industries Ltd. c. Legault*, 1997 CanLII 10256 (C.A.). On peut aussi interpréter l'arrêt *Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.*, 1991 CanLII 3485 (C.A.) comme adoptant une qualification substantielle de « l'action » prévue à l'art. 1927 C.c.B.-C., car dans cette affaire la Cour d'appel accepte de déclarer exécutoire un jugement sur un contrat de jeu rendu au New Jersey en précisant que la règle ne s'applique pas à un contrat « soumis à une juridiction étrangère » : « La difficulté au Québec se situe plutôt à l'égard de la perception par voie judiciaire des dettes de jeu: l'article 1927 C.c., puisqu'il dénie un droit d'action, doit être interprété, selon moi, de façon limitative et ne s'applique pas à un contrat soumis à une juridiction étrangère lorsque le jugement rendu ne viole pas nos préceptes d'ordre public ». Il faut cependant noter que les termes employés (et la nature de la cause) réfèrent à la compétence du tribunal étranger et non la loi applicable.

<sup>382</sup> Réginald Savoie et Louis-Philippe Taschereau, *Procédure civile*, tome I, Montréal, Guérin, 1973, p. 37 et 38 : « Tout comme l'ancien droit romain, la procédure commandait en quelque sorte l'existence des droits subjectifs, d'où l'adage « Remedies precede rights ». Le droit français, jusqu'au XXe siècle, avait une conception opposée : l'action était au service du droit subjectif dont elle constituait la sanction; l'action se trouvait ainsi identifiée au droit dont elle n'était que l'exercice [...] ».

<sup>383</sup> Girard, *Manuel*, *supra* note 343, p. 1012 : « [La *litis contestatio*] fait naître un droit nouveau, un droit d'obtenir un jugement dont les termes sont déterminés par la formule. [...] La *litis contestatio*, en faisant naître le droit d'obtenir une sentence, éteint le droit antérieur [...] ». Selon Eugène de Rozière, « L'intransmissibilité première des créances et des dettes », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Paris, L. Larose et Forcel, 1887, p. 56 et 57, l'origine de la *litis contestatio* n'est pas étrangère à la transmissibilité des droits : « Un premier correctif [à l'intransmissibilité des obligations chez les Romains] résulta de cette règle, qui me paraît ancienne, d'après laquelle les droits intransmissibles en principe passent au contraire aux héritiers ou contr les héritiers, lorsqu'ils ont été déduits en justice, avant la mort qui pouvait les éteindre : « Omnes actiones quae morte pereunt semel inclusae iudicio salvae permanent » [note omise]; « Toutes les actions qui s'éteignent par la mort ou un certain espace de temps, subsistent par le moyen de la contestation en cause » (*Digeste*, *supra* note 347, tome 7, livre 50, titre 17, n° 139)]. Cette maxime aurait eu ainsi dans le vieux droit une portée très étendue. Ce qui me pousse à lui attribuer cette portée et cette antiquité, c'est qu'on en trouve l'équivalent dans d'autres systèmes juridiques. Tout récemment M. E. Mayer a signalé le même principe dans la loi des Ripuaires (67, § 1). Suivant lui, dans cette loi, les héritiers d'une personne pouvaient être tenus de toutes les compositions dues par leurs auteurs, mais à condition que celui-ci eût fourni avant sa mort, la promesse de payer ou de se disculper, qu'on peut considérer comme l'équivalent de la *litis contestatio* du droit romain [note omise]. Et dans notre ancien droit français où « la simple plévine n'oblige pas les hoirs », la citation en justice ou le commandement adressés au plègue avant sa mort rendaient son obligation transmissible à ses héritiers [nos soulignements] ».

Mais à moins d'aborder cette question de manière philosophique<sup>384</sup> ou historique<sup>385</sup>, sa pertinence est limitée dans le contexte où de part et d'autre la qualification procédurale de l'action est critiquée pour des raisons liées à l'équité et à l'absence de caractère concret de la distinction sur laquelle cette qualification est fondée<sup>386</sup>. Quoi qu'il en soit de la qualification procédurale ou substantielle de l'action en droit civil, celle-ci est conçue comme étant autant normativement identique au droit réclamé qu'en droit romain et en *common law*.

La formule classique est donnée par Demolombe dans son *Cours de Code civil*. Celui-ci constate que l'action, en droit romain, créait un droit lorsque le préteur l'autorisait et que ce droit n'existait donc pas *de plano* : « sous un tel régime, il était en effet exact de distinguer le droit lui-même d'avec l'action intentée pour le faire reconnaître »<sup>387</sup>. Mais il souligne que ce système n'a plus cours en France, car « [a]ujourd'hui, chacun peut exercer ses droits en justice; chacun peut intenter ses *actions* sans permission préalable »<sup>388</sup>. Il se demande donc quelle est la nature de l'action et conclut : « [l]'action enfin, c'est le droit lui-même mis en mouvement; c'est le droit à l'état d'*action*, au lieu d'être à l'état de repos; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix »<sup>389</sup>.

---

<sup>384</sup> Est-ce que le droit existe avant d'être jugé, est-ce que le droit est quelque chose de plus que « [t]he prophecies of what the courts will do in fact » (Oliver Wendell Holmes, « The Path of the Law », (1897) 10:8 *Harv. L. Rev.* 457, p. 461 : « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law »)? Ce problème est également connu en droit international, où « [t]he fact that norms governing international conduct lack a secure centralized enforcement mechanism leaves the international system vulnerable to the accusation that international law is not really "law" at all » (Lea Brilmayer, « International Remedies », (1989) 14 *Yale J. Int'l L.* 579, p. 579). *Contra* Dedek, *From Norms to Facts*, *supra* note 376, p. 80 et 113, pour qui le problème n'est pas philosophique mais culturel puisque l'histoire et les traditions des pays de droit civil et ceux de *common law* sont différentes, de sorte que les conceptions des juristes sont aussi différentes, tout comme, conséquemment, le rapport de ces cultures à l'adage litigieux (« *ubi remedium ibi jus* » ou « *ubi jus ibi remedium* »).

<sup>385</sup> William C. Morey, *Outline of Roman Law*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1884, p. 388 : « In the process of historical growth, the law of actions is thus antecedent to the law of persons and the law of things. But as the society advances, the idea is gradually advanced that a human right is something essential to human nature; that it may exist antecedent to a wrong; and, consequently, that the state, by becoming the administrator of justice, is bound to protect the natural rights of men, whether these rights have hitherto been protected or not. In primitive society the principle exists – *ubi remedium ibi jus*; and only with a more highly developed civilization does the maxim become current – *ubi jus ibi remedium* ».

<sup>386</sup> V. *supra* note 192.

<sup>387</sup> Jean-Charles Florent Demolombe, *Cours de Code civil*, vol. 9, Paris, Crapelet, 1852, p. 201.

<sup>388</sup> *Ibid.*

<sup>389</sup> *Ibid.* [nos soulignements].

Mais cette conception est contestée à partir du milieu du XX<sup>ème</sup> siècle par Cornu et Foyer, pour qui le droit d'agir en justice n'est pas « la forme dynamique du droit », car « si l'action s'identifiait au droit déduit en justice, il faudrait renoncer au concept même d'action »<sup>390</sup>. Tout d'abord, ces auteurs constatent que le libre accès aux tribunaux ne signifie pas que toute demande en justice aboutit à un procès<sup>391</sup>. Ils estiment donc que le droit d'agir en justice ne se confond pas avec l'acte par lequel les tribunaux sont saisis, à savoir la demande en justice<sup>392</sup>.

Ensuite, Cornu et Foyer constatent qu'une demande en justice peut être déclarée recevable tout en étant mal fondée : ils concluent donc que le droit d'agir en justice peut exister alors même que le droit réclamé n'existe pas<sup>393</sup>. Selon cette conception, le mandat juridictionnel n'est pas relié à un droit ou à un autre, il est relié au droit plus général d'obtenir « une décision sur le fond »<sup>394</sup>. Cette conception sera mise en œuvre par le législateur français dans son Code de procédure civile adopté en 1971 :

« L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.

Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter du bien-fondé de cette prétention »<sup>395</sup>.

Selon ce principe, la règle octroyant le droit d'action a un contenu normatif différent du droit réclamé : il s'agit d'un droit, mais d'un droit visant la tenue d'un procès et non

---

<sup>390</sup> Gérard Cornu et Jean Foyer, *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 1958, p. 277.

<sup>391</sup> *Id.*, p. 269 : « Il arrive que le juge, saisi d'une prétention, se dispense d'en vérifier le bien-fondé et la déclare irrecevable : on dit alors que le demandeur n'avait pas d'action, qu'il n'avait pas le *pouvoir d'agir relativement* à l'objet du procès, le *droit d'action* [italiques dans le texte] ».

<sup>392</sup> *Id.*, p. 270 : Définir l'action, c'est donc, d'abord, la distinguer de la demande, en démontrant qu'elle est un pouvoir, non un acte (en dépit du sens courant et étymologique du mot). [...]. Si, en les désignant parfois du même terme, la loi a paru les confondre, ce laxisme (inhabituel) n'est pas, à la vérité, sans excuse : distinctes l'une de l'autre, l'action et la demande ne sont pas sans rapports : celle-ci est l'exercice de celle-là ».

<sup>393</sup> *Id.*, p. 273 : « Qu'une demande puisse être, tout à la fois, déclarée recevable bien que l'adversaire en ait contesté la recevabilité, et mal fondée, voilà qui établit péremptoirement que le demandeur avait bien le pouvoir d'agir en justice (sinon sa demande eût été déclarée irrecevable) sans être pour autant titulaire du droit subjectif qu'il poursuivait en justice (sinon sa demande eût été déclarée bien fondée) ».

<sup>394</sup> Henri Motulsky, *Écrits – Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2010 (rééd. 1973), p. 96 et 97 : « Il n'existe qu'une seule catégorie d'action en justice, dont l'objet est purement processuel (obtenir « une décision sur le fond ») [...] [italiques dans le texte] ».

<sup>395</sup> Art. 30 *C.p.c.fr.* [nos soulignements].



l'octroi d'un bénéfice entre les parties<sup>396</sup>. Et puisqu'il concerne la tenue d'un procès, le droit d'action ainsi entendu participe, sans se confondre, au droit fondamental d'avoir accès aux tribunaux<sup>397</sup>.

En un sens, celui qui fait valoir sa prétention exerce son droit fondamental à ce qu'un tribunal décide des contestations sur ses droits et obligations<sup>398</sup>. Si ce droit peut être exercé devant le système de justice publique, la partie à une convention d'arbitrage peut aussi « faire valoir ses moyens »<sup>399</sup> devant un tribunal arbitral. Son rapport avec le service de la justice indique que le droit d'action établit un lien juridique non pas seulement entre les parties (le lien d'instance et le contrat judiciaire, le cas échéant) mais aussi et surtout entre le justiciable qui l'exerce et le décideur<sup>400</sup>.

Le droit d'obtenir une décision sur le fond de sa prétention est relié à un droit important, puisque les tribunaux doivent appliquer, lorsque ce droit est remis en cause, « le principe de prudence selon lequel, autant que possible, on doit éviter de mettre fin prématurément à un procès, considérant les graves conséquences qui découlent du rejet d'une action, sans que la demande ne soit examinée au mérite »<sup>401</sup>. Or, ce droit d'action se distingue du droit d'obtenir l'exécution d'une obligation : il y est lié non pas par le bien-fondé du droit de l'obtenir mais par la probabilité suffisante qu'il le soit.

---

<sup>396</sup> V. en ce sens Loïc Cadet, Jacques Normand et Soraya Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 322 : « Est titulaire d'un tel droit celui que l'ordre juridique habilite à faire jouer à son profit la règle qui ordonne au juge de l'entendre et décider ».

<sup>397</sup> V. en ce sens Guinchard, *Procédure civile*, *supra* note 293, p. 109 : « le droit d'agir en justice participe à la théorie de l'action en ce sens que ce droit, expression d'une liberté fondamentale, n'existe que si, processuellement, tout individu a le pouvoir légal d'être entendu du juge pour lui présenter une prétention au moyen d'une action »; v. aussi p. 130 et suivantes.

<sup>398</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 23 : « 23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle »; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 107, [1976] R.T. Can. n° 47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976), art. 14 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ».

<sup>399</sup> *Convention de New York*, *supra* note 6, art. V, par. 1, al. b).

<sup>400</sup> Cette différence se révèle notamment dans le fait que, contrairement au rapport substantiel réclamé, on ne peut forcer la partie adverse à comparaître et à plaider (contrairement à Rome, où la lutte au corps à corps était une méthode de comparution forcée jusqu'à ce qu'elle soit abolie pour être « trop aléatoire, trop grossière » : Girard, *Manuel*, *supra* note 343, p. 1067), bien que son défaut puisse avoir des conséquences.

<sup>401</sup> *Cheung c. Borsellino*, 2005 QCCA 865, par. 5.

Par exemple, l'art. 165 *C.p.c.* permet de faire déclarer irrecevable une demande en justice et d'en obtenir le rejet pour certains motifs, à savoir : 1) la litispendance ou la chose jugée, 2) l'incapacité ou le défaut de qualité, 3) le défaut manifeste d'intérêt et 4) l'impossibilité que la demande soit fondée en droit en tenant les allégations pour avérées. Mais ces motifs sont liés au sérieux des prétentions, pas à leur bien-fondé. Par exemple, ce n'est pas le défaut d'un intérêt suffisant qui emporte le rejet prématuré en vertu de l'art. 165(3) *C.p.c.* mais le défaut « manifeste » de cet intérêt :

« Saisi d'une requête en irrecevabilité fondée sur l'article 165 3) *C.p.c.*, le juge doit cependant être prudent avant de mettre fin à un recours. L'absence d'intérêt doit être manifeste. À cette étape de contestation préliminaire, le juge ne peut aller aussi loin que le juge du fond, il doit limiter son étude à la question de l'absence « manifeste » d'intérêt »<sup>402</sup>.

Suivant cette distinction, un plaideur peut avoir le droit de débattre au fond de sa prétention alors que son intérêt dans le litige est insuffisant<sup>403</sup>. En d'autres termes, le contenu normatif de l'intérêt qui permet à un plaideur d'obtenir un procès est différent de celui qui justifie le rejet de sa prétention sur le fond du litige. Même l'argument fondé sur la chose jugée, dont l'art. 165(1) *C.p.c.* nous dit qu'il met fin à une procédure sans débat sur le fond, peut être suffisamment litigieux pour devoir être tranché par décision au fond<sup>404</sup>, ce qui demeure cependant rare en raison tant du droit d'appel octroyé par exception au rejet de ce motif<sup>405</sup> que du fonctionnement de la chose jugée qui se borne à empêcher une « demande »<sup>406</sup>.

Quant au motif de rejet découlant de l'absence de possibilité que la demande soit « fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais », il est vrai qu'il doit être tranché quelque soit sa complexité puisqu'il ne vise qu'une question de droit et des faits, par

---

<sup>402</sup> *Société d'habitation c. Leduc*, 2008 QCCA 2065, par. 15 [note omise; nos soulignements].

<sup>403</sup> *Marina de la Chaudière inc. c. Thibeault*, 2011 QCCA 1524, par. 7 : « Il est incontestable que la Cour supérieure a compétence pour apprécier l'intérêt de l'intimé sous l'éclairage d'un débat au fond, d'autant plus que son insuffisance, à l'étape de l'irrecevabilité, n'a pas été jugée manifeste (art. 165 (3) *C.p.c.*) ».

<sup>404</sup> *Champagne c. Robitaille*, 2010 QCCA 200, par. 10 : « Il demeure possible que, au mérite, la défenderesse arrive à convaincre le tribunal que le jugement sur la deuxième requête est « assimilable à la chose jugée » quand elle plaidera sa cause au fond ».

<sup>405</sup> *Marina de la Chaudière*, *supra* note 403, par. 2.

<sup>406</sup> Art. 2848 *C.c.Q.* : « L'autorité de la chose jugée est une présomption absolue; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, lorsque la demande est fondée sur la même cause et mue entre les mêmes parties, agissant dans les mêmes qualités, et que la chose demandée est la même »

définition, incontestés<sup>407</sup>. Mais le principe de prudence a pour effet de faire en sorte que l'acte de procédure attaqué n'est rejeté que lorsqu'il est évident que la prétention qui y est contenue est vouée à l'échec : « il n'est pas approprié de mettre fin à un litige [en vertu de l'art. 165(4) *C.p.c.*] à moins qu'il ne soit évident que celui-ci soit voué à l'échec »<sup>408</sup>.

Ce critère est identique à celui permettant d'obtenir le rejet d'un acte de procédure abusif au motif qu'il est voué à l'échec (art. 54.1 et suivants *C.p.c.*). Ce motif de rejet n'est pas étranger à l'abus du droit d'ester en justice, bien que cette dernière notion soit plus large et s'applique également aux procédures malveillantes<sup>409</sup>. Mais à l'inverse, le droit d'obtenir un procès sur le fond ne signifie pas qu'il y a absence d'abus du droit d'ester en justice<sup>410</sup>.

Ces précisions font ressortir que le contenu normatif du droit d'action au sens du droit à la procédure dépend d'une prétention qui n'est pas vouée à l'échec. L'action en justice est donc liée au fond du litige non pas par un rapport de véracité mais par un rapport de vraisemblance, c'est-à-dire qu'elle dépend du sérieux d'une prétention pour exister et non de son bien-fondé. Pour paraphraser les termes de la Cour d'appel *Congrégation Amour pour Israël c. Diaco*, l'action est le droit de demander, ce qui ne veut pas dire qu'on va obtenir<sup>411</sup>. L'action ainsi conçue n'est pertinente que pendant le déroulement d'une

---

<sup>407</sup> V. en ce sens *Société canadienne des postes c. Rippeur*, 2013 QCCA 1893, par. 15 : « Avec égards, la juge de première instance ne pouvait refuser de statuer sur le moyen d'irrecevabilité relatif à la prescription, une pure question de droit [...] ».

<sup>408</sup> *Gillet c. Arthur*, 2004 CanLII 47873 (C.A.), par. 17 [nos soulignements].

<sup>409</sup> *Gauthier c. Charlebois (Succession de)*, 2013 QCCA 1809, par. 31 : « Cette demande en justice, qui n'était ni malveillante ni faite de mauvaise foi, demeure néanmoins vouée à l'échec, de sorte que permettre la continuation de la procédure serait abusif envers l'intimé ». Il faut encore distinguer, parmi les procédures abusives, les « poursuites-bâillons » des « actions traditionnelles », les tribunaux devant intervenir sans délai dans les premières, tandis qu'ils doivent, dans les secondes où il n'y a pas d'urgence, « se hâter lentement » (*Développements Cartier Avenue inc. c. Dalla Riva*, 2012 QCCA 431, par. 68). L'interdiction de commettre un abus du droit d'ester en justice ne vise pas que le plaideur mais aussi son avocat, comme en témoigne une règle fort ancienne dont on retrouve des traces dans un édit d'octobre 1279 « portant que les avocats prêteront le serment de ne plaider que les causes qu'ils estimeront justes, et de ne rien prendre pour leur honoraire au dessus de 30. Livres tournois » (Guillaume Blanchard, *Table chronologique contenant un recueil en abrégé des ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes des Rois de France qui concernent la Justice, la Police et les Finances*, Paris, Charles de Sercey, 1687, p. 5).

<sup>410</sup> V. par exemple *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314, où le juge, au par. 693, explique accorder des honoraires extrajudiciaires pour abus de procédure notamment parce que la défenderesse « s'est entêtée à refuser l'évidence [...] à l'encontre de tous les témoignages connus d'elle [...] », cependant qu'il admet, au par. 695, qu'elle était « justifiée de défendre ses droits à l'encontre de la réclamation de dommages punitifs et de dommages moraux ».

<sup>411</sup> *Congrégation Amour pour Israël c. Diaco*, 2010 QCCA 2283, aux par. 12 à 14 : « [...] la Cour ne se prononce d'aucune façon sur le fond et ne tranche pas la question de savoir si le motif de rétractation de

instance : son unique fonction est de déterminer si une prétention justifie la mobilisation du tribunal<sup>412</sup>.

Cette règle est connue du Code civil : elle est liée à l'institution du retrait litigieux, en ce sens qu'un droit est litigieux lorsqu'il est susceptible d'être l'objet d'une action ainsi définie. En effet, un lien normatif peut être tracé entre l'action (qui naît d'une prétention sérieuse sur le fond du litige) et le droit litigieux (visé par une contestation sérieuse sur le fond du droit de telle sorte qu'il est maintenant « incertain, disputé ou susceptible de dispute par le débiteur, que l'action soit intentée ou qu'il y ait lieu de présumer qu'elle sera nécessaire » (art. 1782 *C.c.Q.*). Selon la jurisprudence, la seule nécessité d'intenter des procédures ne rend pas un droit litigieux<sup>413</sup>, tout comme la contestation futile et dilatoire de celui-ci<sup>414</sup>; mais une contestation sérieuse sur le fond rend un droit litigieux :

« Il ne suffit pas qu'il existe un litige contesté pour qu'une créance puisse être, de ce seul fait, qualifiée de litigieuse; encore faut-il que cette contestation paraisse sérieuse, sans qu'il soit évidemment nécessaire pour autant de faire, à ce stade, toute la preuve qui sera requise au moment de cette contestation au fond »<sup>415</sup>.

Le droit ne peut donc être litigieux que si la contestation paraît sérieuse au stade où la question se pose. Ce stade est celui de l'exercice du droit d'action au sens du droit d'obtenir un procès : après le procès (lorsqu'il y a autorité de la chose jugée), la contestation ne peut plus être sérieuse et il ne peut plus y avoir de prétention adverse, car le but de procès est

---

jugement invoqué par l'appelante [...] est bien ou mal fondé [...]. Au paragraphe 21 des motifs de l'arrêt de la Cour, on se contente de constater la nature des prétentions de l'appelante et de constater leur sérieux potentiel : [...]. La Cour n'indique là qu'une seule chose, à savoir que l'appelante pouvait demander la rétractation du jugement et l'annulation du décret pour les motifs qu'elle invoque, mais non pas qu'elle les obtiendra. Évidemment, encore lui faudra-t-il établir le bien-fondé de ses prétentions à cet égard ».

<sup>412</sup> Cela dit, il ne faut pas conclure que toutes les prétentions sérieuses font naître un droit au procès en dépit du droit fondamental d'avoir accès aux tribunaux, par exemple lorsqu'une partie se heurte à l'application d'une immunité de juridiction : dans un tel cas, il peut exister un litige entre les parties sans pour autant que le tribunal saisi ne l'entende, comme dans l'affaire *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême accueillie le 7 mars 2013, n° 35034), où le juge Morissette conclut que même si la prétention selon laquelle la victime d'un « vicious misconduct » se heurte à l'immunité de juridiction (par. 121), le droit fondamental d'avoir accès aux tribunaux n'a pas pour effet « to initiate a novel "determination of [a person's] rights and obligations" where the law [...] does not itself already allow for such process » (par. 109).

<sup>413</sup> *Circuit Québec Ste-Croix (1985) inc. c. 2617-6800 Québec inc.*, 2007 QCCA 808, par. 1; v. en ce sens *2617-6800 Québec inc. c. Circuit Québec Ste-Croix (1985) inc.*, 2006 QCCS 952, par. 23 : « L'exécution peut présenter un caractère aléatoire sans que le droit soit incertain ».

<sup>414</sup> *Placements Langelier Inc. c. Quenneville*, [1980] C.A. 622.

<sup>415</sup> *Alary c. Lamoureux*, J.E. 92-107 (C.A.).

précisément de résoudre « l'incertitude juridique au moyen du jugement »<sup>416</sup>. Le droit d'action au sens du droit d'être entendu sur le fond du litige dépend donc d'un critère lié à l'incertitude d'un droit, révélée par les prétentions sérieuses susceptibles de s'y opposer<sup>417</sup>.

Ce droit peut être qualifié de « procédural », car son existence ne donne droit qu'au déroulement de la procédure et non à un bénéfice ou à un autre entre les parties. C'est l'action au sens du droit substantiel d'exiger l'exécution d'une obligation (ou la nier<sup>418</sup>) qui décidera de l'issue du litige entre les parties. Il existe donc deux notions au contenu distinct qui utilisent le terme « action », l'une se rapportant à la substance du litige pour en être l'objet entre les parties (le droit d'exiger l'exécution de l'obligation) et l'autre se rapportant à la procédure pour n'avoir pour but que de régler ce litige (le droit d'obtenir une décision sur le fond), la première étant liée au bien-fondé de la prétention et la seconde au sérieux de celle-ci.

Le problème est de situer la notion de fin de non-recevoir par rapport à ces notions. En effet, selon le législateur français, le droit d'obtenir une décision sur le fond du litige peut être anéanti par la fin de non-recevoir<sup>419</sup>. Or, le droit d'action n'est plus le droit d'obtenir

---

<sup>416</sup> Loïc Cadiet, « La sanction et le procès civil », *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 128 : « [le procès] vise à lever cette situation d'incertitude juridique au moyen du jugement »; v. en ce sens *Zusman c. Tremblay*, [1951] R.C.S. 659, p. 671 : le jugement « se borne à dégager le droit du doute et de l'imprécision qui l'entourent ». Ce qui ne veut pas dire que la fin du procès met un terme à toute forme de contestation, puisqu'il peut être encore possible de contester l'exécution du résultat d'un procès étranger (comme un jugement ou une sentence arbitrale), mais cette contestation ne pourra porter sur le fond du droit qu'à la condition de démontrer, au préalable, l'invalidité (ou l'existence d'un motif de refus de reconnaissance) de ce jugement ou de cette sentence arbitrale.

<sup>417</sup> Cette indétermination doit être distinguée de l'indétermination au sens de la philosophie du droit, encore que les liens ne soient pas complètement absents; v. Yves-Marie Morissette, « Deux ou trois choses que je sais d'elle (la rationalité juridique) », [2000] 45 *R.D. McGill* 591, qui, parlant des « cas de réelle indétermination secrétés par le système judiciaire » (p. 596) et de « la possibilité qu'une opinion doive souverainement prévaloir sur toutes les autres parce qu'elle est la *bonne* » (p. 605), laisse tout de même entendre que le sentiment d'avoir vidé la question naît du soin avec lequel le fond du litige aura été abordé : « De façon générale lorsqu'il y a litige, cependant, le caractère acataleptique des questions soulevées impose d'aller au fond des choses avec le plus grand soin : s'il n'y a pas de «bonne» réponse, on aura au moins la satisfaction d'avoir tout mis en œuvre pour vider la question [nos soulèvements] » (p. 604). On pourrait associer ce « soin » à aller « au fond des choses » au principe de prudence présidant au rejet préliminaire d'une procédure et, par conséquent, au contenu normatif du droit d'action.

<sup>418</sup> Ainsi « l'action en nullité », par exemple du mineur lésé (art. 164 *C.c.Q.*), n'est que la négation du droit à l'exécution qu'elle vise : bien que l'action en nullité d'un contrat soit dotée d'un délai de prescription qui lui est propre (art. 2927 *C.c.Q.*), elle n'a pas à être intentée préventivement et pourra toujours faire échec à l'exercice du droit qu'elle vise même lorsqu'elle est prescrite (art. 2882 *C.c.Q.*); v. *infra*, p. 155 et suivantes.

<sup>419</sup> Art. 122 *C.p.c.fr.* : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut

un procès s'il est lié aux fins de non-recevoir, car celles-ci n'empêchent pas de débattre du fond d'une prétention sérieuse mais empêchent, lorsque bien-fondées, la conclusion recherchée. Elles n'ont donc pas tant le procès comme objet que l'exécution de l'obligation, demeurant sur le terrain exclusif de la substance des droits.

---

d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». Comme nous le verrons, l'action telle que nous la proposons emprunte le premier membre de la définition de Cornu, Foyer et Motulsky (l'action est le droit d'obtenir une décision sur le fond de la prétention) mais pas le deuxième (selon lequel la fin de non-recevoir vise le droit d'action ainsi entendu) en raison du rapport exclusif que la notion de fin de non-recevoir entretient, selon nous, avec le fond du litige.

c) *Fin de non-recevoir*

La Cour suprême a analysé la notion de fin de non-recevoir dans l'affaire *Banque nationale c. Soucisse*, où le juge Beetz, après avoir cité Pothier et d'autres auteurs qui la décrivent comme étant « une espèce d'exception péremptoire », adopte la définition suivante : « les fins de non-recevoir se distinguent des défenses en ce qu'elles n'attaquent pas le fond de la demande »<sup>420</sup>. C'est de cette distinction entre le « fond de la demande » et la fin de non-recevoir qu'on déduit qu'elle se place sur le terrain de la procédure et non de la substance du droit. Il est vrai que Pothier lui-même emploie des termes ambigus : « les fins de non-recevoir contre les créances, sont certaines causes qui empêchent le créancier d'être écouté en justice à exiger sa créance »<sup>421</sup>.

Pothier parle de l'empêchement d'être « écouté en justice », mais cet empêchement a pour objet le droit d'« exiger sa créance ». En d'autres termes, Pothier n'affirme pas que la fin de non-recevoir empêche la tenue d'un procès ni qu'elle empêche d'être entendu sur le fond de sa prétention, mais plutôt qu'elle empêche d'exiger sa créance en justice. Si cette notion se rattache à l'action, il ne peut s'agir que de l'action au sens du droit d'exiger l'exécution d'une obligation.

Le lien entre la fin de non-recevoir et l'exécution d'une obligation (par opposition au droit de prétendre à cette exécution) apparaît clairement à la lecture des arrêts récents de la Cour d'appel sur la question. Par exemple, dans *Fecteau c. Gareau*, la juge Mailhot écrit que « la fin de non-recevoir, institution autonome en droit civil, implique nécessairement la reconnaissance du droit dont on demande l'exécution. C'est l'exécution du droit - et non le droit - qui est contestée »<sup>422</sup>. D'autres arrêts soulignent que la fin de non-recevoir a pour

---

<sup>420</sup> *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, p. 359.

<sup>421</sup> Pothier, *Obligations*, *supra* note 112, tome 2, n° 640, p. 247 [nos soulignements].

<sup>422</sup> *Fecteau c. Gareau*, 2003 CanLII 47906 (C.A.), par. 43 [nos soulignements].

effet d'entraîner le « rejet d'un moyen »<sup>423</sup> ou d'empêcher « un créancier fautif qui y a pourtant droit, en théorie, d'en exiger la satisfaction en justice »<sup>424</sup>.

La réussite du moyen tiré de la fin de non-recevoir est donc peut-être indépendante du bien-fondé du droit sur lequel se fonde la prétention de la partie adverse, mais cela ne signifie pas que son objet soit procédural pour autant. Par exemple, l'exception d'inexécution est aussi indépendante du bien-fondé du droit sur lequel se fonde la prétention adverse (elle le suppose même existant) et se borne à permettre au débiteur de « refuser d'exécuter son obligation corrélative » (art. 1591 *C.c.Q.*), mais n'a pas le procès pour objet. La différence entre la fin de non-recevoir et l'exception d'inexécution est que cette dernière doit être liée au même contrat, contrairement à la fin de non-recevoir, qui doit cependant revêtir un degré de causalité suffisant entre le comportement fautif sur le fond et l'avantage réclamé<sup>425</sup>. Ainsi, ces deux moyens de défense sont liés au rapport de contrepartie litigieux et non à la résolution d'une incertitude.

D'ailleurs, le juge Beetz distingue précisément les fins de non-recevoir des « exceptions de procédure ou fins de non-procéder [...] qui, elles, tendent à retarder l'action plutôt qu'à la faire rejeter »<sup>426</sup>. Son analyse des fins de non-recevoir ne laisse place à aucun doute sur leur caractère substantiel et non procédural. Ainsi, il conclut d'une étude de la jurisprudence québécoise que « [l]'un des fondements juridiques possibles d'une fin de non-recevoir est le comportement fautif de la partie contre qui la fin de non-recevoir est invoquée »<sup>427</sup>. De plus, il souligne, dans le cours de son analyse, que les auteurs « classent parmi les fins de non-recevoir les exceptions les plus nombreuses et les plus diverses qui n'ont entre elles rien d'autre en commun que cette définition [qu'elles n'attaquent pas le fond de la

---

<sup>423</sup> *Sâfilo Canada Inc. c. Chic Optic*, 2004 CanLII 46683 (C.A.), par. 26.

<sup>424</sup> *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, 2002 CanLII 41095 (C.A.), par. 30 [nos soulignements]; v. en ce sens *Schiller c. Banque Toronto-Dominion*, 2005 QCCA 1239, par. 19; *St-Pierre c. Lotfi*, 2012 QCCA 1436, par. 30.

<sup>425</sup> *Soucisse*, *supra* note 420, p. 362 : « C'est ce qu'enseigne Lemerle [...] : [...] on ne doit pas tirer avantage d'une faute que l'on a commise : il est juste, au contraire, de réparer le tort qu'on a fait ».

<sup>426</sup> *Id.*, p. 360.

<sup>427</sup> *Id.*, p. 362 [nos soulignements].



demande] », tout en relevant que la compensation en fait partie, comme la chose jugée et la confirmation tacite<sup>428</sup>.

L'évolution de la notion de fin de non-recevoir témoigne aussi de son lien inextricable avec le fond du litige. L'expression « fin de non-recevoir » traduit dès le XVI<sup>ème</sup> siècle le terme latin « *exceptio* »<sup>429</sup>. En droit romain, l'exception est un moyen de droit prenant sa source non pas dans la loi mais dans l'*imperium* du préteur. Sous le système des actions de la loi, le principe de l'unité de la question empêche le préteur de rajouter quoi que ce soit à la formule qui établit le mandat du juge<sup>430</sup>, mais les pouvoirs qu'il acquiert sous le système de la procédure formulaire lui permettent d'insérer, au début de la formule, une « préinscription », d'où le nom de *praescriptio*, posant une condition ou qualifiant la question en litige pour éviter une injustice, qui prendra ensuite le nom d'*exceptio*<sup>431</sup>.

---

<sup>428</sup> *Id.*, p. 360.

<sup>429</sup> Robert Estienne, *Dictionarium Latinogallicum*, Paris, Roberti Stephani, 1538, p. 262 : « *Exceptio, Fin de non recevoir* ». Le même ouvrage contient une autre définition (p. 93) : « *Cadere causa, Perdre son proces. Cadere formula. Estre déclaré non recevable, Estre débouté par fin de non recevoir. Cadere in iudicio* ». Signifiant littéralement que la formule est tombée, l'expression aurait été employée dans un contexte où la procédure a déterminé l'issue du litige plutôt que le bien-fondé du droit réclamé (v. James Muirhead, *The Institutes of Gaius and Rules of Ulpian*, Edinburgh, T. & T. Clark, 1880, p. 296, note 1 du § 53 : « *Causa cadere, lite cadere, formula cadere, formula excidere*, though sometimes used more generally, yet in strictness meant to fail through some mistake of form or procedure, rather than on the merits; see Cic. *De Inu.* ii, 19, § 57; Quintil. *Inst. Or.* iii, 6, § 69 ». Selon Vinnen, juriste hollandais du XVII<sup>ème</sup> siècle, l'expression « *formula cadere* » s'entendrait également dans le sens la *plus petitio*, c'est-à-dire la punition de perdre la créance qui est jugée inférieure à ce qui a été demandé (punition infligée notamment au banquier qui ne compense pas de lui-même sa demande avec la créance de son débiteur : Girard, p. 707; *supra* note 343) : « Afin que tous aigrissent à examiner soigneusement leur droit, et à ne pas créer téméairement un tourment pour d'autres; on voulait autrefois que celui qui avait demandé plus qu'il ne lui était dû, fût puni gravement, et perdit en entier la chose [...]. Les anciens disaient *causa cadere; formula cadere* ou *excedere* [...] [notes omises] » (Arnold Vinnen, *Institutes de Justinien. Traité des actions*, traduction de L. J. Horace Degouy et J. B. Tixier de la Chapelle, Paris, Th. Barrois père et Benjamin Duprat, 1830, p. 241 et 242); v. en ce sens Madvig, *État romain*, *supra* note 353.

<sup>430</sup> Girard, *Manuel*, *supra* note 343, p. 1005.

<sup>431</sup> Gaston May, *Éléments de droit romain*, 15<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1925, p. 642 et 643. Pour des raisons techniques, l'insertion faite au bénéfice du défendeur n'est pas en tête de la formule mais à la fin de celle-ci, de sorte que son nom change pour celui d'*exceptio*. Ainsi, la *praescriptio* est le moyen inséré par le préteur au bénéfice du demandeur (par exemple pour éviter que l'effet extinctif de la *litis contestatio* l'empêche de réclamer dans le futur des dettes non encore échues), tandis que l'*exceptio* est le moyen inséré au bénéfice du défendeur (Gaius, *Institutes*, *supra* note 343, commentaire 4, §116 et 130, p. 578 et 600). Selon Girard, l'exception permet de « contester la prétention du demandeur non plus seulement en niant le droit allégué par lui, mais en lui opposant un droit rival qu'il soutient devoir le neutraliser » (Girard, *Manuel*, *supra* note 343, p. 1005). Il en donne l'exemple suivant : « Il [le préteur] annonce par exemple que, tandis que selon le droit civil l'engagement obtenu par dol est néanmoins valable, il donnera à la victime du dol une exception pour ne pas exécuter cet engagement, c'est-à-dire qu'il insérera dans la formule de l'action une clause disant au juge de condamner seulement [s'il n'y a eu aucun dol de la part du demandeur] (*exceptio doli mali*) [...] » (*id.*, p. 40).

L'exception réfère donc au moyen qu'on ne peut opposer de plein droit, car il émane du droit prétorien et doit être inséré dans la formule pour être invoqué contre le droit émanant de la loi<sup>432</sup>.

Le terme reste dans le vocabulaire du droit sous Justinien, mais il n'a plus le même sens puisque le système de la procédure extraordinaire a aboli la formule, la distinction des instances et l'effet extinctif de la *litis contestatio*, en plus de fusionner les phases *in jure* et *in iudicium* devant un seul magistrat; désormais, tous les moyens peuvent être invoqués de plein droit lors du procès au fond<sup>433</sup>. Dans ce système, l'exception n'est plus que l'équivalent d'une action, mais une action exercée par défendeur : « Celui qui oppose une exception ou fin de non-recevoir est en quelque façon censé agir : car le défendeur en se servant d'une exception devient demandeur »<sup>434</sup>.

---

<sup>432</sup> C'est pourquoi les exceptions sont inutiles dans les actions de bonne foi que le préteur donne en vertu de son *imperium*, car il rédige alors la formule de manière suffisamment large pour que le mandat du juge l'autorise à évaluer toutes les prétentions fondées sur l'équité (Domenget, *Institutes*, *supra* note 343, p. 538 et 539). À l'inverse, les moyens qui sont tirés de l'ancien droit n'ont jamais à être insérés dans la formule, car ils peuvent être invoqués *ipso jure*, c'est-à-dire qu'il peuvent être soulevés pour la première fois même après la *litis contestatio* qui termine la phase *in jure*; par contraste, les moyens prétoriens qui s'opposent aux moyens de la loi doivent être insérés *exceptionis ope* dans la formule avant la *litis contestatio*, à défaut de quoi le moyen ne peut plus être soulevé pour la première fois *in iudicio* devant le juge en raison du mandat limité qui lui a été assigné (May, *Droit romain*, *supra* note 431, p. 640 et 641; Huvelin, *Droit romain*, tome 1, *supra* note 350, p. 201). Par exemple, la compensation est permise contre les actions de bonne foi sans qu'il soit nécessaire de faire insérer une exception dans la formule, contrairement aux actions fondées sur la loi qui exigent que l'exception de compensation soit insérée dans la formule (Huvelin, *id.*, p. 301). La compensation sera donc une exception si elle est opposée à une action de la loi, mais un moyen de défense si elle est opposée à une action de bonne foi. Le fait qu'une même règle puisse être une exception ou un moyen de défense selon le contexte se vérifie quant à l'autorité de la chose réclamée ou jugée. Par exemple, les instances légitimes (entre Romains à Rome sur une question de droit civil) éteignent *ipso jure* le droit réclamé en justice, tandis que les instances contenues dans l'*imperium* (auxquelles il manque un des éléments des instances légitimes) ne l'éteignent qu'au moyen de l'exception (Girard, *Manuel*, *supra* note 343, p. 1012; Accarias, *Précis*, *supra* note 345, p. 926; sur la distinction des instances, v. Gaius, *Institutes*, *supra* note 343, commentaire 4, §103 à 109, p. 571 à 575). Pour être précis, il faut distinguer les moyens *ipso jure* et les exceptions non pas en fonction qu'ils proviennent de la loi ou du pouvoir prétorien, mais à leur appartenance à l'ancien droit ou au nouveau droit, car des lois ont ensuite codifié des règles d'abord prétoriennes, ce qui n'a pas changé leur nature (v. en ce sens Huvelin, *Droit romain*, *supra* note 350, tome premier, p. 200).

<sup>433</sup> Accarias, *Précis*, *supra* note 345, p. 928 : « La *litis contestatio* ne détermine plus aussi rigoureusement qu'autrefois les éléments réels du litige. Elle continue d'en fixer l'objet. Mais tel moyen qui sous le système formulaire devait, à peine de déchéance, être produit *in jure*, pourra désormais être allégué et plaidé jusqu'à ce que le jugement soit rendu; c'est le cas du plus grand nombre des exceptions ».

<sup>434</sup> *Digeste*, *supra* note 347, tome 6, livre 44, titre 1, n° 1, p. 547. Le terme « exception » se confond alors avec l'acte de procédure du défendeur ayant pour but de débouter le demandeur : « Il faut remarquer que toute exception et toute réplique a pour but de faire débouter la partie; l'exception frappe contre le demandeur, la réplique contre le défendeur. On est encore en usage d'accorder une triplique contre la réplique, et encore des

La particularité de l'exception tient à ce que le défendeur qui se borne à nier la « réalité » de l'action du demandeur oppose un moyen de défense, tandis que le défendeur qui soit admet l'action du demandeur ou la nie mais y oppose de surcroît sa propre action en tant que défendeur utilise une exception<sup>435</sup>. En ce sens, le bien-fondé d'une exception est indépendant de la « réalité » de l'action à laquelle elle s'oppose, comme la fin de non-recevoir de l'arrêt *Soucisse*.

Mais le succès du moyen de défense a le même effet que le succès de l'exception : la partie adverse est « déboutée »<sup>436</sup>. Ainsi, l'exception ne laisse rien subsister et a pour effet de « détruire l'intention du demandeur et d'éviter la condamnation »<sup>437</sup>, de sorte « qu'une créance peut être détruite par une exception »<sup>438</sup>. C'est d'ailleurs pour cette raison que la créance visée par une exception, donc détruite, ne peut plus être compensée tandis que les obligations naturelles le peuvent<sup>439</sup>.

En revanche, pour Pothier, « [l]es fins de non-recevoir n'éteignent pas la créance »<sup>440</sup> et laissent subsister une obligation naturelle<sup>441</sup>. Son commentateur, Bugnet, qui écrit un siècle

---

contredits à la triplique, et ainsi de suite en multipliant les noms, suivant que le défendeur ou le demandeur se font de nouvelles réponses [nos soulignements] » (*id.*, n° 2, § 2, p. 547).

<sup>435</sup> *Code Justinien*, *supra* note 23, tome 3, livre 8, titre 36, n° 9, p. 388 : « Si vous croyez que votre adversaire ne puisse prouver sa demande, vous n'avez besoin d'aucune défense. Si au contraire, vous convenez de la réalité de son action, mais êtes muni d'une exception, on doit connaître seulement de votre exception; mais si vous ne convenez point de l'action de votre adversaire, il convient que vous ne proposiez et qu'on examine votre exception, que lorsqu'il aura lui-même prouvé ses prétentions. [...] Ce n'est pas avec des exceptions que les demandeurs appuient leurs demandes, mais par des répliques aux exceptions que les défendeurs leur opposent; car ces derniers seuls opposent dans certains cas des exceptions [nos soulignements].

<sup>436</sup> *V. supra* note 434.

<sup>437</sup> *Id.*, n° 2, p. 547. Le terme « intention » réfère à la partie de la formule dans laquelle le demandeur exposait sa demande. Autrement dit, l'exception « détruit la demande ».

<sup>438</sup> *Id.*, tome 2, livre 16, titre 2, n° 14, p. 433 (« [t]outes les fois qu'une créance peut être détruite par une exception, on ne peut pas demander qu'elle soit compensée »). Cet effet est le même pour les exceptions dilatoires comme pour les exceptions péremptoires; la distinction entre les exceptions dilatoires et péremptoires tient à ce qu'on ne peut les opposer en tout temps ou au contraire qu'on peut toujours les opposer avant jugement, mais le temps en question est le temps que dure le procès, car dans un cas comme dans l'autre le procès a un effet définitif. Selon Huvelin, la distinction avait surtout un intérêt pratique sous le système de la procédure formulaire, car le défendeur débouté qui avait une exception péremptoire pouvait revenir devant le prêteur après le jugement injuste pour obtenir le bénéfice de la *restitutio in integrum* (Huvelin, *Droit romain*, *supra* note 350, tome 1, p. 198). Il faut encore noter une différence majeure, à savoir que l'exception péremptoire est dite perpétuelle car elle peut toujours faire échec à l'action qu'elle vise, contrairement à l'exception dilatoire qui est dite temporaire.

<sup>439</sup> *Digeste*, *supra* note 347, tome 2, livre 16, titre 2, n° 6, p. 431 (« [c]e qui est dû en vertu d'une obligation purement naturelle peut entrer en compensation »).

<sup>440</sup> Pothier, *Obligations*, *supra* note 112, tome 2, p. 248 et 249.

plus tard, reproche à Pothier « [c]ette idée [...] purement romaine : c'est le droit civil toujours inflexible, et le droit prétorien qui le corrige : c'est le *justum* qui, dans son application, devient *iniquum* »<sup>442</sup>, puis il cite Gaius qui définit les exceptions : « [i]l arrive souvent, en effet, qu'on est tenu civilement, et que, cependant, on ne pourrait pas être condamné sans injustice »<sup>443</sup>. Or, l'obligation civile de Gaius est anéantie par l'*imperium* du préteur, contrairement à celle de Pothier.

La différence est fondamentale, car le droit prétorien était tout fait « civil » au sens de l'obligation civile moderne. Par contre, Pothier distingue l'exécution civile de la créance de son existence naturelle. Cette distinction, dont il n'est pas l'inventeur, est au cœur de la controverse qui nous intéresse, mais elle ne concerne pas la nature procédurale ou substantielle de la règle en cause : elle concerne la différence entre le droit civil et le droit naturel.

---

<sup>441</sup> *Id.*, tome 1, p. 220. L'obligation naturelle de Pothier, contrairement à celle du droit romain, ne permet pas, comme en droit moderne, la compensation : « C'est pourquoi, lorsqu'il y a une fin de non-recevoir acquise au débiteur contre ma créance; non-seulement je ne peux intenter action contre lui, je ne peux même lui opposer cette créance en compensation, contre les créances qu'il auroit de sa part acquies contre moi, depuis la fin de non-recevoir acquise contre la mienne; car la fin de non-recevoir qui subsiste contre ma créance, opère une présomption de l'extinction de ma créance » (*id.*, tome 2, p. 249).

<sup>442</sup> M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, tome deuxième, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Marchal et Billard, 1890, p. 373, note de bas de page 1.

<sup>443</sup> Gaius, *Institutes*, *supra* note 343, commentaire 4, §116, p. 578 et 579.

#### d) *Droit naturel*

L'obligation naturelle est une notion vraisemblablement introduite à Rome par les stoïciens, ceux-ci ayant les premiers dégagés « l'idée d'un droit inhérent à l'homme par cela seul qu'il est homme, indépendamment de la cité et de la religion »<sup>444</sup>. Cette idée « ne se tire pas de l'Édit du préteur ou de la loi des XII Tables, mais du fond même de la philosophie [et de] la pure expression de la justice »<sup>445</sup>. S'inspirant de cette notion, la théorie juridique des obligations naturelles se constitue graduellement à partir de Julien qui énonce qu'« [u]ne obligation naturelle ne s'estime pas seulement par cette circonstance, s'il naît d'elle une action, mais aussi quand l'argent payé ne peut être redemandé » et explique, « en termes assez embarrassés »<sup>446</sup> :

« Car, quoique les débiteur naturels soient dits moins proprement débiteurs, cependant en détournant un peu l'acception, on peut les concevoir débiteurs, et ceux qui reçoivent d'eux on dira qu'ils ont reçu ce qui leur était dû »<sup>447</sup>.

L'obligation naturelle s'introduira dans le droit romain de deux manières : tout d'abord en tempérant l'idée que tout être humain n'est pas une personne, puis en tempérant l'idée que tout accord de volonté n'est pas un contrat<sup>448</sup>. Quant à savoir si une obligation naturelle existait dès que le droit, légal et prétorien, était injuste au sens stoïcien, la plupart des auteurs estiment que tel n'était pas le cas, en particulier dans le cas de la prescription<sup>449</sup>. On

---

<sup>444</sup> Huvelin, *Droit romain*, *supra* note 350, tome 2, p. 249.

<sup>445</sup> *Id.*, p. 250.

<sup>446</sup> *Ibid.*

<sup>447</sup> *Digeste*, *supra* note 347, tome 7 (1805), livre 46, titre 1, n° 16, § 4, p. 89.

<sup>448</sup> Huvelin, *Droit romain*, *supra* note 350, tome 2, p. 251 et 252.

<sup>449</sup> *Id.*, p. 255 : « Pour les présomptions résultant de la survivance de l'inaction du créancier pendant un certain temps, la question de la survivance d'une obligation naturelle est encore plus douteuse. [...] Nous possédons [...] un texte absolument certain qui montre que les hypothèques garantissant la dette sont définitivement éteinte, et que, par conséquent, il ne subsiste plus d'obligation naturelle » et p. 312 : « Une fois le délai de 30 ans expiré, l'action est éteinte. Mais avec elle, est éteint, en outre, le droit personnel qu'elle sanctionnait. Ceci a été controversé. Suivant les uns, il subsisterait, après le délai de 30 ans, une obligation naturelle; suivant les autres, il subsisterait au moins un droit à une exception. Cela n'est pas vraisemblable : car les textes nous montrent que le débiteur qui aurait payé par erreur une dette éteinte par la prescription trentenaire, aurait la répétition de l'indû, ce qui n'aurait pas lieu si ce débiteur était encore tenu d'une obligation naturelle [...]. L'idée d'une exception, survivant à la prescription extinctive, n'est pas plus vraisemblable »; Girard, *Manuel*, *supra* note 343, p. 643 : « Pour le débiteur libéré par la prescription, l'exclusion de l'obligation naturelle paraît encore plus sûre »; Raymond Monier, *Manuel Élémentaire de droit romain*, tome deuxième, Paris, Domat-Montchrestien, 1936, p. 313 : « La prescription extinctive ne laisse subsister aucune obligation naturelle »; v. cependant Savigny, *Traité*, *supra* note 266, tome 5, qui détaille, p.

doit en conclure que l'obligation naturelle du droit romain pouvait corriger l'inéquité de la loi mais seulement au moyen de l'*imperium* du préteur, et qu'elle était en revanche incapable de corriger l'inéquité de celui-ci.

Lorsque la notion de droit naturel est invoquée à partir de la Renaissance, elle vise précisément à permettre l'introduction d'une obligation juridique indépendante de tout *imperium*. Elle est en particulier invoquée par Grotius pour réfuter la théorie voulant que les souverains et les étrangers ne peuvent prescrire :

« Il naît ici une grave difficulté touchant le droit d'usucapion. Comme, en effet, ce droit a été introduit par la loi civile – car, de sa nature, le temps n'a aucune vertu productrice, et rien ne se fait par le temps, quoique tout se fasse dans le temps, – il ne peut avoir lieu, selon l'opinion de Vasquez [...], entre deux peuples libres, ou deux rois, ou un peuple libre et un roi; ni même entre un roi et un particulier qui n'est pas son sujet, ni entre deux individus qui sont sujets de deux rois ou de deux peuples différents »<sup>450</sup>.

Grotius, qui s'oppose à cette conception, affirme plutôt que la prescription relève du droit naturel :

« Or, c'est là un effet, non du droit civil, mais du droit naturel, selon lequel chacun peut renoncer à ce qui lui appartient; et cela découle d'une présomption naturelle, en vertu de laquelle chacun est censé vouloir ce qu'il a suffisamment donné à connaître. [...]. Ainsi, [...] qui n'élève aucune réclamation pendant un long espace de temps [...] est censé n'avoir agi de la sorte, que parce qu'il ne voulait plus compter cette chose au nombre de celles qui lui appartiennent »<sup>451</sup>.

À partir de cette époque, la qualification « naturelle » ou « civile » d'une règle de droit vise à déterminer si un étranger peut en bénéficier ou si un souverain peut la modifier. Ainsi, les auteurs commencent à affirmer à partir du XVII<sup>e</sup> siècle que « les contrats sont du droit des gens »<sup>452</sup>, ce qui explique que les contrats lient les étrangers et traversent les frontières malgré la disparité des lois. Mais selon Batiffol, la distinction entre le droit civil et le droit naturel était artificielle :

---

375 et suivante, une argumentation serrée en faveur de la subsistance de l'obligation naturelle au motif que le gage subsiste à la prescription, ce qui en fournit « la preuve la plus décisive » (p. 399).

<sup>450</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, tome 1, traduit par Paul Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin, 1867, p. 465 [nos soulignements]

<sup>451</sup> *Id.*, p. 472 et 473 à 474 [nos soulignements].

<sup>452</sup> Franceskakis, *Droit naturel*, *supra* note 20, p. 138.

« Pour expliquer, à la fin de l'ancien droit, le refus aux étrangers du droit de transmettre et de recueillir à cause de mort, les auteurs, sous l'influence de la renaissance du droit romain au XVI<sup>ème</sup> siècle, avaient évoqué l'opposition romaine du *jus civile* au *jus gentium* : les étrangers ne pouvaient réclamer le bénéfice que du second, et le droit de succession relevait du premier. La formule, prise à la lettre, n'était qu'un « placage » artificiel, puisque la distinction des deux droits avait disparu depuis longtemps, mais elle impliquait, dans son intention authentique, une séparation entre les institutions universelles et les autres »<sup>453</sup>.

De fait, Pothier relate que seuls les citoyens romains pouvaient prescrire « par cet article de la Loi des Douze Tables »<sup>454</sup> et Merlin justifie sur cette idée que « les étrangers sont incapables de prescrire »<sup>455</sup>. Or, bien que le droit romain de la période classique n'ait effectivement donné qu'au seul citoyen l'action d'usucapion conférant la propriété légale des choses romaines – car l'étranger n'avait que l'exception de la *praescriptio longi temporis*, plus longue à acquérir et ne conférant que la propriété prétorienne mais visant toutes les choses dont les non-romaines<sup>456</sup> –, cette distinction fut abolie sous le système de la procédure extraordinaire comme « ridicule et subtile »<sup>457</sup>. En fait, cette distinction a été abolie précisément à l'époque où la prescription fut introduite comme règle générale comportant un seul et même effet :

« Voulant absolument détruire toutes les occasions de nuire, nous ordonnons que toutes les prescriptions généralement, soit qu'elles aient été établies par l'ancien droit, soit qu'elles l'aient été par les constitutions impériales, obtiennent leur effet primitif dans toute son intégrité [...]. Suppléant, par la présente loi, qui doit être observée à perpétuité, à ce qui manque aux anciennes lois qui ont introduit des prescriptions tant sous le rapport des expressions que sous celui du sens, nous ordonnons que s'il se trouve quelque contrat ou quelque action qui n'aient point été

---

<sup>453</sup> Henri Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 2002 (rééd. 1956), p. 146 [nos soulignements].

<sup>454</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité de droit civil et de jurisprudence française*, tome IV, Paris, Jean Debure, 1774, p. 584 : « Par le Droit Romain, il n'y avoit que les Citoyens qui en fussent capable [d'acquérir par prescription]; les étrangers étoient exclus de ce droit, par cet article de la Loi des Douze Tables [...] ».

<sup>455</sup> Philippe-Antoine Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, tome 9, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, H. Tarlier, 1829, p. 127 et 128 [nos soulignements], référant à Pothier, *ibid*.

<sup>456</sup> Girard, *Manuel*, *supra* note 343, p. 300 et 301.

<sup>457</sup> *Code Justinien*, *supra* note 23, tome 3, livre 7, titre 25, n<sup>o</sup> 1, p. 206 : « Voulant abolir une ridicule et subtile distinction des anciens, nous ordonnons par la présente loi, qu'on ne fasse plus aucune différence entre avoir une chose en vertu du droit des Romains (*ex jure Quiritium*), et l'avoir dans ses biens (*in bonis reperitur*); car cette distinction énigmatique est vide de sens et n'est rien de moins que réelle, dont tout l'effet est d'épouvanter les jeunes gens qui commencent l'étude du droit, qui sont obligés mal-à-propos de s'embarrasser l'esprit avec l'inutile doctrine des lois anciennes »; v. Jean-François Brégi, *Droit romain – Les biens et la propriété*, Paris, Ellipses, 2009, p. 109, notant l'abolition de la distinction entre la propriété quiritaire et la propriété prétorienne.

spécialement soumis aux prescriptions dont nous venons de parler, [...] ils soient compris dans cette loi salutaire, c'est-à-dire qu'elles soient absolument éteintes par la prescription de quarante ans »<sup>458</sup>.

On ne pouvait donc vraisemblablement plus prétendre, au moins depuis le V<sup>ème</sup> siècle, que les étrangers ne prescrivent pas. C'est du moins ce que le magistrat romain Cassiodore laisse entendre lorsqu'il qualifie la prescription de « *humano generi patrona* », patronne du genre humain, dans ses relations des actes de Théodoric alors que celui-ci répond aux plaintes des Juifs de Milan en leur disant qu'ils pouvaient eux aussi bénéficier de la prescription trentenaire<sup>459</sup>.

En définitive, explique Batiffol, l'idée de répartir les matières du droit privé entre les universelles et les particulières, les rationnelles et les artificielles, s'est révélée impraticable :

« Si la distinction [entre le droit des gens ou le droit naturel et le droit civil] avait été viable, on aurait dû voir se développer une importante jurisprudence répartissant les matières du droit privé entre l'une et l'autre catégories, d'après leur caractère universel ou particulier, rationnel ou artificiel. Les choses se sont passées autrement. La jurisprudence a reconnu successivement aux étrangers la jouissance de tous les droits qu'ils invoquaient [...] »<sup>460</sup>.

L'idée de distinguer la fin de non-recevoir du droit qu'elle affecte tient ainsi à la subsistance supposée de celui-ci dans le domaine naturel, celle-là n'agissant que dans le domaine civil dont il est issu. Mais cette distinction n'a rien à voir avec le règlement d'un litige, car elle vise le résultat final de celui-ci. La fin de non-recevoir ne concerne donc peut-être que le droit d'action au sens du droit d'exiger l'exécution d'une obligation tout en laissant intact le droit, mais elle n'empêche pas pour autant la tenue d'un procès.

---

<sup>458</sup> *Code Justinien, supra* note 23, tome 3, livre 7, titre 29, n° 4, p. 232, nos soulignements; v. en ce sens Dunod, *Traité, supra* note 95, p. 6 et 7 : « Mais enfin, l'idée d'un domaine civil séparé du naturel, parut d'une vaine subtilité; ces formalitez requises pour acquérir le domaine civil, devinrent à charge et trop difficiles à pratiquer; celui qu'on avoit réservé à la République sur les fonds situez hors l'Italie, s'effaçà insensiblement; et les grandes richesses des Sujets de l'Empire Romain, rendirent trop court l'espace d'un et deux ans, que la Loi avoit prescrit pour l'Usucapion. Ces raisons portèrent Justinien à rejeter les formalitez de l'acquisition, et la distinction des domaines civil et naturel. [...]. C'est ainsi que l'Usucapion et la Prescription furent confondues, et ne signifièrent plus qu'une même chose [...] et qu'elles eurent le même effet » [nos soulignements].

<sup>459</sup> Thomas Hodgkin, *Letters of Cassiodorus*, Londres, Henry Frowde, 1886, p. 286.

<sup>460</sup> Batiffol, *Aspects philosophiques, supra* note 453, p. 147 [nos soulignements].



#### 4. Fondements de la prescription

Un codificateur français a dit : « de toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social »<sup>461</sup>. Savigny en disait « une des institutions les plus importantes et les plus salutaires »<sup>462</sup>. Mais elle n'a pas toujours eu les faveurs des commentateurs, ni des législateurs, tel Justinien qui la disait impie contre les biens de l'Église<sup>463</sup>. D'autres, comme d'Argentré, ont comparé la prescription à une fontaine privée « à laquelle aucun n'a droit, s'il ne l'a acquis par une longue possession », par opposition à la fontaine publique de la coutume « à laquelle chacun puise de l'eau, sans y avoir acquis un droit particulier »<sup>464</sup>.

Pour le juge Gonthier, la prescription est un concept essentiel au droit civil<sup>465</sup>. On a même écrit que cette notion existait dans tous les systèmes de droit des nations civilisées<sup>466</sup>, ce à quoi l'on pourrait rajouter qu'elle est en réalité inhérente à tout système de droit<sup>467</sup> et qu'on peut l'inclure parmi les principes généraux du droit<sup>468</sup>. Cela explique que, malgré la

---

<sup>461</sup> « Présentation au corps législatif et exposé des motifs par M. Bigot-Préameneu » dans P.-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, Paris, Videcoq, 1836, p. 576; v. en ce sens Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome troisième, Paris, L. Larose, 1884, p. 888 : « Notre législateur l'a accueillie [la prescription] comme un instrument de paix; il en a fait le couronnement de l'édifice du Code civil ».

<sup>462</sup> Savigny, *Traité*, *supra* note 266, tome 5, p. 279.

<sup>463</sup> Bandrac, *Prescription*, *supra* note 363, p. 13, note que Justinien disait de la prescription qu'elle était « *impium praesidium* », mais l'empereur byzantin faisait ce commentaire en parlant des droits de l'Église, dans un passage où il interdit d'invoquer contre elle une autre prescription que la prescription centenaire, se félicitant des « bienfaits de la présente loi » de telle sorte que « les hommes pervers ne pourront plus à l'avenir commettre d'impiétés (*nes iniquis hominibus impium remaneat praesidium*), et les moyens même de pécher leur seront ôtés; mais on respectera les droits des personnes qui en auraient de justes à réclamer, pourvu, comme il a déjà été dit, que ces droits ne soient fondés sur aucune allégation improbe de prescription » (M. Béranger, *Les Nouvelles de l'Empereur Justinien*, tome premier, Metz, Lamort, 1807, p. 104).

<sup>464</sup> Dunod, *Traité*, *supra* note 95, p. 107; v. en ce sens Troplong, *Prescription*, *supra* note 52, p. 32, qui note cependant que le magistrat breton est « un peu rhéteur » en faisant ce parallèle, ce qui n'empêche pas Baudry-Lacantinerie, *Prescription*, *supra* note 134, p. 1, de souligner le « rapport étroit [...] entre la prescription et la coutume ».

<sup>465</sup> *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, par. 48.

<sup>466</sup> Vidrascu, *Prescription*, *supra* note 239, p. 3.

<sup>467</sup> Voir Nicolas Politis et Charles De Visscher, « La prescription libératoire en droit international public », [1925] 32 *A.I.D.I.* 1, p. 3 : « Si on l'envisage [la prescription libératoire] dans son fondement ou par son côté matériel, on se trouve amené à reconnaître qu'elle repose sur des considérations générales d'ordre et de stabilité qui tendent à la faire considérer comme « partie intégrante et nécessaire de tout système de droit » [note omise] ».

<sup>468</sup> Sentence partielle de 1996 rendue dans l'affaire 7375 de la CCI.

variabilité des régimes de prescription selon les pays, la nécessité de l'existence de règles de prescription est vue comme relevant de l'ordre public absolu<sup>469</sup>.

La doctrine identifie généralement trois fondements à la prescription, à savoir le maintien de la paix sociale, la sanction du créancier négligent et la protection du débiteur<sup>470</sup>. La Cour suprême résume les fondements de la prescription de la manière suivante :

« [L]a prescription apparaît comme une institution destinée à introduire la sécurité dans les relations juridiques en atténuant les séquelles liées à l'effet érosif du temps sur la mémoire et sur la valeur des éléments de preuve et en incitant les créanciers à la diligence »<sup>471</sup>.

L'objectif de la prescription tient à ce qu'il n'est pas sain que certaines situations restent floues ou incertaines trop longtemps et donc que « le droit doit, au bout d'un certain temps, acquérir une certitude permettant de cristalliser la situation juridique et de consolider le droit des parties et des tiers »<sup>472</sup>. Certains auteurs mentionnent que ce besoin de certitude découle du fait que notre « société moderne » est « basée sur la rapidité et la stabilité des échanges économiques »<sup>473</sup> ou que « les situations ambiguës sont à proscrire » dans notre société « où vitesse rime avec productivité »<sup>474</sup>. Il est contestable que la rapidité de la société moderne soit réellement un des fondements de la prescription, à preuve l'existence

---

<sup>469</sup> Fréchette, *Prescription*, *supra* note 220, p. 164.

<sup>470</sup> Pierre Martineau, *La prescription*, Montréal, P.U.M., 1977, p. 241 et 242, Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, n<sup>o</sup> 1082; Odette Jobin-Laberge, « Prescription extinctive », *JurisClasseur Québec – Preuve et prescription*, fasc. 22, 2012, n<sup>o</sup> 2; Maurice Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n<sup>o</sup> 1442; François Frenette, « De la prescription », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, dir., *La réforme du Code civil*, tome 3, Québec, P.U.L., 1993, p. 582; Baudouin, *Responsabilité*, *supra*, note 276, n<sup>o</sup> 1-1395, 1-1396 et 1-1397; Patrice Deslauriers, « Recent Civil Law Developments in Extinctive Prescription », *Droit contemporain : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Athènes, 1994, Montréal, Institut de droit comparé de l'université McGill, 1995, p. 129 et 130; Naccarato, *Prescription*, *supra* note 265, n<sup>o</sup> 15; Dumais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 23; Gervais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 4 et 5; *contra* Vidrascu, *Prescription*, *supra* note 239, p. 50 et 51, pour qui la prescription est plutôt fondée sur l'adéquation du droit au fait, comme la prescription acquisitive (v. en ce sens Hage-Chahine, *Prescription*, *supra* note 14). L'adéquation du droit au fait est toutefois un constat de l'effet de la prescription mais pas une explication de l'existence de cet effet.

<sup>471</sup> Gauthier, *supra* note 465, par. 48.

<sup>472</sup> Jobin, *Obligations*, *supra* note 470, n<sup>o</sup> 1083; Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n<sup>o</sup> 1-1395; v. en ce sens *Hamel c. Canada*, [1999] 3 C.F. 335 (C.A.F.) : « [t]ant en common law qu'en droit civil, on retrouve comme fondements des objectifs tels la protection de l'ordre social et la nécessité après l'écoulement d'un certain laps de temps de sécuriser un individu pour le geste posé ».

<sup>473</sup> Jobin, *Obligations*, *supra* note 470, n<sup>o</sup> 1083; Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n<sup>o</sup> 1-1395.

<sup>474</sup> Dumais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 23; voir aussi Deslauriers, *Prescription*, *supra* note 470, p. 129 et 130.

de la prescription dès la Rome antique. En revanche, le raccourcissement des délais qui s'est opéré avec la réforme du Code civil de 1994 a été expliqué de cette manière :

« [I]es changements survenus dans notre société depuis la codification de 1866, notamment aux plans de la communication, de l'information et des valeurs surtout, rendaient également difficile, voire ridicule le maintien d'un délai général à trente ans. Le délai de dix ans traduit mieux les mœurs d'un temps et d'une société qui tolèrent moins longtemps l'inaction »<sup>475</sup>.

De manière générale, il est vrai que la paix sociale exige l'existence d'un délai relativement bref : par exemple, des créances subsistant pendant des siècles généreraient des procès dominés par d'interminables questions sur l'identité des titulaires des droits, sans parler de la disponibilité des preuves. Cela dit, la certitude quant aux situations juridiques réside autant dans l'assurance qu'aura le débiteur de ne pas se faire poursuivre pour des réclamations trop anciennes que dans celle du créancier de pouvoir le faire pendant un délai suffisant. En d'autres termes, la sécurité dans les relations juridiques est autant servie par la brièveté du délai de prescription que par sa suffisance. Il faut en conclure que les délais de prescription répondent aux impératifs d'ordre public en étant d'une durée raisonnable – et prévisible.

La première manière d'atteindre l'objectif de sécurité de la prescription consiste à atténuer l'effet érosif du temps sur la mémoire et sur la valeur des éléments de preuve<sup>476</sup>. La prescription intervient alors pour dispenser le débiteur d'avoir à prouver quoi que ce soit : « [c]omme il peut être extrêmement difficile après une longue période de retracer les éléments de preuve afin de démontrer le paiement, la prescription vient libérer le débiteur »<sup>477</sup>. Un auteur donne en exemple le cas du débiteur qui a détruit sa quittance et qui ne peut plus rapporter la preuve de son paiement<sup>478</sup>. Dans ce cas, la prescription empêche qu'un débiteur, faute de prouver qu'un premier paiement a été effectué, soit tenu

---

<sup>475</sup> Frenette, *Prescription*, *supra* note 470, p. 582. Paradoxalement, les moyens de conservation des preuves se sont considérablement améliorés entre 1866 et 1991, de sorte que l'argument technologique et social ne vient pas vraiment au soutien du raccourcissement. De fait, un trop court délai peut favoriser la judiciarisation prématurée d'un litige ou encore la perte d'un droit dans des circonstances inéquitables, comme en témoigne les débats quant aux délais en matière d'agression sexuelle.

<sup>476</sup> Gauthier, *supra* note 465, par. 48.

<sup>477</sup> Dumais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 23; v. en ce sens Deslauriers, *Prescription*, *supra* note 470, p. 130.

<sup>478</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1397.

de payer une deuxième fois pour la même dette<sup>479</sup>. À l'inverse, sans la prescription extinctive, « un débiteur serait tenu de garder indéfiniment la quittance constatant le paiement qu'il a effectué pour la transmettre à ses ayants cause qui, eux-mêmes, devraient la conserver indéfiniment »<sup>480</sup>.

Une présomption de paiement explique cette dispense de preuve<sup>481</sup>. Cette présomption de paiement découle de la probabilité que le créancier n'ait rien à réclamer : « toutes les prescriptions, quel qu'en soit le délai, sont fondées peu ou prou sur une probabilité raisonnable d'inexistence de la créance »<sup>482</sup>. Ainsi, « on doit pouvoir présumer, après un certain temps, que le paiement a effectivement eu lieu et que le débiteur a été libéré »<sup>483</sup>, autrement dit que « le créancier ne poursuit pas pendant un certain laps de temps le paiement de sa créance simplement parce que le débiteur l'a payée en temps voulu »<sup>484</sup>. Cette justification se fonde sur le « *plerumque fit* », c'est-à-dire la plus forte vraisemblance d'un point de vue statistique<sup>485</sup>, car l'exécution des obligations est la règle<sup>486</sup> et la plupart des dettes sont payées à leur échéance<sup>487</sup>. En d'autres termes, la prescription atténuée l'effet érosif du temps en octroyant au débiteur, après un certain délai, le droit de ne pas avoir à prouver qu'il a correctement exécuté ses obligations.

Deuxièmement, l'objectif de sécurité de la prescription est atteint en incitant les créanciers à la diligence<sup>488</sup>. D'après la doctrine, le créancier qui ne fait pas valoir ses droits commet une faute<sup>489</sup>, car « il paraît normal que le créancier d'un droit en réclame l'exécution

---

<sup>479</sup> Naccarato, *Prescription*, *supra* note 265, n° 15.

<sup>480</sup> Martineau, *Prescription*, *supra* note 470, p. 242; v. en ce sens Fauvarque-Cosson, *Prescription*, *supra* note 14, p. 235 : « [...] non seulement [la prescription] lui permet [au débiteur] de se libérer mais le dispense encore de garder indéfiniment des factures, parfois jamais possédées [...] ».

<sup>481</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1397; Dumais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 23; Deslauriers, *Prescription*, *supra* note 470, p. 130; Naccarato, *Prescription*, *supra* note 265, n° 15; Jobin-Laberge, *Prescription*, *supra* note 470, n° 2.

<sup>482</sup> Marc Mignot, « Prescription extinctive – Dispositions générales », *JurisClasseur Civil Code > Art. 2219 à 2223*, 03,2009 [ci-après Mignot, *Prescription*], n° 27.

<sup>483</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1397; *contra* Gervais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 5.

<sup>484</sup> Mignot, *Prescription*, *supra* note 482, n° 108.

<sup>485</sup> Christian Jubault, « Les « exceptions » dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond », [2003] 11 *Petites affiches* 4, n° 25.

<sup>486</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1397.

<sup>487</sup> Mignot, *Prescription*, *supra* note 482, n° 6.

<sup>488</sup> Gauthier, *supra* note 465, par. 48.

<sup>489</sup> Dumais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 23; Deslauriers, *Prescription*, *supra* note 470, p. 130.

lorsque celui-ci est exigible »<sup>490</sup>. En conséquence de cette faute, la prescription dépouille le créancier tardif de son droit<sup>491</sup> en rendant irrecevable sa réclamation<sup>492</sup>. Pour justifier cette « spoliation » du droit du créancier<sup>493</sup>, la prescription opère une présomption de renonciation au droit : « [l]a prescription repose notamment sur une présomption que le titulaire d'un droit renonce à son exercice en raison de son manque de diligence à le faire valoir »<sup>494</sup>.

En somme, si l'existence même de la prescription est fondée sur une considération d'ordre public (la nécessité de préserver la paix sociale et la stabilité dans les situations juridiques, autrement dit la sécurité juridique), son fonctionnement est fondé sur deux présomptions d'ordre privé – une présomption de paiement et une présomption de renonciation – instituées pour des raisons probatoires (l'effet érosif du temps sur la mémoire et la valeur des éléments de preuve) et morales (inciter les créanciers à la diligence).

La prescription est régie par des règles d'ordre public et d'autres purement privées. Le caractère d'ordre public de la prescription se révèle par les interdictions spécifiques de renoncer à l'avance à la prescription et de fixer contractuellement un autre délai et par la possibilité pour un tiers de l'invoquer malgré que le débiteur y ait renoncé<sup>495</sup>. Quant au reste, cependant, et puisque la prescription est instituée dans son intérêt<sup>496</sup>, le débiteur peut renoncer au bénéfice du temps déjà écoulé<sup>497</sup> et à celui de la prescription acquise<sup>498</sup>, ce qui a pour effet de la faire recommencer à courir par le même laps de temps<sup>499</sup>.

---

<sup>490</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1396.

<sup>491</sup> Martineau, *Prescription*, *supra* note 470, p. 242.

<sup>492</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1396.

<sup>493</sup> Martineau, *Prescription*, *supra* note 470, p. 241.

<sup>494</sup> Gauthier, *supra* note 465, par. 67.

<sup>495</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1395.

<sup>496</sup> Fauvarque-Cosson, *Prescription*, *supra* note 14, p. 235 : « [...] la prescription se présente avant tout comme une institution favorable au débiteur [...] ».

<sup>497</sup> Art. 2883 et 2898 C.c.Q.

<sup>498</sup> Art. 2883 C.c.Q.

<sup>499</sup> Art. 2888 et 2903 C.c.Q.



## 5. Effets de la prescription

La prescription, nous dit l'art. 2875 *C.c.Q.*, est « un moyen d'acquérir ou de se libérer par l'écoulement du temps ». La prescription extinctive, qui seule nous intéresse, a donc pour effet de « libérer ». Mais de quoi? L'effet de la prescription est visé par deux articles du Code civil. D'un côté, l'art. 1671 *C.c.Q.* nous dit que la prescription est l'une des causes d'extinction des obligations. De l'autre, l'art. 2921 *C.c.Q.* dispose que « [l]a prescription extinctive est un moyen d'éteindre un droit par non-usage ou d'opposer une fin de non-recevoir à une action ».

D'emblée, on peut se questionner sur le fait que le point de départ de la prescription soit la naissance du droit d'action (art. 2880 *C.c.Q.*), ce qui pourrait vouloir dire que celui-ci seul fait l'objet de son effet extinctif. Il faut bien voir que ce droit d'action n'est pas l'action procédurale mais l'action substantielle, en ce sens qu'elle n'est pas reliée au droit d'obtenir un procès mais au droit d'obtenir l'exécution d'une obligation. Ainsi, le « droit d'action » que l'art. 929 *C.c.Q.* donne au possesseur dépossédé ne dépend pas d'une prétention sérieuse pour exister : ce droit d'action prévoit, lorsque bien-fondé, un bénéfice entre les parties, à savoir la cessation du trouble ou la remise en possession. Pareillement, la question de savoir si ce droit a été exercé dans l'année où survient le trouble ou la dépossession afin de déterminer s'il est prescrit en vertu de l'art. 2923 al. 2 *C.c.Q.* suppose la véracité du trouble ou de la dépossession, ce qui est une question de fond.

On pourrait aussi tirer argument du rattachement de la prescription à la naissance du droit d'action pour penser que cela signifie que les obligations sont imprescriptibles tant qu'il n'existe pas d'action pour les faire valoir. Mais il ne faut pas confondre la durée d'un droit exécuté avec celle de celui qui ne l'est pas. En effet, si l'on rattache l'art. 2880 *C.c.Q.* à l'art. 1590 *C.c.Q.*, on voit que la prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où « le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation », ce qui n'arrive évidemment pas si le droit est par ailleurs exécuté<sup>500</sup>. La naissance de l'action substantielle

---

<sup>500</sup> Ainsi, le pacte de préférence qui n'est pas violé ne se prescrit pas non pas parce que les droits sont imprescriptibles mais parce que c'est leur violation qui déclenche l'écoulement du délai, ce qui ne veut pas dire que ce même pacte, demeuré inviolé, est pour autant perpétuel. V. par exemple Madeleine Cantin-Cumyn, « Essai sur la durée des droits patrimoniaux », [1988] 48:1 *R. du B.* 3, qui, abordant la question de la

est donc concomittante avec l'inexécution d'une obligation, ce qui revient à dire que ces deux notions sont des termes différents pour parler d'une même chose (sauf à préciser qu'en matière de responsabilité civile, l'obligation inexécutée est celle prévue aux articles 1457 ou 1458 *C.c.Q.*).

---

durée des droits personnels sans référer à la prescription, fait valoir que le droit civil est réticent à reconnaître la perpétuité d'une obligation (au sens, selon notre lecture de la discussion de l'auteur, de l'obligation exécutée) notamment au motif que sa perpétuité est incompatible avec la liberté qui en a justifié la naissance : « L'ensemble des contrats successifs et, au-delà d'eux, toute obligation contractuelle est limitée dans le temps. Cette limitation a son principal fondement dans le respect de la liberté de la personne et de ses diverses manifestations, liberté de se déplacer, liberté de travail, d'industrie et de commerce, liberté de disposer de ses biens » (p. 44). Quant à la non-perpétuité d'un pacte de préférence, l'auteur en dit : « Dans les cas de promesses de vente et de pacte de préférence, on a plutôt tendance à limiter la durée en restreignant leur effet à la vie de l'une ou l'autre des parties, ou encore, dans le cas de la promesse de vente, en l'assujettissant à la faculté de résiliation unilatérale avec délai de préavis » (p. 45). Elle avait précédemment cité, p. 42 note 137, les sources suivantes au soutien de cette affirmation : *St-Laurent c. Ouellette*, [1984] C.A. 124, 131, comm. Par R. Comtois, (1983-84) 86 *R. du N.* 387; J. Carbonnier, « De l'effet du temps sur un pacte de préférence », (1960) *R.T.D.C.* 323.



a) ***Irrecevabilité et fin de non-recevoir***

Certains auteurs interprètent la « fin de non-recevoir à une action » mentionnée à l'art. 2921 *C.c.Q.* comme signifiant que la prescription laisse subsister le droit et n'éteint que l'action, témoignant de la nature procédurale de l'institution<sup>501</sup>. Mais que la prescription soit une fin de non-recevoir confirme, au contraire, sa qualification substantielle, car les fins de non-recevoir sont liées au fond du litige. Même en tenant pour avéré que la fin de non-recevoir laisse subsister le droit et n'empêche que l'exécution de celui-ci, ce moyen n'est pas lié au droit d'obtenir un procès mais au rapport entre les parties.

Il est vrai que la fin de non-recevoir peut être invoquée dans le cadre du paragraphe 4 de l'art. 165 *C.p.c.* (ou des art. 54.1 *C.p.c.* et suivants), mais son rejet à ce stade ne signifie pas nécessairement qu'elle n'est pas fondée. Par exemple, dans *Butcher c. Bennett*, la Cour d'appel a refusé de déclarer l'action irrecevable non pas au motif qu'elle n'était pas prescrite mais au motif que les allégations « pourraient permettre au juge du fond » de conclure qu'elle ne l'était pas<sup>502</sup>. De même, dans *Christensen c. Archevêque catholique romain de Québec*, la Cour suprême a refusé de rejeter un recours pour cause de prescription au motif que « [l]e juge du procès devra évaluer la preuve pour décider si [la prescription s'applique] »<sup>503</sup>. Dans ces affaires, le demandeur s'est vu reconnaître un droit d'action (car on lui a permis d'obtenir une décision sur le fond du litige) en dépit du fait que son droit était peut-être l'objet d'une fin de non-recevoir, c'est-à-dire qu'il était peut-être prescrit. On ne peut donc conclure que la prescription vise le droit d'action au sens du droit d'obtenir un procès.

En fait, si l'argument avait été retenu dans ces affaires *Butcher* et *Christensen*, la prescription aurait alors interrompu la procédure non pas parce que le droit d'action en est

---

<sup>501</sup> Naccarato, *Prescription*, *supra* note 265, par. 23, qui laisse entendre que la notion de fin de non-recevoir « crée une certaine ambiguïté »; v. en ce sens Nicolas Cayrol, « Action en justice », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 2007, p. 53 : Certains faits apaisants, volontaires ou involontaires, affectent la recevabilité des prétentions. Le principal est l'écoulement du temps qui donne lieu, à la fin, à la prescription. L'importance de cette notion de prescription pour la théorie de l'action conduit à préciser son rôle »; Marie-Laure Niboyet-Hoegy, « Action en justice », *Rép. internat. Dalloz*, 1998, p. 9 : « Avec des contours différents, tous les systèmes juridiques (V., pour le droit français, NCPC, art. 122) subordonnent le droit d'agir en justice à des conditions de temps [...] ».

<sup>502</sup> *Butcher c. Bennett*, J.E. 99-2313 (C.A.).

<sup>503</sup> *Christensen c. Archevêque catholique romain de Québec*, [2010] 2 R.C.S. 694, par. 2.

l'objet, mais parce que la preuve administrée à ce stade vouait la prétention adverse à l'échec. En ce sens, la prescription n'apparaît pas différente des autres éléments qui forment le droit réclamé et qui peuvent faire l'objet d'une preuve avant que l'affaire soit entendue sur le fond. Ainsi, la preuve *in limine litis* de l'absence de préjudice peut entraîner le rejet préliminaire de l'action, mais cela ne signifie pas que l'exigence d'un préjudice soit une exigence procédurale : le préjudice est un élément du droit réclamé (qui peut s'appeler « droit d'action » lorsqu'on vise, par cette expression, le droit d'obtenir quelque chose dans ses rapports avec autrui) mais il ne change pas de caractère selon le moment où le tribunal se prononce à son sujet.

Il est vrai que le tribunal qui conclut à la prescription peut éviter de se prononcer sur la prétention *faute – lien de causalité – préjudice*, car cela devient inutile lorsque la conviction est acquise que de toute façon le droit serait prescrit s'il était établi. Cette particularité peut engendrer l'impression que le tribunal ne se prononce pas sur le fond du litige. L'impression que la fin de non-recevoir ne concerne pas le fond du litige est encore plus forte lorsqu'elle entraîne le rejet de la prétention *faute – lien de causalité – préjudice* au stade préliminaire. Mais que la fin de non-recevoir soit constatée à ce stade ou au terme d'un procès ne change rien à son effet : elle anéantit le droit qui en est l'objet<sup>504</sup>. C'est en ce sens que la Cour d'appel qualifie la prescription de « défense de fond » par opposition à « défense de procédure » : « la prescription [...] n'est pas une défense de procédure, mais une défense de fond, qui fait obstacle définitivement à tout droit d'action »<sup>505</sup>.

De plus, la prescription peut être soulevée de manière subsidiaire. Par exemple, le défendeur peut demander au tribunal de conclure que la prétention *faute – lien de causalité – préjudice* n'est pas fondée mais que, subsidiairement et seulement dans l'éventualité où le tribunal en vient à la conclusion que cette prétention est bien fondée, le droit qui en découle est au surplus prescrit. Une partie peut avoir intérêt à vouloir faire déclarer par le tribunal que la créance réclamée par le demandeur est mal fondée sans pour autant renoncer à

---

<sup>504</sup> V. en ce sens Marie-Laure Niboyet-Hoegy, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1985, p. 61, qui analyse de la manière suivante une fin de non-recevoir tirée du droit anglais et la prescription extinctive : « [L'estoppel by representation] se rapproche donc de la prescription extinctive opérant consolidation des situations de fait par le biais de la suppression du droit pour le demandeur de soulever certains moyens de droit [nos soulignements] ».

<sup>505</sup> 9091-7337 *Québec inc. c. Katz*, 2008 QCCA 998, par. 3.

invoquer la prescription de manière subsidiaire. Dans un tel cas, le seul effet possible de la prescription est d'éteindre le droit du créancier dont le tribunal a par ailleurs constaté l'existence et non d'éteindre un droit d'action régulièrement exercé et dont l'objet (« obtenir une décision sur le fond ») s'est réalisé.

Les deux hypothèses évoquées (décision sur la prescription à titre principal et décision sur la prescription à titre subsidiaire) ne peuvent de toute façon pas provoquer d'effet différent quant à la prescription sans heurter le principe déclaratif du jugement. En effet, la place que prend la prescription dans une décision subséquente aux faits en litige ne devrait en rien changer son effet, car le juge ne modifie pas les droits des parties : il se borne à décrire « le moment où l'effet juridique en litige a été produit »<sup>506</sup>.

Ces développements démontrent que l'objet de la prescription n'est pas la procédure mais le fond du rapport entre les parties. En fait, la prescription concerne si peu la procédure que cette dernière évolue dans le temps hors de son emprise, comme en témoigne le fait qu'une procédure peut rester inactive pendant un très long laps de temps à partir du moment où l'autre partie a reçu signification de l'action intentée<sup>507</sup>.

Puisque la prescription vise les droits des parties, le débat sur son effet porte sur la question de savoir si la prescription vise le « droit d'action » au sens substantiel, à savoir le droit d'exiger l'exécution mentionné à l'art. 1590 *C.c.Q.*, ou l'obligation elle-même. À cet égard, voyons quelques-unes des questions qui sèment la controverse.

---

<sup>506</sup> Paul Roubier, *Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 226.

<sup>507</sup> Par exemple, dans *Collège des médecins c. Arseneault*, 2009 QCCA 465, l'action intentée en 1970 est demeurée inactive pendant 30 ans et de nouveaux défendeurs ont été contraints à y devenir partie plus de 40 ans après les événements. La Cour s'exprime comme suit, au par. 26 : « Certes il y a eu négligence, mais encore faut-il une règle de droit qui la sanctionne par la perte du droit d'action. Il n'existe pas de telle règle »; et au par. 30 : « La perte d'un droit d'action à défaut d'agir en temps utile ne peut être fondée que sur les règles de la prescription du *Code civil*, y compris celle de l'interruption de prescription que les intimés invoquent en leur faveur ».



## b) *Prescription et déchéance*

Tout d'abord, des auteurs opposent les effets de la prescription à ceux de la déchéance. Baudouin affirme que « [e]n principe, la prescription ne fait qu'éteindre le droit d'action [...]. Par contre, dans le cas de la déchéance, ce n'est pas seulement le droit à l'action en justice qui est perdu. Le délai de déchéance s'attaque au droit lui-même et l'éteint »<sup>508</sup>. Pour Dumais, « [l]a prescription extinctive n'entraîne pas l'abrogation du droit de celui contre qui on a prescrit. Elle a seulement pour effet d'empêcher ce dernier d'invoquer civilement les droits qu'il a laissé prescrire. Une déchéance de recours va plus loin : elle ne fait pas qu'empêcher la possibilité d'invoquer des moyens de droit, elle entraîne aussi la perte du droit lui-même »<sup>509</sup>.

Quant à Gervais, elle explique que « le délai de déchéance anéantit le lien d'obligation alors que le délai de prescription élimine seulement le droit d'action »<sup>510</sup>. Naccarato opine et soutient que « la prescription proprement dite [...] éteint l'action en justice, mais non la créance elle-même » car « à l'opposé de la déchéance, [elle] constitue une défense de droit processuel, plutôt qu'une défense de droit substantiel »<sup>511</sup>. Tancelin, au contraire, affirme que « [l]'extinction du droit par non-usage viserait la prescription proprement dite et la possibilité d'opposer une fin de non-recevoir concernerait seulement la déchéance du recours »<sup>512</sup>.

Cette opposition remonte apparemment à l'ancien Code, où les courtes prescriptions (celles de cinq ans et moins) devaient être soulevées d'office par les tribunaux<sup>513</sup> et avaient pour

---

<sup>508</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1444 et 1-1445; v. aussi, au n° 1-1449 : « Lorsqu'il s'agit d'une prescription à laquelle la loi n'attache que le déni de l'action en justice, l'obligation d'origine continue donc d'exister, puisqu'un lien d'obligation (bien que non exigible en justice) continue à unir les deux parties. [...] Lorsqu'il s'agit, au contraire, d'un délai de déchéance, auquel la loi attache la disparition même du droit, celui-ci est éteint par l'arrivée du temps ». Pourtant, cet auteur mentionne, au n° 1-1389 : « [...] celui qui a été diffamé et laisse passer un an sans se plaindre en justice perd son droit. Son débiteur est libéré de la dette et le lien d'obligation qui les réunissait s'éteint ».

<sup>509</sup> Dumais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 6 et 7.

<sup>510</sup> Gervais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 178.

<sup>511</sup> Naccarato, *Prescription*, *supra* note 265, n° 23.

<sup>512</sup> Tancelin, *Obligations*, *supra* note 470, n° 1462; v. aussi Roger Pinto, « La prescription en droit international », [1955] 87 *R.C.A.D.I.* 387, p. 442, note 3, pour qui la déchéance du droit est parfois assimilée non pas à l'extinction du droit mais seulement à l'inefficacité du « procédé technique, acte ou action, qui permet de le faire valoir ».

<sup>513</sup> Art. 2188 C.c.B.-C.

effet d'éteindre la créance de manière absolue<sup>514</sup>. On en déduisait que les prescriptions de plus de cinq ans n'avaient pas cet effet :

« 347 – *Effets des prescriptions du plus de cinq ans* – Lorsqu'une prescription de plus de cinq ans est accomplie, elle constitue pour le débiteur une fin de non-recevoir qu'il peut opposer au créancier. Elle n'éteint pas vraiment la créance; il subsiste un lien de droit entre le créancier et le débiteur. Le seul effet de la prescription est de procurer au débiteur un moyen de défense pour repousser l'action du créancier. [...].

348 – *Effets des prescriptions de cinq ans ou moins* – Aux courtes prescriptions s'attachent des effets plus complets. La prescription a alors un effet absolu, comme l'indique l'article 2267 C.C. Elle attaque non seulement l'action mais aussi le droit de créance même qu'elle se trouve à éteindre »<sup>515</sup>.

Sous le nouveau Code, les courtes prescriptions ont été remplacées par les déchéances mentionnées à l'art. 2878 C.c.Q. :

« Cet article reproduit le droit antérieur, tel qu'on le trouvait aux articles 2188 et 2267 C.C.B.C. Il énonce que le tribunal doit prononcer d'office la déchéance du recours lorsque la loi la prévoit puisqu'on ne peut parler, en pareille hypothèse, de prescription.

Alors que la prescription est un moyen d'action ou d'exception qui concerne seulement des intérêts privés et est donc susceptible d'être invoqué, ordinairement, au gré du bénéficiaire, la déchéance ou la forclusion du recours est d'ordre public : il en résulte pour le tribunal l'obligation de la déclarer et de rejeter la demande »<sup>516</sup>.

Ainsi, la doctrine a continué d'interpréter l'effet extinctif de la prescription en l'opposant à celui de la déchéance, également appelée délai préfix, de forclusion ou de péremption<sup>517</sup>. Il n'est pas clair, cependant, que les effets extinctifs de la prescription soient différents de

---

<sup>514</sup> Art. 2267 C.c.B.-C.; *Dodier c. Dodier* (1933), 56 B.R. 221, p. 222 : « Non seulement le droit d'action n'existe plus, mais la créance elle-même, constatée par le billet, est absolument éteinte [...] »; *Charest c. Pinsonneault* (1941), 71 B.R. 521, p. 527 : « Non seulement celui-ci n'avait plus de droit d'action contre son neveu, mais la dette elle-même était absolument éteinte, tout comme si elle eût été payée ».

<sup>515</sup> Martineau, *Prescription*, *supra* note 470, p. 356 et 357; v. aussi Léon Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, tome 8-bis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957, p. 329 : « La prescription n'atteint que le droit d'action; elle n'affecte pas le droit de créance »; Witold Rodys, *Traité de droit civil du Québec*, tome 15, Montréal, Wilson & Lafleur, 1958, p. 35 : « la prescription libératoire ne fait que repousser l'action [...] ; elle n'est qu'une fin de non-recevoir, sans atteindre la créance, sans éteindre l'obligation elle-même ».

<sup>516</sup> *Commentaires du ministre*, *supra* note 2, art. 2878.

<sup>517</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1398, 1-1444 à 1-1447; Dumais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 6 et 7; Deslauriers, *Prescription*, *supra* note 470, p. 151; Naccarato, *Prescription*, *supra* note 265, n° 20 et 23.

ceux de la déchéance. Outre que le législateur n'en glisse plus mot depuis l'adoption du nouveau Code, une telle différence n'est pas nécessaire pour assurer à la déchéance le caractère d'ordre public qui lui est imparti.

La seule différence mentionnée par le législateur entre la prescription et la déchéance se trouve à l'art. 2878 C.c.Q., selon lequel les tribunaux doivent déclarer d'office la déchéance. Selon Baudouin, « [la prescription] doit toutefois être soulevé[e] par le débiteur, le tribunal ne pouvant y suppléer d'office. La raison en est que [...] le débiteur peut renoncer aux effets de la prescription »<sup>518</sup>. De fait, le caractère d'ordre public de la déchéance et le fait que les tribunaux doivent la déclarer d'office implique de ne pas pouvoir y renoncer, à l'instar de la nullité absolue qui est d'ordre public et que le tribunal doit déclarer d'office sans qu'il soit possible d'y renoncer<sup>519</sup>.

Dans un cas comme dans l'autre, cependant, le fait de pouvoir renoncer ou non à la règle en cause n'a rien à voir avec la subsistance de quoi que ce soit à l'application de cette règle. Par exemple, l'acte atteint d'une nullité relative ne sera pas moins privé d'effets s'il est annulé que l'acte atteint d'une nullité absolue : dans les deux cas, l'annulation a exactement les mêmes effets bien que la cause de cette annulation relève de l'ordre privé ou de l'ordre public<sup>520</sup>. Il n'y a donc pas de raison de principe de déduire que la possibilité de renoncer à la prescription laisse subsister quoi que soit à son accomplissement.

---

<sup>518</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1445.

<sup>519</sup> Art. 1418 C.c.Q. : « La nullité absolue d'un contrat peut être invoquée par toute personnes qui y a un intérêt né et actuel; le tribunal la soulève d'office. Le contrat frappé de nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation ». Aux termes de l'art. 1423 C.c.Q. : « La confirmation d'un contrat résulte de la volonté, expresse ou tacite, de renoncer à un invoquer la nullité ». Il ne faut cependant pas confondre la renonciation avec la possibilité de créer une nouvelle obligation (Gervais, *Prescription*, *supra* note 265, p. 178; Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1-1449).

<sup>520</sup> Un article unique expose les effets de la nullité, l'art. 1422 C.c.Q. : « Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé. Chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues ».

De plus, il est courant de lire que la déchéance, à la différence de la prescription, ne peut être suspendue ni interrompue<sup>521</sup>. Cela est inexact. La Cour suprême a reconnu que la suspension pouvait s'appliquer aux autres délais que ceux de prescription<sup>522</sup> et rien ne justifie que l'interruption ne puisse également s'appliquer à ces autres délais<sup>523</sup>. La

---

<sup>521</sup> Baudouin, *Responsabilité*, supra note 265, n° 1-1398 : « Alors que le délai de prescription peut être suspendu et interrompu, la solution contraire prévaut pour le délai préfix, qui éteint complètement le droit de créance dès son échéance et quoi qu'il arrive »; Dumais, *Prescription*, supra note 265, p. 7 : « la prescription est susceptible d'interruption et de suspension, ce qui n'est pas le cas de la déchéance »; Naccarato, *Prescription*, supra note 265, n° 20 : « Ces délais [de déchéance] se distinguent de la prescription en ce qu'ils ne sont pas sujets à suspension ni interruption »; Gervais, *Prescription*, supra note 265, p. 9 : « Dans la mesure où un délai de déchéance éteint le droit de créance, il ne peut être suspendu ni interrompu, contrairement au délai de prescription »; v. en ce sens *Pierre-Louis c. Québec (Ville de)*, 2008 QCCA 1687, par. 48 : « Dans le même ordre d'idées, la Cour suprême a décidé dans *Gauthier c. Beaumont* que le délai de prescription prévu à l'article 586 LCV pouvait être suspendu en cas d'impossibilité en fait d'agir, et ce, en application de l'article 2232 C.c.B.-C. La qualification du délai n'était pas en cause dans cette affaire mais il aurait été aberrant de conclure à une suspension de la prescription en présence d'un délai de déchéance [notes omises] ». Or, dans *Gauthier c. Beaumont*, le juge Gonthier n'applique pas la notion d'impossibilité en fait d'agir mais la notion d'impossibilité absolue en fait d'agir (supra note 465, au par. 34). Ces notions, comme la force majeure, doivent être distinguées mais servent toutes le même objectif remédiateur. Dans l'affaire *Montréal (Communauté urbaine) c. Crédit Commercial de France*, [2001] R.J.Q. 1187 (C.A.), le juge Rochon cite, au par. 25, la Cour suprême qui fait cette distinction dans *Cité de Pont-Viau c. Gauthier Manufacturing Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516, p. 526 (« En référant à l'impossibilité «en fait», qui est en somme l'impossibilité relative, le législateur a choisi un critère qui est certes moins exigeant que celui de l'impossibilité absolue ou celui qui résulte d'une «circonstances de force majeure" [nos soulignements] ») et explique, au par. 30 : « Les concepts de force majeure, d'impossibilité absolue d'agir, d'impossibilité relative ont des contenus différents. Ces concepts juridiques ont toutefois une vocation commune. Ils servent de clé de voûte à une série de mesures législatives remédiatrices permettant à une partie défaillante de contrer les effets d'une prescription, d'un délai de déchéance, d'une date butoir, etc. La mesure remédiateur en cause recevra une interprétation large ou étroite selon le concept retenu qui en conditionne l'ouverture [nos soulignements] ».

<sup>522</sup> *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries*, [1981] 2 R.C.S. 113, p. 124 : « Depuis la décision de cette Cour dans *Ville de Montréal c. Vaillancourt*, la question de savoir si l'avis de 30 jours prévu à l'art. 35 constitue un délai préfix, de déchéance ou une courte prescription, a perdu de son importance lorsqu'il s'agit d'en faire la computation, y compris la détermination de son point de départ [...]. À mon avis la Cour, par sa décision dans la cause précitée, a voulu étendre à d'autres délais que ceux proprement dits de prescription certaines dispositions de l'art. 2232 du *Code civil*, savoir, les suspensions de prescription fondées sur l'impossibilité absolue en fait d'agir [nos soulignements] ». À la p. 126, le juge Lamer, en concluant qu'il ne faut « pas élargir outre mesure la notion de «l'impossibilité absolue en fait d'agir» que prévoit l'art. 2232 du *Code civil* comme fondement d'une suspension des délais », est « d'accord [pour que « (p. 125) s'appliquât à des délais autres que de pure prescription, sinon toutes les causes de suspension, du moins celle qu'est l'impossibilité absolue en fait d'agir »] [nos soulignements] »; v. dans le contexte d'un délai imposé par jugement *Grenier c. Caron*, [1997] R.J.Q. 382 (C.A.), p. 10 : « [...] il faudra reconnaître, dans les cas qui le méritent, l'existence d'une cause de suspension du délai, par impossibilité d'agir [...] »; v. dans le contexte d'un délai de déchéance : *Alexandre c. Dufour*, [2005] R.J.Q. 1 (C.A.), par. 31 note de bas de page 12, où la Cour note que le délai de déchéance ne peut être suspendu ni interrompu « [s]auf dans la mesure prévue aux arrêts *Oznaga* [...] et *Ville de Montréal c. Vaillancourt* [...] ».

<sup>523</sup> Par exemple, il serait pour le moins injuste que le vice de forme de l'action rejetée après l'expiration d'un délai de déchéance emporte des conséquences sur le fond auquel ne pourrait remédier le « droit de se tromper » (Odette Jobin-Laberge, « La prescription extinctive : attention aux délais hors norme », *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Yvon Blais, 2001) de l'art. 2895 C.c.Q., qui octroie un délai supplémentaire de trois mois pour tenter de nouveau l'action. D'ailleurs, Baudouin, *Responsabilité*, supra note 265, n° 1123, admet que le délai de déchéance peut être interrompu, mais « que par une demande en justice »; en d'autres termes, que la déchéance peut être interrompue, sauf par les actes de renonciation.



suspension et l'interruption, sauf celles découlant de la renonciation ou de la reconnaissance, participent en effet tout autant à l'ordre public en garantissant l'exercice effectif du droit d'action<sup>524</sup>. En d'autres termes, l'ordre public est concerné par l'impact de la volonté sur la règle en cause, d'où la raison pour laquelle on ne peut renoncer ni reconnaître contre la déchéance, mais rien n'indique que l'ordre public soit lié à l'effet de la règle en cause.

L'idée selon laquelle le tribunal ne doit pas soulever d'office la prescription doit être précisée. Certains prétendent que ce principe signifie que la prescription n'opère pas de plein droit mais doit être invoquée pour produire ses effets, lesquels opèrent alors rétroactivement<sup>525</sup>. La même controverse existe à propos de la compensation, qui devrait, selon une théorie, être invoquée pour produire ses effets rétroactifs<sup>526</sup>. Cette théorie se déduirait d'une interprétation « fidèle » des termes *ipso jure* en droit romain<sup>527</sup>. Énoncée par certains glossateurs mais réfutée depuis Bartole jusqu'à Pothier<sup>528</sup>, elle tombe dans l'oubli jusqu'à ce que la doctrine du XIX<sup>ème</sup> siècle la ramène en vogue, précisément à l'époque où émerge la conception procédurale de la prescription.

---

<sup>524</sup> *Ville de Montréal c. Vaillancourt*, [1977] 2 R.C.S. 849, p. 856 : « [...] si cette obligation a pour point de départ non pas la date de la connaissance mais la date de l'accident, nous en venons à la situation où le délai d'agir accordé au réclamant devient tellement court qu'il est pratiquement une négation du droit d'action. Ce serait là une conclusion exorbitante à laquelle je ne saurais me rallier [nos soulignés] ».

<sup>525</sup> Terré, *Obligations*, *supra* note 336, p. 1413 : « L'effet extinctif de la prescription ne se réalise que si le débiteur manifeste sa volonté de s'en prévaloir »; v. en ce sens McCann, *Prescription*, *supra* note 342; Principes d'UNIDROIT, 2010, art. 10.1, 10.9 et 10.10, p. 357, 378 et 379.

<sup>526</sup> André Bélanger, *Essai d'une théorie de la compensation en droit civil québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 2004, p. 19 et suivantes.

<sup>527</sup> *Id.*, p. 128 : « Azon et Accurse, interprètes fidèles du droit romain, soutenaient que la compensation devait être opposée en justice et prononcée par le juge, tout en admettant la rétroactivité de la décision »; v. pour la même idée Henri et Léon Mazaud, Jean Mazaud et François Chabas, *Leçons de droit civil, tome II – premier volume Obligations : théorie générale*, 7<sup>ème</sup> éd. par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1985, p. 1166.

<sup>528</sup> V. p. ex. Scipion du Perrier, *Questions notables du droit*, Toulouse, Guillaume-Louis Colomiez et Jérôme Posuel, 1684, p. 187 et suivantes : « Il semble que la compensation se fait absolument et par la seule entremise de la Loy, et *ipso jure*, en sorte qu'elle tienne lieu de payment [...]. [...] [L]e payement fait au préjudice du Droit de compenser, peut être répété à l'exemple, du payement d'une somme non deuë [...] tant il est vray que le droit de compenser est considéré par la Loy comme un payement actuel [...]. Cela sert de réponse suffisante à l'opinion que l'autorité d'Accurse a insinuée à la plupart des anciens Interprètes, que la compensation ne se fait *ipso jure*, et par le seul ministère de la Loy, que pour arrêter le cours des intérêts, quand l'une des dettes est infertile [...] »; Pothier, *Obligations*, *supra* note 112, tome 2, p. 183 : « La compensation de fait de plein droit [...]. Lorsqu'on dit que la compensation se fait *de plein droit, ipso jure*, cela signifie qu'elle se fait par la seule vertu de la loi, sans qu'elle ait été prononcée par le juge, ni même opposée par aucune des parties. [...] Cette interprétation est conforme à l'explication que tous les lexicographes donnent à ces termes, *ipso jure* ».

On assiste en fait à cette époque à une véritable deuxième renaissance du droit romain, fondée non pas sur celui du système de la procédure extraordinaire en vigueur sous Justinien comme au Moyen-Âge mais sur celui du système de la procédure formulaire de l'époque classique<sup>529</sup>. Ce mouvement s'attachera à formuler des approches théoriques ayant pour effet de rapprocher le fond du droit des pouvoirs du juge, à l'instar de l'*imperium* du préteur du système de la procédure formulaire dont dépend le fond du droit; la prescription et la compensation seront particulièrement visées. Dans le cas de la compensation, les néo-romanistes réfutent que la présentation au juge n'est qu'une « allégation » : ils estiment que cette présentation est une « disposition », un acte participant au fond du droit<sup>530</sup>. Dans le

---

<sup>529</sup> L'impulsion de ce mouvement néo-romaniste peut être reliée à la découverte des Institutes de Gaius dans la bibliothèque de la cathédrale de Vérone en 1816 (Bélangier, *Compensation*, supra note 526, p. 130, où l'auteur cite Rurik de Kotzebue qui affirme que cette découverte « jeta une vive lumière sur la question, et la doctrine de la compensation légale perdit du terrain »). Sur les détails étonnants de cette découverte faite dans un palimpseste des Épîtres de Saint-Jérôme, v. Charles Lauth, « Rapport fait à l'Académie de Berlin, le 6 novembre 1817, sur la découverte d'un manuscrit de Gaius », dans *Themis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome premier, Paris, Baudouin Frères, 1819, p. 287 et suivantes).

<sup>530</sup> Charles Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, G. Masson, 1895, p. 441 : « Demandons-nous maintenant quel est le sens de cet *ipso jure* [...]. [...] [L]orsque le défendeur invoque la compensation, que fait-il? Se borne-t-il à présenter, à alléguer un moyen de défense [...] ? Ou bien, au contraire, [...] [s]ommes-nous en présence d'un acte de disposition portant sur sa créance [...] ? ». La conception judiciaire de la compensation sera si populaire que la totalité des thèses que nous avons retracées entre 1850 et 1900 l'adoptent (Jules Bibent, *Droit romain : Théorie de la compensation – Droit français : crédit foncier*, Toulouse, Gibrac, 1855; Henri Prévost, *De la compensation*, Paris, J.-B. Gros, 1856; René Telliez, *Droit romain : De la compensation. Droit français : Des brevets*, Paris, Charles de Mourgue, 1862; A.-E. Lair, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et le droit français ancien et moderne*, Paris, Auguste Durand, 1862; Albert Desjardins, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*, Paris, Auguste Durand, 1864; Théodose-Oscar Le Goueslier d'Argence, *De la compensation en droit romain et en droit français*, Paris, Pichon-Lamy et Dewez, 1869; Ernest Du Laurens de La Barre, *Jusromanum : De Compensationibus – Droit français : De la Compensation*, Rennes, Charles Catel, 1872; Jules Genets, *De la Compensation, en droit romain; du Contrat de compte courant, en droit français*, Paris, Victor Groupy, 1874; Casimir Rolland, *De la compensation en droit romain et en droit français*, Montpellier, Boehm, 1882; Émile Meynial, *De la Compensation en droit romain et en droit français*, Paris, Arthur Rousseau, 1885; Albert Tessier, *Droit romain : De la Compensation – Droit français : Chambres de compensation, "clearing houses"*, Paris, L. Larose, 1893). Ce mouvement ne sera pas sans incidence sur la doctrine. Par exemple, lorsque Baudry-Lacantinerie aborde la question en 1883, il affirme encore qu'il n'est « pas nécessaire, pour que la compensation produise ses effets, qu'elle soit demandée judiciairement » et que l'exigence « de signaler et de démontrer au juge l'existence de la créance qui a opéré la compensation » ne signifie pas « pour cela que le juge prononcera la compensation » (Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome deuxième, Paris, L. Larose et Forcel, 1883, p. 769 [italiques dans le texte] »). Mais dans l'ouvrage qu'il publie en 1908 avec Louis Barde, ces passages sont retirés (Gabriel Baudry-Lacantinerie et Louis Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, tome troisième, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1908, p. 203). D'ailleurs, tandis que le début du chapitre sur la compensation de l'édition de 1883 commençait avec une analyse de la compensation en droit romain selon les compilations de Justinien (*id.*, p. 761 et 762), celle de l'édition de 1908 avec Louis Barde commence par un « historique étendu » (selon les termes de Carbonnier, *Droit civil*, supra note 338 (1967, 5<sup>ème</sup> éd.), p. 767) résumant l'analyse néo-romaniste des termes *ipso jure* (*id.*, p. 134 à 143), où les auteurs célèbrent l'adoption de la compensation judiciaire par « les Anglais, dont le sens pratique est si développé et qui excellent à reconnaître la valeur économique des institutions » (p. 144) et

cas de la prescription, le raisonnement consiste à la rattacher aux pouvoirs du juge de se prononcer sur un droit litigieux, pouvoir évidemment d'ordre public et rattaché « intimement à la procédure »<sup>531</sup>.

Selon nous, le lien entre la conception judiciaire de la compensation et la conception procédurale de la prescription n'est pas fortuit. Dans un cas comme dans l'autre, on soutient que l'opération de la règle entre les parties est liée au fonctionnement du tribunal, bien que l'effet rétroagisse. Cette conception, qui tend à confondre les pouvoirs du juge et le fond du droit, a été abandonnée en droit international privé en raison notamment de l'injustice qu'elle provoque. En droit interne, la règle qui distingue les pouvoirs du juge du fond du droit est le principe déclaratif du jugement.

Il importe de ne pas confondre cette règle avec l'idée selon laquelle le jugement ne modifie pas le rapport des parties. Le principe déclaratif du jugement est applicable non pas lorsque le jugement ne change rien au rapport entre les parties, mais lorsqu'il tranche un litige qui

---

soutiennent, p. 143, que la compensation légale a été adoptée « par suite d'une erreur d'interprétation ». Cette « erreur d'interprétation » est loin d'être évidente (v. Girard, *Manuel*, *supra* note 343, qui se borne à soutenir qu'il n'y a pas de compensation légale sous Justinien parce que l'effet contredisant la compensation judiciaire est seulement « une simple solution d'équité relative au mode de supputation finale des deux dettes (p. 709) et qui explique, avec une brièveté qui est inhabituelle chez lui, que : « La principale difficulté est d'expliquer en quel sens Justinien dit [...] que la compensation a lieu *ipso jure* [...]. Cela signifie peut-être simplement que la compensation pourra désormais être invoquée sans aucune des formes de procédure antérieures, en particulier sans exception de dol, ainsi que le dit une doctrine assez répandue. L'essentiel est de ne pas voir dans cette terminologie la preuve d'une extinction de plein droit, d'ailleurs de moins en moins soutenue » (p. 711, note 6)). Mais quoi qu'il en soit, cette « erreur » est de la même nature que celle des auteurs qui ont déduit des principes de droit international privé dans les compilations de Justinien alors que celui-ci ne connaissait pas ce problème (v. *supra* note 23) : le droit romain ne distinguait pas le pouvoir juridictionnel du fond du droit et ne connaissait pas le principe déclaratif (v. *infra* note 532), de sorte que les termes *ipso jure* ne voulaient forcément pas dire la même chose – ni pour Justinien ni pour Gaius – que ce qu'ils voudront ensuite dire pour Bartole ou Pothier, alors que ceux-ci font du droit dans un contexte où l'existence de souverains étrangers favorise la réflexion sur la distinction entre le pouvoir des juges et les droits des justiciables. Pour paraphraser Meijers, on doit chercher le fondement réel des règles de la compensation dans une théorie générale du droit plutôt que dans une application du droit romain (Meijers, *Histoire*, *supra* note 23, p. 593 : « le fondement réel des règles formulées par [les romanistes] se trouve alors dans une théorie générale du droit qui est indépendante du droit romain »).

<sup>531</sup> V. en ce sens Louis Barde, *Théorie traditionnelle des Statuts*, Bordeaux, J. Pechade Fils aîné, 1880, qui propose une conception de la prescription en tous points identique à la conception de la *common law*, où la qualification procédurale est justifiée par l'ordre public et la méfiance à l'égard des lois étrangères : « les règles sur la prescription libératoire des obligations sont d'ordre public. Elles se rattachent intimement à la procédure. L'autorité qui permet la poursuite doit en limiter la durée. Elle seule peut fixer à partir de quel moment les éléments d'une décision éclairée ont péri. Il serait choquant que des magistrats ne pussent admettre la prescription alors que le législateur dont ils sont les représentants, croit dangereuse la preuve du droit litigieux, ou, à l'inverse, qu'une exception tirée d'une loi étrangère les empêchât de procéder à la constatation d'un droit qui, d'après ce législateur, peut encore être faite avec certitude » (p. 65).

aurait pu se régler sans l'intervention du tribunal<sup>532</sup>. Ce principe vise à mettre en œuvre l'idée plus générale selon laquelle les parties ont des droits avant d'avoir un juge. Le principe déclaratif a pour but de distinguer le moment où une affaire est soumise (ou un argument invoqué) à un juge du moment où l'effet litigieux s'est produit<sup>533</sup>.

Par exemple, le paiement effectué par erreur au préjudice du droit de compenser (et donc avant qu'il n'ait été « invoqué ») peut être répété<sup>534</sup>. De plus, la compensation effectuée à la connaissance du débiteur pourra interrompre tacitement la prescription<sup>535</sup>. Évidemment, dans ces cas de figure, la notion de consentement et de renonciation est au cœur de l'analyse. La conception procédurale de la prescription se fonde sur l'importance de la volonté pour déduire de sa manifestation une condition d'existence (quoique rétroactive), comme la conception judiciaire de la compensation le fait. Le principe déclaratif suppose, à

---

<sup>532</sup> *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), par. 48; *London c. Kyriacou*, 2013 QCCA 73, par. 56. C'est donc à tort, selon nous, que Bélanger affirme que le jugement qui liquide la créance est constitutif (Bélanger, *Compensation*, supra note 526, p. 85, qui cite au soutien de sa position l'arrêt *Zusman*, supra note 416, arrêt dont la Cour d'appel doute qu'il fasse encore « autorité sur la distinction entre le caractère déclaratif de droits ou constitutif de droits d'un jugement » (*Kyriacou*, id., par. 53)). Il est vrai que la compensation ne peut être opposée par voie de défense lorsque la créance doit encore être liquidée et qu'une demande reconventionnelle est alors nécessaire (*Bruno c. Banque de Montréal*, 2003 CanLII 72281 (C.A.), par. 1), mais cela n'a aucune incidence sur le fait que le litige en question ne nécessitait pas l'intervention d'un juge et aurait pu se régler sans lui. On pourrait aussi soulever le même problème à l'égard de la nullité, dont il est possible de prétendre qu'elle n'existe que lorsqu'elle est prononcée (art. 1422 C.c.Q. : « le contrat frappé de nullité... »), encore que son effet est plutôt conforme au principe déclaratif (« ...est réputé n'avoir jamais existé »). La difficulté tient surtout à ce que le débiteur d'un contrat nul déjà exécuté ne peut forcer la restitution (passée ou future) sans l'aide des tribunaux à moins de se faire justice à lui-même. À l'inverse, on ne pourra reprocher au débiteur d'un contrat nul inexécuté qui se borne à refuser d'exécuter l'obligation réclamée de se faire justice à lui-même (v. dans le contexte d'une clause de garantie manifestement frauduleuse exécutée fautivement contre le refus du débiteur, *Markarian*, supra note 410, par. 640 : « La Banque a ici totalement manqué à ses obligations de prudence et de diligence dans l'utilisation de son pouvoir de s'emparer des biens des demandeurs en garde chez elle et de se faire justice elle-même »). Mais dans un cas comme dans l'autre, le principe déclaratif prévoit que l'obligation est nulle dès l'instant où la cause de nullité a existé, sauf au débiteur d'y renoncer par action ou inaction.

<sup>533</sup> Roubier, *Droit transitoire*, supra note 506, p. 226.

<sup>534</sup> *In Re Hil-A-Don Ltd : Bank of Montreal c. Kwiat*, [1975] C.A. 157, p. 160 : « L'article 1140 C.C., premier alinéa, pose la règle qui s'applique en l'espèce : 1140. Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans qu'il existe une dette est sujet à répétition. (Le deuxième alinéa a trait à l'obligation naturelle, ce qui n'est pas le cas ici). Le paiement étant la prestation de ce qui est dû ne saurait se comprendre sans une dette qu'il est destiné à éteindre. Il s'agit d'une application particulière des principes régissant l'un des quasi-contracts, la répétition de l'indu (1041 et 1047 C.C.) ».

<sup>535</sup> *Québec (Procureur général) c. Girardot*, 2007 QCCA 235. Selon le juge Chamberland, à l'opinion duquel souscrit le juge Morin, la débitrice avait contesté et n'avait pas consenti à la compensation : celle-ci n'avait donc pas, malgré qu'elle soit intervenue, interrompu la prescription (par. 57). Pour la juge Rayle cependant, référant à l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Dupont*, J.E. 97-1411 (C.A.), les circonstances étaient telles que l'inaction de la débitrice équivalait à un acquiescement ayant interrompu la prescription (par. 84).

l'inverse, que c'est seulement la constatation juridictionnelle qui porte sur le passé, et non l'opération de la loi<sup>536</sup>.

La facture du Code suit le principe déclaratif : le débiteur prescrit peut renoncer à la prescription précisément parce que l'effet immédiat de la prescription est supposé. La renonciation serait d'ailleurs tout à fait inutile si la prescription devait être invoquée pour produire des effets, sauf dans l'improbable hypothèse d'un débiteur qui invoque la prescription pour ensuite changer d'idée. On ne doit donc pas confondre le fait que le tribunal ne soulève pas d'office un moyen (ce qui est le cas de la plupart des moyens de droit ou de fait) et l'opération de la loi au moment des faits en litige.

En définitive, la Cour d'appel laisse entendre que la seule différence entre la prescription et la déchéance est liée au fait que le juge doit soulever d'office cette dernière, en plus des différences en matière de suspension et d'interruption (qui découlent d'ailleurs de ce fait) :

« [s]auf, cette distinction faite par le législateur [à l'art. 2878 *C.c.Q.*], déchéance et prescription se retrouvent sous la même rubrique du TITRE PREMIER « du régime de la prescription » et les règles de computation de délai suivent immédiatement l'art. 2878 *C.C.Q.* sans évoquer d'autres différences entre les deux régimes portant le même fondement mais dont l'un, la déchéance, n'est pas susceptible, en principe, d'être suspendue ou interrompue dans son cours [...]. En fait, le délai préfix ou de

---

<sup>536</sup> Un problème analogue peut se poser à l'égard de la relation entre le créancier et la caution. Selon une conception, la caution n'est pas débitrice avant qu'un jugement soit rendu contre elle, bien qu'elle soit responsable de payer (v. Michelle Cumyn, « Responsibility for Another's debt : Suretyship, Solidarity, and Imperfect Delegation », (2010) 55 *R.D. McGill* 211, où l'auteur avance, pour démontrer que « the surety is not a debtor, but is responsible » (p. 228) au sens de la distinction entre le *schuld* (la dette) et le *haftung* (l'obligation de la payer), que « contracts may have legal effects that are not, properly speaking, obligations. For example, the modification, transfer, or extinction of a real or personal right may be effected by contract (art. 1433 *C.C.Q.*). They occur directly and independently of any obligation. Thus the surety's undertaking need not be conceived of as an obligation. [...] In my view, the surety becomes a debtor only when a judgment is rendered against her [nos soulignements] » (p.229), et donc, par conséquent, que « [w]here the surety pays the debt voluntarily before a judgment is issued in such a proceeding, the surety is still paying the debtor's obligation, not his own [nos soulignements] » (p. 234)). Mais il faut reconnaître que le lien de la caution avec le créancier, même avant jugement, ressemble au lien entre celui-ci et le débiteur, puisque la caution qui paie le créancier, avant ou après jugement, peut réclamer du débiteur au moyen de deux recours distincts non seulement ce que le débiteur aurait dû payer en premier lieu mais aussi les dommages-intérêts qui découlent de son défaut (*Gestion Covex Inc. c. Cie d'assurance ING du Canada*, 2004 CanLII 35505 (C.S.), par. 51 : « [l'art. 2356 *C.c.Q.*] sanctionn[e] que la caution peut réclamer d'une part ce qu'elle a payé et d'autre part, les dommages ou les dommages et intérêts pour la réparation de tout préjudice qu'elle a subi »). Le lien entre la caution et le créancier est peut-être ambigu, mais il ne change pas nécessairement du fait que le défaut du débiteur est ou non constaté par jugement.

déchéance a clairement l'apparence d'une prescription extinctive à laquelle on a retiré, toutefois, certaines de ses facultés [...] »<sup>537</sup>.

On ne saurait donc qualifier différemment l'objet de la déchéance et celui de la prescription autrement qu'en relation avec son caractère d'ordre public ou privé, notion liée au rapport substantiel des parties et à leur faculté d'y renoncer.

---

<sup>537</sup> Grenier, *supra* note 522, p. 7 [nos soulignements].

c) *Exception perpétuelle*

On souligne également la difficulté de qualifier la prescription en raison de la règle de l'art. 2882 C.c.Q., codifiant l'adage connu sous sa forme latine « *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* », signifiant que « les actions sont temporaires, les exceptions sont perpétuelles ». L'idée vient du droit romain, où l'on décrivait l'exception comme perpétuelle au motif que le défendeur n'était pas maître de se faire actionner :

« Il n'en n'est pas de l'exception fondée sur la mauvaise foi, comme de l'action du dol, dont le temps est limité : car l'exception dont il s'agit est perpétuelle. La raison de la différence vient de ce que celui qui a l'action du dol est le maître de l'intenter quand il veut, au lieu que celui qui a l'exception n'est pas le maître de se faire actionner pour pouvoir opposer son exception »<sup>538</sup>.

En fait, l'exception n'était pas vraiment perpétuelle : elle se bornait à « durer autant que l'action »<sup>539</sup>. Aujourd'hui, des auteurs laissent entendre que l'art. 2882 C.c.Q. démontre que la prescription n'éteint pas le droit mais seulement l'action, puisque le droit prescrit peut toujours être opposé en défense<sup>540</sup>. Cet article dispose :

« Même si le délai pour s'en prévaloir par action directe est expiré, le moyen qui tend à repousser une action peut toujours être invoqué, à la condition qu'il ait pu constituer un moyen de défense valable à l'action, au moment où il pouvait encore fonder une action directe.

Ce moyen, s'il est reçu, ne fait pas revivre l'action directe prescrite ».

D'une part, l'art. 2882 C.c.Q., qui parle de moyen de défense et non d'exception, ne vise pas la position procédurale des parties mais leur opposition à la remise en cause d'une situation factuelle acquise. Dans *Syndicat des copropriétaires du Château Renaissance c. Industries d'Orcini Ltd.*, l'appelant, en défense, opposait à la réclamation de l'intimée, en

---

<sup>538</sup> *Digeste*, supra note 347, tome 6, livre 44, titre 4, n° 5, § 6, p. 588 et 589.

<sup>539</sup> Claude Étienne Delvincourt, *Cours de Code civil*, tome sixième, Bruxelles, P.J. de Mat, 1825, p. 21 : « Le demandeur, y est-il dit [au Digeste, *ibid.*], peut user de son droit, c'est-à-dire, exercer son action quand il veut; on a donc pu lui fixer un terme. Mais l'exception ne pouvant être opposée que par le défendeur, et celui-ci n'étant pas le maître de se faire assigner quand il veut, elle a dû être perpétuelle, et durer autant que l'action [nos soulignements] ».

<sup>540</sup> Naccarato, *Prescription*, supra note 265, au par. 23; Baudouin, *Responsabilité*, supra note 265, n° 1-1446; v. Jubault, *Exceptions*, supra note 485, par. 40, qui affirme que « L'exception, dans le sens de « défense », employé dans le Code civil ou par la pratique, recouvre en réalité la trilogie des défenses du nouveau Code de procédure civile ».

demande, la nullité de certaines stipulations d'une déclaration de copropriété devenues contraires à la loi le 1<sup>er</sup> janvier 1994 mais exécutées néanmoins jusqu'à ce que le litige éclate en 2003. Selon la Cour d'appel, l'appelant ne faisait pas valoir une exception au sens de l'art. 2882 C.c.Q., car « bien qu'en défense, [il] ne demand[ait] pas à la Cour de confirmer une situation acquise, comme c'est le cas dans une action en nullité d'un contrat inexécuté, mais bien de remettre en question [cette] situation », de sorte que « le droit de l'appelant de demander la nullité [...] s'est éteint et la prescription était acquise le 1<sup>er</sup> janvier 1997 »<sup>541</sup>. À l'inverse, dans *Loranger c. Québec (Sous-ministre du revenu)*, l'appelante était en demande mais a été admise à invoquer l'art. 2882 C.c.Q. car elle faisait valoir la nullité d'une transaction que l'intimée aurait dû prouver, n'eût été de l'effet d'une loi fiscale<sup>542</sup>.

D'autre part, l'objectif de l'art. 2882 C.c.Q. n'est pas de laisser subsister un droit à l'accomplissement de la prescription mais au contraire d'en parfaire les effets. En effet, la règle permet à une situation acquise de perdurer, malgré la disparité des délais de prescription, sans forcer les procès avant que la partie cherchant à briser le *statu quo* n'ait elle-même saisi le tribunal :

« [39] Selon une justification ancienne de la règle, celle-ci servirait à corriger certaines conséquences inéquitables découlant des disparités dans les délais de prescription. Ripert et Boulanger donnent ainsi l'exemple de l'injustice qui résulte pour l'interdit ou ses héritiers d'une réclamation fondée sur un contrat « passé pendant sa folie », dès lors que l'action fondée sur le contrat se prescrit par trente ans et celle en nullité relative du même contrat par dix ans. Il suffit à celui qui a contracté avec l'interdit d'attendre dix ans avant de poursuivre. « Le résultat est tellement choquant, ajoutent ces auteurs, que les adversaires du système de la jurisprudence, eux-mêmes, ont cherché à l'éviter, sans pouvoir en trouver le moyen. »

[...].

[41] Une autre explication de la règle, plus récente et tirée d'une source doctrinale locale, est la suivante :

Cette règle [...] sert à éviter des procès inutiles: si les parties n'étaient pas assurées de toujours pouvoir invoquer l'annulation du contrat en défense,

---

<sup>541</sup> *Syndicat des copropriétaires du Château Renaissance c. Industries d'Orcini Ltd*, 2009 QCCA 159, aux par. 35 et 38.

<sup>542</sup> *Loranger c. Québec (Sous-ministre du revenu)*, 2008 QCCA 613.



elles pourraient être tentées d'exercer une action en annulation «préventive», alors même qu'aucune demande en exécution du contrat n'aurait été faite. On aboutirait ainsi à la situation absurde qu'une partie qui, de peur de voir son droit de demander l'annulation se prescrire, prendrait la peine de faire annuler le contrat avant même de savoir si son cocontractant tient toujours à ce qu'il soit exécuté. Le caractère perpétuel de l'exception permet donc à celui qui désire invoquer la nullité de l'acte de ne rien faire tant et aussi longtemps qu'aucune demande en exécution du contrat n'est faite. Paradoxalement, l'imprescriptibilité de l'exception favorise donc le *statu quo*, ce qui est le but même de la prescription.

La préservation du *statu quo*, c'est-à-dire des situations juridiques acquises ou qui paraissent légitimement l'être, s'inscrit donc parmi les finalités de la règle »<sup>543</sup>.

La faculté donnée au bénéficiaire du *statu quo* d'attendre que le revendicateur se manifeste avant de faire valoir sa prétention ne vaut cependant que si cette prétention pouvait valablement repousser la revendication avant l'accomplissement de la prescription. Autrement dit, en dehors du cas de figure où le droit prescrit a coexisté avec le droit auquel il s'oppose alors que les deux pouvaient fonder une action directe, le droit prescrit ne peut être invoqué. Ainsi, on ne peut opérer compensation avec une dette prescrite<sup>544</sup>. En effet, si le créancier d'une dette prescrite s'oppose à la réclamation de son débiteur en invoquant la compensation, de deux choses l'une : soit la dette maintenant prescrite ne l'était pas encore lorsqu'est née celle de son débiteur, auquel cas la compensation a opérée de plein droit en vertu de l'art. 1673 C.c.Q. (et la dette en question n'a jamais eu le temps de prescrire car elle a été éteinte par compensation<sup>545</sup>), soit la dette maintenant prescrite était déjà prescrite lorsqu'est née celle du débiteur, auquel cas l'art. 2882 C.c.Q. n'est d'aucun secours au créancier prescrit car, suivant les termes de cet article, le moyen tendant à repousser l'action (la dette prescrite opposée en compensation) ne constituait pas un moyen de défense valable à cette action lorsque ce moyen pouvait encore fonder une action directe (car l'action à laquelle le moyen est opposé n'existait pas encore).

---

<sup>543</sup> *Id.*, aux par. 39 à 41 [notes omises; nos soulignements].

<sup>544</sup> *Contra* Naccarato, *Prescription*, *supra* note 265, au point-clé n° 8: « Le créancier d'une obligation prescrite peut, bien qu'il ne puisse en réclamer l'exécution, en opposer la compensation », bien qu'il précise, au par. 23, que cette compensation ne peut intervenir que lorsque l'autre créance était exigible avant que ne se prescrive la créance compensée. L'auteur explique cette règle par la subsistance d'une obligation naturelle, mais en fait il ne s'agit que de l'effet de l'art. 2882 C.c.Q.

<sup>545</sup> Dans l'éventualité où la dette prescrite n'aurait pas été compensée entièrement, l'inaction du débiteur de cette dette face à la compensation constituerait une reconnaissance de dette interrompant la prescription : *Girardot*, *supra* note 535, par. 55, 56 et 84.

On peut comprendre l'effet de l'art. 2882 C.c.Q. comme signifiant que le droit à l'encontre duquel un moyen peut être opposé est vicié par ce moyen, même si le titulaire de ce moyen ne l'a pas fait valoir avant que le droit vicié lui soit réclamé (et à condition que le titulaire du moyen n'y renonce pas)<sup>546</sup>. Mais la difficulté concerne les droits qui font l'objet d'une déchéance, car ceux-ci ne seraient pas assujettis à l'art. 2882 C.c.Q. contrairement aux droits simplement prescrits, selon un arrêt de la Cour d'appel<sup>547</sup>. Sur la base de cette distinction, la déchéance aurait un effet différent de la prescription, car le droit déchu ne durerait plus aussi longtemps que le droit contraire qu'il peut anéantir mais seulement le temps fixé. Il faut bien voir, cependant, que la Cour d'appel exposait cette distinction pour empêcher le client d'un transporteur de réclamer à ce dernier les dommages-intérêts découlant de son retard. Puisque le client du transporteur attaquait le *statu quo*, il ne pouvait de toute façon invoquer l'art. 2882 C.c.Q., son délai eut-il été un simple délai de prescription. Cela dit, on a également refusé au client de résister à la demande reconventionnelle du transporteur.

Quoi qu'il en soit de l'extinction prématurée des droits visés par une déchéance (ou de leur existence restreinte), cela ne signifie pas pour autant la perpétuité des droits visés par la prescription ou la nature purement procédurale de celle-ci. Même en supposant que la déchéance ne s'y applique pas, l'art. 2882 C.c.Q. ne s'explique pas forcément par la subsistance du droit, mais par l'effet immédiat que ce droit peut avoir sur un autre, ou encore par le lien existant entre les droits pouvant s'opposer les uns aux autres (les droits visés par une déchéance étant, aux fins de l'hypothèse, exclus de cette interaction). De toute façon, le droit prescrit ne peut être invoqué qu'à la condition de l'être pour obtenir le maintien de la situation acquise, ce qui sert à parfaire les effets de la prescription et non à les réduire. Dans tous les cas, il est difficile de voir en quoi la procédure est concernée par l'opération de la règle : comme la prescription, le moyen tiré du délai visé par l'art. 2878 C.c.Q. n'est de nature à empêcher un procès que si la preuve administrée *in limine litis* démontre que la prétention adverse est vouée à l'échec, ce qui le rattache au fond du litige et non au déroulement de l'instance.

---

<sup>546</sup> Il n'est pas étonnant que l'art. 2882 C.c.Q. s'applique surtout dans le cadre des nullités : Mignot, *Prescription*, *supra* note 482, n° 32.

<sup>547</sup> *Équipements industriels Robert ltée c. 9061-2110 Québec inc.*, J.E. 2004-605 (C.A.), par. 50.

#### d) *Subsistance d'une obligation*

On dit enfin que le fait que le paiement de la créance prescrite ne soit pas sujet à répétition résulte de la subsistance de l'obligation au passage de la prescription. La doctrine affirme ainsi de longue date que l'effet de la prescription est de transformer l'obligation civile en obligation naturelle, de sorte que son paiement n'est pas une libéralité mais un remboursement empêchant la répétition de l'indu<sup>548</sup>. Selon cette théorie, la prescription est visée par l'art. 1554 *C.c.Q.*, qui dispose :

Tout paiement suppose une obligation: ce qui a été payé sans qu'il existe une obligation est sujet à répétition.

La répétition n'est cependant pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

L'idée derrière l'obligation naturelle est de décomposer le lien entre les parties en distinguant la dette de l'obligation de la payer<sup>549</sup>, la première en étant la composante « naturelle » tandis que la seconde la composante « civile ». Ainsi, l'obligation naturelle est une obligation qui n'est pas « susceptible d'exécution forcée »<sup>550</sup>, qui « ne peut faire l'objet d'une exécution forcée »<sup>551</sup>, qui « ne confère donc pas à son créancier un *droit d'action* pour en exiger l'accomplissement »<sup>552</sup>; autrement dit, une obligation à laquelle l'attribut d'exécution prévu par l'art. 1590 *C.c.Q.* ne s'applique pas. De manière générale, la notion d'obligation naturelle sert à « pallier la rigidité de certaines règles et d'établir un pont entre la morale et le droit »<sup>553</sup>.

---

<sup>548</sup> V. par ex. de Pothier, *Obligations*, *supra* note 112, tome 1, p. 220, à Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, par. 1-1446.

<sup>549</sup> Jobin, *Obligations*, *supra* note 470, n° 18, pour qui la dette et l'obligation de la payer constituent les « deux faces » de l'obligation selon que l'on se place du point de vue du débiteur ou de celui du créancier; v. en ce sens Georges Cornil, « Debitum et Obligatio – Recherches sur la formation de la Notion de l'Obligation romaine », dans *Mélanges P. F. Girard – Études de droit romain dédiées à Me P. F. Girard*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 200 à 203, qui distingue deux manières de parler de la même chose, l'une *lato sensu* qui concerne la dette (le *debitum*) et l'autre *stricto sensu* qui concerne l'engagement (l'*obligatio*).

<sup>550</sup> Jean Pineau et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 24.

<sup>551</sup> Lluelles, *Obligations*, *supra* note 339 (2006), p. 14.

<sup>552</sup> Lluelles, *Obligations*, *supra* note 339 (2013), p. 20 [italiques dans le texte].

<sup>553</sup> Jobin, *Obligations*, *supra* note 470, n° 29.

Selon Carbonnier, le refus d'admettre la répétition de l'indu après le paiement d'une dette prescrite témoigne du désir de restreindre au minimum les conséquences « d'une institution qui a l'iniquité foncière d'une spoliation », ce qui en expliquerait la conception procédurale :

« La solution donnée par la Cour de cassation [refusant la répétition de l'indû contre le paiement d'une dette prescrite] tend visiblement à affaiblir la portée de la prescription, à lui prêter un caractère plus superficiel, moins fondamental. Ce n'est, sans doute, à ses yeux [à la Cour de cassation], rien de plus qu'un obstacle procédural à l'action, et, soulevée comme une exception de procédure, elle ne saurait produire effet avant d'avoir été invoquée en justice »<sup>554</sup>.

Bien qu'il soit clair que la prescription n'est pas une « exception de procédure » mais plutôt une « fin de non-recevoir », l'esprit d'équité qui anime l'approche voulant en réduire les effets est indéniable. C'est d'ailleurs dans ce but que des auteurs estiment que l'obligation prescrite est une obligation civile qui a seulement « dégénéré » en obligation naturelle<sup>555</sup>. Selon cette explication apparemment adoptée par la Cour de cassation, la prescription « n'éteint pas le droit du créancier, mais lui interdit seulement d'exiger l'exécution de son obligation », ce qui correspondrait à la conception procédurale de la prescription<sup>556</sup>.

Mais l'utilisation du terme « procédure » pour référer au droit « d'exiger l'obligation » est inexacte, car l'action au sens de la procédure civile n'est pas le droit d'exiger mais le droit de soumettre au juge sa prétention d'avoir le droit d'exiger. La Cour de cassation demeure ainsi sur le terrain exclusif de la substance des droits en parlant de l'attribut d'exécution du droit dont elle constate par ailleurs l'existence. La différence entre la prescription qui éteint le droit et celle qui n'éteint que le droit d'exiger l'exécution de ce droit est donc mieux décrite par l'effet « moins puissant » et l'effet « plus puissant »<sup>557</sup> ou la conception « minimaliste » ou « maximaliste »<sup>558</sup>.

---

<sup>554</sup> Jean Carbonnier, « Notes sur la prescription extinctive », [1952] 50 *Rev. Tr. Dr. Civ.* 171, p. 176.

<sup>555</sup> Lluelles, *Obligations*, *supra* note 339, p. 12 et 13; Pineau, *Obligations*, *supra* note 550, p. 25.

<sup>556</sup> Libchaber, *Prescription*, *supra* note 138, p. 812, citant *Civ. 2*, 9 juillet 2009, *Bull. II*, 194, et *Civ. 3*, 25 avril 2007, *Bull. III*, n° 61, p. 56.

<sup>557</sup> Savigny, *Traité*, *supra* note 266, tome 5, p. 376 et suivantes.

<sup>558</sup> Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz, *Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., tome 2, Paris, Sirey, p. 303.

Cela dit, il faut bien remarquer que le seul effet juridique de l'obligation qui subsisterait à la prescription est l'interdiction de la répétition de l'indu<sup>559</sup>. Or, l'existence d'une volonté au moins tacite était nécessaire même en droit romain pour renoncer à la répétition de l'indu :

« Si un débiteur, qui avoit une exception perpétuelle à opposer à son créancier, qui n'ignoroit pas qu'il pouvait la lui opposer efficacement, s'est engagé à lui donner quelque chose pour être libéré envers lui, il ne pourra redemander ce qu'il a donné »<sup>560</sup>.

Plus près de nous, la règle prévoit que le débiteur peut tacitement renoncer au bénéfice de la prescription acquise, une telle renonciation étant définie comme résultant « d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis »<sup>561</sup>. Le paiement d'une dette prescrite laisse ainsi présumer d'une renonciation à la prescription acquise : « un paiement effectué fait présumer une dette. C'est la raison pour laquelle les tribunaux ont souvent décidé que le fait de faire un paiement sur une dette prescrite démontrait une intention de renoncer à la prescription »<sup>562</sup>. Dans un tel cas, le *solvens* renonce tacitement à son droit acquis à la prescription pour ce qui est payé – mais pas pour le reste de la dette si le paiement était partiel<sup>563</sup>, à moins de prouver une volonté contraire<sup>564</sup>.

---

<sup>559</sup> Roger Bout, « Obligation naturelle », *Rép. civ. Dalloz*, 2008, par. 61; v. en ce sens Pothier, *Obligations*, *supra* note 112, tome 1, p. 219 : « Le seul effet de nos obligations purement naturelles est, que lorsque le débiteur a payé volontairement, le payement est valable, et n'est pas sujet à répétition; parce qu'il a eu un juste sujet de payer; savoir celui de décharger sa conscience ».

<sup>560</sup> *Digeste*, *supra* note 347, tome 2, livre 12, titre 6, n° 24, p. 232.

<sup>561</sup> Art. 2885 al. 1 C.c.Q.; *Intermodal Crane Services inc. c. Démolitions Méga inc.*, [2000] R.J.Q. 1588 (C.S.), p. 8 : « la prescription confère le droit de ne pas être poursuivi et, selon le tribunal, il ne fait aucun doute qu'elle « est un droit acquis [...] » ».

<sup>562</sup> *Latendresse (Succession de) c. Latendresse*, 2010 QCCS 611, par. 89. Mais le simple fait de reconnaître l'existence d'une dette prescrite n'est pas suffisant pour supposer l'abandon du droit de ne pas payer cette dette : *Charbonneau c. Parent*, 2008 QCCA 240 (C.A.), par. 3. C'est l'acte contraire au droit acquis combiné à l'effet de reconnaissance du paiement qui justifie cette présomption. Sur le fait que le paiement fait présumer la reconnaissance de la dette, voir *Girardot*, *supra* note 535, par. 55 : « Le paiement qu'un débiteur fait à son créancier interrompt la prescription puisqu'il suppose, règle générale, que le premier reconnaît ainsi clairement et de façon non équivoque la créance du second ».

<sup>563</sup> *Brosseau c. Valentine*, B.E. 99BE-88 (C.Q.) : « Le demandeur n'ayant pas agi avant le 1<sup>er</sup> janvier 1997, le défendeur a été libéré de sa dette par l'effet de cette prescription extinctive. Il est vrai qu'en versant un montant de 2 000 \$ en décembre 1997, une fois la prescription acquise, le défendeur a de ce fait renoncé tacitement à son droit acquis à la prescription en application de l'article 2885 C.c.Q. Toutefois, cette renonciation tacite à la prescription acquise par le paiement d'une somme de 2 000 \$, ne comporte aucun nouvel engagement formel ni une promesse de payer la dette initiale qui n'a pas été ainsi renouvelée ».

Le véritable problème concerne le cas d'un débiteur qui paie une dette prescrite sans savoir qu'elle est prescrite. Dans ce cas, il pourrait plaider l'erreur portant sur un élément déterminant de droit<sup>565</sup>, mais on peut aussi estimer que l'erreur consistant à ne pas savoir que son droit est prescrit est inexcusable en règle générale. À tout événement, le débiteur qui paie une dette qu'il sait ou devrait savoir prescrite renonce tacitement à son droit de ne pas faire ce paiement<sup>566</sup>.

Mais si l'effet de la prescription dépend, en définitive, de la renonciation au droit acquis de ne plus payer, pourquoi introduire la curieuse hypothèse de l'obligation « plutôt mystique »<sup>567</sup> que serait une obligation naturelle imprescriptible? En fait, ce qu'on appelle « obligation naturelle », dans ces circonstances, ne se distingue pas vraiment des conséquences qui découlent d'un engagement unilatéral<sup>568</sup>, d'un paiement volontaire<sup>569</sup> fondé sur une cause implicitement admise ou encore d'un contrat dont le consentement du bénéficiaire est présumé<sup>570</sup>. Par exemple, il est douteux qu'un débiteur qui paie volontairement une dette prescrite au préjudice d'un créancier non prescrit soit à l'abri d'une action oblique ou en inopposabilité de ce dernier pour éviter que cette renonciation

---

<sup>564</sup> Baudouin, *Responsabilité*, *supra* note 265, n° 1122; dans tous les cas, cependant, la renonciation ne peut être opposée aux débiteurs solidaires et aux tiers : art. 2887 C.c.Q. (v. *Fernet c. Gareau*, [1998] R.R.A. 192 (C.S.), par. 24 et 25 : « Mais au moment où M. Fernet reçoit ce paiement, sa créance est déjà éteinte par le fait de la prescription. La dette étant alors éteinte, la solidarité des emprunteurs n'existe donc plus et tel paiement ne pouvait faire revivre la dette à l'égard de la co-emprunteuse Les Immeubles Corella Ltée et des cautions de cette dernière [...] », par. 51 : « Le paiement fait par M. Beauchesne après l'extinction de la dette ne peut en l'occurrence préjudicier au notaire maintenant poursuivi, ce dernier devant être considéré comme un tiers aux termes de l'article 2229 C.c.B.-C.: "La renonciation à la prescription acquise ne préjudicie pas aux codébiteurs, à la caution, ni aux tiers." »).

<sup>565</sup> Jobin, *Obligations*, *supra* note 470, n° 230; v. en ce sens Vincent Karim, *Les obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 291 : « le débiteur qui pense qu'il est toujours tenu à une obligation civile envers son créancier et qui procède à son exécution, effectue un paiement par erreur qui remplit les conditions requises par l'art. 1491 C.c.Q. ».

<sup>566</sup> Mignot, *Prescription*, *supra* note 482, n° 23.

<sup>567</sup> *Tolofson*, *supra* note 195, par. 80.

<sup>568</sup> Didier Lluelles, « Vers une troisième source d'obligations civiles? L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit privé québécois », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 529 : « On aura évidemment à l'esprit l'engagement d'exécuter une obligation naturelle. Cet engagement unilatéral « noverait » l'obligation naturelle en une véritable obligation civile, sans qu'on n'ait à chercher l'enchaînement de l'engagement dans un contrat ».

<sup>569</sup> Carbonnier, *Obligations*, *supra* note 338, p. 26 : « C'est que, pour qu'intervienne l'obligation naturelle, il ne suffit pas d'avoir des juges prêts à la reconnaître, il faut avant tout avoir des débiteurs disposés à la payer ».

<sup>570</sup> Benoît Moore, « Obligations en général », *JurisClasseur Québec – Obligations et responsabilité civile*, Fasc. 1, 2011, par. 17.

lui soit opposée<sup>571</sup>, ce qui témoigne difficilement de la subsistance d'un lien de droit entre le débiteur et le créancier prescrit.

On peut aussi penser à d'autres situations problématiques comme celle de l'administrateur du bien d'autrui qui paie une dette prescrite sans mandat de la payer : on pourrait alors prétendre qu'ayant agi sans pouvoir, son acte est annulable<sup>572</sup> et que la dette doit être répétée. La solution peut dépendre de la question de savoir si une obligation naturelle subsistait et si la dette a été payée « volontairement » au sens de l'art. 1554 *C.c.Q.*, mais on peut aussi se demander si – et dans quelle mesure – le paiement fait sans mandat emporte renonciation. Or, à moins d'admettre qu'un acte nul ait des effets, la répétition semble inévitable dans un tel cas, ce qui tend à exclure l'existence d'une chose indépendante de la renonciation du débiteur.

D'ailleurs, le législateur français ne réfère pas à l'obligation naturelle dans sa réforme de 2008 pour interdire la répétition de l'indu du paiement d'une dette prescrite : « Le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré » (art. 2249 *C.c.fr.*). La notion d'obligation naturelle ne semble donc pas nécessaire pour discuter des conditions auxquelles le paiement prescrit doit être répété.

Les espèces citées par la doctrine pour justifier l'assimilation d'une obligation prescrite à une obligation naturelle sont au mieux partagées, sinon hostiles à cette idée<sup>573</sup>. En effet,

---

<sup>571</sup> Art. 2887 *C.c.Q.*

<sup>572</sup> Madeleine Cantin Cumyn, « Les actes juridiques accomplis dans l'exercice de pouvoirs », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 248 et 249 : « le contrat conclu sans pouvoir est entaché de nullité, puisque l'une des conditions requises pour sa validité fait défaut [note : article 1416 *C.c.Q.*] ».

<sup>573</sup> Jobin, *Obligations*, *supra* note 470, n° 26, note 151, cite les affaires suivantes, qui se rapportent soit à la faillite, soit à la courte prescription de l'ancien Code. Il est vrai que dans *Lafontaine c. Vézina*, [1946] C.S. 282, le juge Langlais de la Cour supérieure a accepté qu'un billet prescrit serve de considération à un billet ultérieur au motif que le premier billet impayé avait laissé subsister une obligation naturelle, mais le juge St-Jacques de la Cour du Banc du Roi avait affirmé le contraire dans *Charest*, *supra* note 514 (alors que le premier juge avait affirmé que l'obligation prescrite pouvait faire l'objet d'une cession puisqu'elle laissait subsister une obligation naturelle, le juge St-Jacques a estimé, aux p. 527 et 528, que « [n]on seulement celui-ci [le créancier] n'avait plus de droit d'action contre son neveu, mais la dette elle-même était absolument éteinte, tout comme si elle eût été payée. [Le créancier] n'avait donc plus de créance et on ne transporte pas valablement ce qui n'existe pas ou n'existe plus, car c'est le néant au point de vue juridique. L'obligation morale, si elle subsiste, ne peut faire l'objet d'une vente ou cession. Ce n'est pas une chose qui est dans le commerce, et l'art. 1059 *C. C.* stipule que seules les choses qui sont dans le commerce peuvent être l'objet d'une obligation [nos soulignés] »). Dans *Dodier*, *supra* note 514, la créance prescrite fut déclarée

l'obligation prescrite ne présente pas les attributs de l'obligation naturelle. Par exemple, une obligation naturelle peut faire l'objet d'une sûreté, mais la prescription éteint les sûretés. Ainsi, une obligation naturelle peut être garantie par une caution<sup>574</sup>, mais la prescription éteint la caution<sup>575</sup>. Selon la Cour d'appel, la prescription s'applique à une obligation naturelle et constitue le terme extinctif de l'obligation au même titre que le paiement :

[35] Les réclamations prouvables deviennent en quelque sorte des obligations naturelles. Ainsi, si le débiteur libéré décide d'en acquitter une librement par la suite, il ne pourra en obtenir la répétition ou restitution en alléguant paiement sans considération (Baudouin Jobin, précité). [...].

[39] L'extinction de l'obligation garantie par une hypothèque entraîne l'extinction de cette dernière (art. 2797 C.c.Q.), mais tel n'est pas le cas en l'espèce. Certes, les intimés ne peuvent plus poursuivre en justice la faillie, si libérée, pour le montant accordé en 2002, mais cette dette n'est pas éteinte en droit et l'hypothèque subsiste dans ses effets jusqu'à paiement ou prescription de l'obligation garantie (art. 1671 et 2875 C.c.Q.). »<sup>576</sup>.

En d'autres termes, la dette prescrite ne peut servir d'assise à une garantie accessoire, contrairement à l'obligation naturelle ou à celle d'un failli, lesquelles sont par ailleurs prescriptibles. Cela explique d'ailleurs que la prescription entraîne la radiation de

---

« absolument éteinte » sans mention de la notion d'obligation naturelle. Quant à *Verreault c. Harvey*, [1970] C.A. 753 et *Truchon c. Constantin*, [1982] C.P. 95, il s'agit d'affaires dans lesquelles l'obligation naturelle subsistait à la faillite et non à la prescription. Pour sa part, Lluellas, *Obligations*, *supra* note 339, p. 13, note 17, cite l'affaire *Citifinancière, corporation de prêts hypothécaires c. Payette*, B.E. 2004BE-898 (C.Q.) (la juge Villeneuve a décidé que les paiements sur une dette prescrite n'ont pas eu pour effet d'interrompre la prescription, mentionnant en *obiter* que ces paiements constituaient l'exécution d'une obligation naturelle), et l'affaire *Succession de L'Espérance c. L'Espérance*, J.E. 2005-1036 (C.Q.) (le juge Théroix estime qu'une dette éteinte par faillite ou prescription peut constituer une considération valable, soit une obligation naturelle). On trouve également *Ruvo c. Di Giacinto*, 2011 QCCQ 14952, où la juge Marengo estime que « la dette prescrite est une obligation naturelle » mais ne tire aucune conséquence de cette affirmation.

<sup>574</sup> Art. 2340 C.c.Q.; Faribault, *Traité*, *supra* note 515, p. 331; *Dorval c. La Prévoyance* (1937), 75 C.S. 40, p. 42 (au sujet d'une dette remise au moyen d'un concordat en matière de faillite et d'insolvabilité) : « la défenderesse ayant à l'origine cautionné une obligation civile, son cautionnement continue à subsister lorsque, changeant de caractère, l'obligation devient naturelle ».

<sup>575</sup> V. par ex. *Centre d'aide aux entreprises région Haut-Yamaska inc. c. Lachance*, B.E. 2004BE-396 (C.Q.).

<sup>576</sup> 3095-7252 *Québec inc. c. Mickeck Jacyno*, [2010] R.J.Q. 1118 (C.A.) [nos soulignements]. Selon Élise Charpentier, « Une exception à la règle de l'inefficacité de l'hypothèque judiciaire dans le contexte de la faillite du débiteur », (2012) *Rev.can.D.com.* 271, p. 280, l'hypothèse de la prescription de l'obligation naturelle est « de prime abord surprenante » puisque « [s]i la prescription éteint l'obligation naturelle, elle ne modifie pas la situation du créancier de manière significative : il ne fait que perdre le statut de titulaire d'une obligation dont il ne pouvait réclamer l'exécution ». Mais l'hypothèse est en revanche tout à fait logique si la prescription a le même effet que le paiement et ne laisse rien subsister.



l'hypothèque qui garantissait la créance prescrite<sup>577</sup>. Selon cette conception qui assimile la prescription au paiement, rien ne subsiste à l'un comme à l'autre, car, selon la formule de Dunod, « [la Loi Civile] peut éteindre l'obligation naturelle, comme elle peut l'empêcher de naître; et elle l'éteint, par tout ce qui suivant les maximes du Droit, tient lieu du paiement »<sup>578</sup>. Troplong, aussi de cet avis, expliquait que la prescription s'est emparée « de la propriété comme de l'obligation »<sup>579</sup>.

Dans tous les cas, la subsistance de quelque chose contre la volonté manifestée du débiteur est contraire à l'objectif de la prescription d'assurer la paix sociale et de donner « au débiteur une pleine et entière assurance, *plenissimam securitatem* »<sup>580</sup>. Selon Dunod, les effets de la prescription sont assimilés à ceux de l'autorité de la chose jugée depuis l'époque romaine :

« Les motifs qui l'ont fait introduire [la prescription], ont été d'assurer les fortunes des particuliers, en fixant l'incertitude des domaines, par la possession dont le fait est ordinairement certain; d'obvier aux procès, que pourroit faire naître cette incertitude, & de punir la négligence de ceux qui ayant des droits acquis, tardent trop à les faire connoître & à les exercer : la Loi présume qu'ils ont voulu perdre, remettre ou aliéner ce qu'ils ont laissé prescrire [...]; c'est pourquoi elle donne la même force à la Prescription, qu'à la transaction »<sup>581</sup>.

Cette conception fut également celle qui anima les codificateurs français :

« [Les prescriptions] furent en usage chez les Romains, dans les temps les plus reculés; leurs lois n'en parlent que comme d'une garantie nécessaire à la paix publique : [...]. La prescription est mise, dans ces lois, au nombre des aliénations de

---

<sup>577</sup> *Équipement P. Lacroix Inc. c. Laurier Lavoie Inc.*, [2002] R.D.I. 651 (C.A.), par. 16 : « son droit personnel ne doit pas être prescrit pour qu'elle puisse faire valoir sa garantie hypothécaire »; *Belleterre (Ville de) c. Algonquin Énergie (Belleterre) inc.*, B.E. 2002BE-369 (C.A.), p. 2; *Inversiones Bellrim, s.a. c. Guzzler Manufacturing inc.*, 2010 QCCA 323, par. 12, 13 et 43; *Dagenais c. Cassidy*, 2011 QCCS 2009, par. 37.

<sup>578</sup> Dunod, *Traité*, *supra* note 95, p. 108.

<sup>579</sup> Troplong, *Prescription*, *supra* note 52, p. 36 : « Une autre question est celle de savoir si la prescription, en détruisant l'obligation civile, laisse subsister l'obligation naturelle. [...] Mais il serait temps de renoncer à ces rêveries, qui ne font que perpétuer dans le droit les plus fâcheuses méprises. Le droit positif s'est emparé de la propriété comme de l'obligation, pour faire planer sur l'une et sur l'autre des dispositions réglementaires dictées par l'utilité sociale [nos soulignements; note omise] ».

<sup>580</sup> Merlin, *Répertoire*, *supra* note 114, p. 74.

<sup>581</sup> Dunod, *Traité*, *supra* note 95, p. 2 [note omise; nos soulignements].

la part de celui qui laisse prescrire. [...] On y donne à la prescription la même force, la même irrévocabilité qu'à l'autorité des jugements, qu'aux transactions »<sup>582</sup>.

Or, s'il est vrai que certains auteurs prétendent que l'autorité de la chose jugée laisse subsister une obligation naturelle<sup>583</sup>, ce qui y subsiste ne peut être que moral et non juridique, car l'autorité de la chose jugée est une « présomption absolue » à laquelle « aucune preuve ne peut lui être opposée »<sup>584</sup>. Si la prescription a le même effet que l'autorité de la chose jugée, son accomplissement laisse le créancier « sans droit » :

« Finalement, l'appelante, dans son mémoire, laisse entendre que toute cette question de chose jugée ne serait que purement procédurale. [...] Au contraire, la sentence [ayant appliqué l'autorité de la chose jugée pour rejeter le recours de l'appelante] est bel et bien une décision sur le fond. Invoquer l'autorité de la chose jugée à l'encontre d'un recours signifie, en réalité, affirmer que ce recours est intenté sans droit et qu'il est mal fondé; reconnaître la chose jugée emporte un rejet sur le fond, sans qu'aucune réserve de droit ne soit possible »<sup>585</sup>.

Enfin, la théorie voulant qu'une obligation subsiste à l'accomplissement de la prescription omet de tenir compte du fait que l'écoulement du temps ne fait pas que spolier le créancier négligent, il protège aussi le débiteur qui a déjà payé. Il est possible de prétendre que le créancier a été spolié contre l'équité le lendemain de l'expiration du délai, mais ce constat ne peut plus vraiment se faire après un très long délai. En effet, comment l'héritier du débiteur originel d'un prêt de 1643 pourrait sérieusement faire la preuve du paiement de son ancêtre, de la nullité du prêt ou même de la fabrication du document? Or, la transformation de l'obligation civile en obligation naturelle implique qu'il y ait une obligation valide à transformer, ce qui exige, en l'absence d'une renonciation, de faire une preuve au-delà du délai. Une telle preuve peut heurter l'un des fondements de la

---

<sup>582</sup> Bigot-Préameneu, *Prescription*, *supra* note 461, p. 576 [nos soulignements].

<sup>583</sup> Pothier, *Obligations*, *supra* note 112, tome 1, p. 220 : « Une obligation civile, lorsque le débiteur a acquis contre l'action qui en résulte quelque fin de non-recevoir; *putà*, par l'autorité de la chose jugée, ou du serment décisoire, ou par le laps de temps requis pour la prescription, peut aussi être regardée comme obligation purement naturelle, tant que la fin de non-recevoir subsiste, et qu'elle n'est pas couverte »; Aubry et Rau par Étienne Bartin, *Cours de droit civil français*, 5<sup>ème</sup> éd., t. 12, Paris, Marchal et Billard, 1922, p. 454 : « Un jugement qui, à défaut de preuve suffisante ou par erreur, déclare non existante une obligation qui existe réellement, enlève bien à cette obligation son efficacité civile, mais la laisse subsister comme obligation naturelle »; v. en ce sens Martine Lachance, *Le contrat de transaction*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 265, qui estime, « [à] l'instar de la prescription extinctive », que « le droit subjectif reste intact » à la transaction qui n'éteint que l'action.

<sup>584</sup> Art. 2847 *C.c.Q.*

<sup>585</sup> *Ungava Mineral Exploration Inc. c. Mullan*, 2008 QCCA 1354, par. 112 et 114 [nos soulignements] ».

prescription, à savoir de corriger « l'effet érosif du temps sur la mémoire et sur la valeur des éléments de preuve »<sup>586</sup>. Il doit forcément y avoir un délai après lequel un droit se perd; la question est de savoir après combien de temps.

La théorie voulant que quelque chose subsiste au passage de la prescription est donc une mesure d'équité qui se substitue implicitement à l'arbitrage du délai fixé par le législateur. Mais ce problème n'est pas l'apanage de la prescription : la nullité du contrat lésionnaire passé par un mineur le jour précédant sa majorité provoque le même sentiment d'inéquité et fera croire à la subsistance d'une obligation naturelle, contrairement au même contrat « conclu » avec un enfant de cinq ans. Dans ce cas de figure comme dans celui de la prescription, il serait plus exact d'affirmer qu'une obligation naturelle est susceptible d'exister lorsque les circonstances heurtent le sentiment d'équité, plutôt que de poser le principe général de l'effet purement procédural du droit civil. En ce sens, toutes les règles dont l'application provoque un sentiment d'inéquité sont susceptibles de laisser subsister une obligation naturelle (ou pas, selon les circonstances et la nature de la règle), ce qui n'a rien à voir avec la qualification de leur objet, lequel demeure entièrement substantiel malgré l'existence d'une autre règle substantielle propre à en tempérer la rigueur.

Il faut convenir de l'ambiguïté de l'effet de la prescription, car celle-ci tire son fondement de deux présomptions qui ne peuvent s'appliquer en même temps. En effet, soit la créance a été payée antérieurement à l'expiration du délai (ou même avant qu'il ne commence à courir), auquel cas la prescription dispense de la preuve du paiement et l'établit par présomption, soit la créance n'existe plus car le créancier est présumé y avoir renoncé. En d'autres termes, soit la créance a été éteinte par paiement (ou par une autre cause), soit elle l'a été par la prescription. Le paradoxe réside en ce qu'une fois les conditions de la prescription réunies, on ne peut savoir laquelle des présomptions joue sans faire la preuve d'un événement antérieur à l'expiration du délai. En ce sens, l'art. 2921 C.c.Q. décrit adéquatement l'effet alternatif de la prescription, effet alternatif que la Cour de cassation décrit comme étant effet « soit d'éteindre une dette, soit de faciliter au débiteur la preuve de sa libération »<sup>587</sup>. Suivant cette description, l'effet de la prescription est

---

<sup>586</sup> Gauthier, *supra* note 465, par. 48.

<sup>587</sup> Mignot, *Prescription*, *supra* note 482, n° 48, citant un arrêt du 21 février 1949.

généralement indéterminable, mais son accomplissement témoigne assurément de l'extinction de l'obligation de payer.

Des auteurs affirment donc que « le choix réel est entre une conception minimaliste (la prescription ne met fin qu'à l'action) et une maximaliste (la prescription supprime à la fois le droit et l'action). Or, c'est cette dernière conception qui correspond à la réalité »<sup>588</sup>. Cela fait dire à certains que « les auteurs s'accordent à dire qu'il existe un principe général d'extinction de l'obligation dans sa double dimension de droit et d'action et des exceptions à celui-ci »<sup>589</sup>. Cette conception signifie que la prescription ne laisse au créancier prescrit comme seule ressource que « [l]e cri de [l]a conscience » du débiteur<sup>590</sup>, que ce qui pourrait subsister à la prescription ressemble ainsi à une obligation perpétuelle mais impossible à prouver, relevant de la métaphysique plus que du droit<sup>591</sup>, et qu'en définitive, au terme du délai, il ne subsiste « qu'un compte à régler avec sa conscience, ce qui est sortir des bornes du droit »<sup>592</sup>.

D'autres, plus circonspects, se bornent à constater que le droit positif ne tranche pas la question de savoir si la prescription éteint le droit ou seulement l'action<sup>593</sup> et que des doutes subsistent sur l'effet de la prescription<sup>594</sup>.

---

<sup>588</sup> Marty, *Obligations*, *supra* note 558, p. 303; v. en ce sens Malaurie, *Obligations*, *supra* note 341, p. 675 : « la prescription libératoire a essentiellement un effet extinctif, à la fois du droit et de l'action ».

<sup>589</sup> Marc Bruschi, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Paris, Economica, 1995, p. 290.

<sup>590</sup> Bigot-Préameneu, *Prescription*, *supra* note 461, p. 575 : « Le cri de sa conscience, qui lui rappellera sans cesse son obligation naturelle, est la seule ressource que la loi puisse laisser au propriétaire ou au créancier qui aura laissé courir contre lui la prescription [nos soulignements] ».

<sup>591</sup> Ailes, *Substance*, *supra* note 286, p. 404, note 46, citant Ames, *Lectures on Legal History* : « An immortal right to bring an eternally prohibited action is a metaphorical subtlety that the present writer cannot pretend to understand ».

<sup>592</sup> Troplong, *Prescription*, *supra* note 52, p. 38.

<sup>593</sup> Flour, *Obligations*, *supra* note 337, p. 436 : « les nouvelles dispositions ne permettent pas de trancher la question de la nature de la prescription qui reste, en l'état du droit positif, irrésolue ».

<sup>594</sup> Terré, *Obligations*, *supra* note 525, p. 1415 : « En dépit de la pertinence de ces arguments, la thèse de l'extinction du droit ne peut être accueillie sans réserves ».

## 6. Conclusion sur la qualification

Il n'est pas nécessaire de prendre position à l'égard de l'extinction du droit ou de la seule action (au sens du droit à l'exécution) pour qualifier la prescription<sup>595</sup>. En effet, le débat se réduit à déterminer dans quelles circonstances le paiement d'une dette prescrite peut être répété, selon l'interprétation de la notion de paiement « valide » ou « volontaire », de la renonciation, de l'erreur ou de l'imputation. Les protagonistes de la controverse s'entendent ainsi sur la disparition du droit à l'exécution, seule demeurant incertaine la subsistance d'autre chose, à savoir si le débiteur prescrit est encore débiteur bien qu'il ne soit plus tenu de payer.

La controverse relative à la prescription ne porte donc que sur la substance des droits, la difficulté étant de mesurer l'étendue de son effet et non de le qualifier. Cela signifie que l'art. 3131 *C.c.Q.* propose une qualification conforme aux effets de la prescription en droit civil et, par conséquent, cohérente avec la conception procédurale de l'action en justice, laquelle n'est pas concernée par le fond du litige mais le sérieux des prétentions.

L'objet de la prescription est donc la substance du rapport entre les parties, autrement dit l'existence du droit d'exiger l'exécution de l'obligation de payer, qu'il subsiste ou non un autre élément que ce droit après l'écoulement du délai. La réponse à la question que nous nous posons dépendra ainsi de l'identification de la source de ce droit entre les parties à une sentence arbitrale étrangère.

---

<sup>595</sup> Flour, *Obligations*, *supra* note 337, p. 436 : « D'abord, force est de constater que la question de la nature de la prescription extinctive présente un *intérêt pratique limité*. [...]. À quoi peut-il bien servir d'être créancier si l'on ne peut pas obtenir l'exécution de l'obligation? Cela explique que la réforme de la prescription ait pu délaissier cette interrogation [italiques dans le texte] ».



## **II. La règle de conflit**

Nous voilà rendu à l'étape d'analyser les hypothèses concernant la loi applicable à la prescription dans le contexte de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, autrement dit de sélectionner la règle permettant de résoudre le conflit de lois à ce sujet. À cette fin, nous avons distingué les hypothèses liées aux plaideurs [A] de celles reliées à la sentence arbitrale [B] et au litige entre les parties [C].





## **A. Hypothèses reliées aux parties**

Nous regroupons sous ce titre deux hypothèses qui avaient historiquement beaucoup de liens (la *lex fori* et la *lex domicili debitoris*) et que nous associons aux parties, car elles dépendent dans un cas du lieu où est situé le tribunal saisi de la demande d'exécution de la sentence [1] et dans l'autre du lieu où est domicilié le débiteur de la sentence [2]. Au plan analytique, ces deux hypothèses ont peu de choses en commun, comme nous le verrons, mais elles concernent toutes deux des circonstances qui peuvent avoir changé après le prononcé de la sentence.



## 1. Tribunal saisi de la demande d'exécution

L'hypothèse que la loi applicable à la prescription d'une sentence arbitrale étrangère soit celle du tribunal saisi de la demande d'exécution a fait l'objet de l'arrêt de la Cour suprême dans *Yugraneft*, dans lequel il fut mentionné que la sentence arbitrale étrangère était imprescriptible à moins que la prescription soit une règle de procédure, conséquemment régie par la *lex fori*. Il est donc nécessaire d'analyser cet arrêt tout comme son postulat de l'imprescriptibilité [a] et, dans un deuxième temps, le délai qui serait appliqué si un tribunal québécois optait pour la *lex fori* [b]. Nous observerons ensuite l'opportunité de sélectionner cette hypothèse [c].



a) ***Pertinence de la prescription***

La nature de la prescription comme mode d'extinction des obligations explique, en premier lieu, sa pertinence au stade même de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Cette pertinence se limite toutefois à l'exécution de la sentence et ne doit pas empêcher sa reconnaissance. Avant d'aborder ces points, penchons-nous sur l'affaire *Yugraneft*.

Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si une sentence arbitrale rendue en Russie était assujettie au délai de prescription de l'Alberta, où on en demandait la reconnaissance et l'exécution. Le juge Rothstein, écrivant au nom de la Cour, se demande « si les délais de prescription sont des « règles de procédure » au sens que la Convention donne à ce terme »<sup>596</sup>, puisque la prescription ne figure pas dans la liste des motifs de la *Convention de New-York* pour refuser l'*exequatur*. De fait, le premier alinéa de l'art. V dispose : « [l]a reconnaissance et l'exécution ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit [...] la preuve [...] »; et suivent ensuite les motifs de refus de reconnaissance, dont la prescription ne fait pas partie<sup>597</sup>. Un deuxième alinéa vise les motifs que le tribunal peut soulever d'office, à savoir l'inarbitrabilité du litige et la contrariété à l'ordre public. En principe, donc, la prescription n'est pas un motif de refus de reconnaissance, ce que l'art. 950 *C.p.c.* confirme également.

En revanche, l'art. III prévoit :

Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales<sup>598</sup>.

Selon le juge Rothstein, la question à résoudre consiste à déterminer si la prescription est ou non une règle de procédure au sens de cet article III, car si ces délais « sont considérés

---

<sup>596</sup> *Yugraneft*, *supra* note 5, par. 15.

<sup>597</sup> *Convention de New York*, *supra* note 6, art. V.

<sup>598</sup> *Id.*, art. III.

comme étant de caractère substantiel, imposer un délai de prescription aux procédures de reconnaissance et d'exécution semblerait contraire à la Convention, laquelle permet seulement l'application des règles de procédure locales, et non des règles de fond locales »<sup>599</sup>. Ainsi posée, la question contient en elle-même la réponse, car sa prémisse suppose que seul le droit de la procédure local est susceptible de s'appliquer à une sentence visée par la *Convention de New York*.

Il faut remarquer que des intervenants plaidaient, dans cette affaire, que les sentences arbitrales étrangères étaient imprescriptibles à peu près dans les termes que le juge Rothstein reprendra pour décrire cette question qui s'est avérée fondamentale dans le raisonnement de la Cour. Pour l'intervenante ADR Chambers, « there is currently no limitation period applicable to the recognition and enforcement of *New York Convention* awards in Alberta. As such, Canada is in conformity with its treaty obligations under the *New York Convention* »<sup>600</sup>. L'intervenante CAC abondait dans le même sens et concluait que « [t]he substantive grounds for resisting recognition and enforcement are strictly limited to those enumerated in Article V of the Convention and Article 36 of the Model Law, which make no mention of limitation periods »<sup>601</sup>. Selon elle et l'auteur suisse ayant écrit un article dont elle s'inspire<sup>602</sup>, le droit litigieux a été adjugé et il n'y a plus de raison de protéger par la prescription le débiteur contre le préjudice que le passage du temps peut faire subir à ses moyens de défense<sup>603</sup>.

Pourtant, le débiteur d'une sentence qui date d'il y a longtemps risque tout autant de voir sa preuve de paiement érodée par le temps que le débiteur d'un droit litigieux, sans compter que le créancier d'une sentence inexécutée pendant longtemps semble tout autant négligent que le créancier qui ne l'a pas encore demandée, quoique le temps requis pour en arriver à ces constats peut être plus long. Comme le souligne Carbonnier, il est justifié de distinguer « la prescription aux fins de constatation, de liquidation des créances » de « la prescription

---

<sup>599</sup> *Yugraneft*, *supra* note 5, par. 15 et 16.

<sup>600</sup> *Id.*, *Factum of ADR Chambers inc.*, par. 19.

<sup>601</sup> *Id.*, *Factum of the intervener Canadian Arbitration Congress*, par. 18.

<sup>602</sup> Aschauer, *Prescription*, *supra* note 16, p. 595 et 596.

<sup>603</sup> *Yugraneft*, *supra* note 5, *Factum of the intervener Canadian Arbitration Congress*, par. 24.

aux fins de paiement »<sup>604</sup>, mais cela ne signifie pas qu'il soit justifié d'abolir la prescription des titres bénéficiant de l'autorité de la chose jugée. Le droit n'est peut-être plus litigieux – il mérite à juste titre de bénéficier d'un délai plus long –, mais l'éternité, c'est quand même un peu long.

Un autre intervenant a proposé une thèse qui s'avèrera reprise par le juge Rothstein non seulement dans son postulat mais dans l'exposé des arguments. Pour la *London Court of International Arbitration* représentée notamment par Bachand, on ne peut interpréter la *Convention de New York* que de deux manières : soit la prescription est une règle de procédure autorisée par l'art. III, soit la prescription est une règle substantielle interdite à titre de « impermissible conditions on the recognition and enforcement »<sup>605</sup>. Le reste du mémoire s'attache à démontrer que la pratique consistant à assujettir les sentences arbitrales étrangères à des délais est répandue et conforme à la *Convention de New York*, citant les trois auteurs qui seront à leur tour cités par la Cour<sup>606</sup>.

Mais la prémisse de cet argument est inexacte : la prescription est permise sans égard à sa qualification. Cela s'explique par le fait que la *Convention de New York* a un champ d'application restreint à la validité de la sentence, et non par la qualification procédurale de toutes les règles de droit susceptibles de s'appliquer à l'obligation de payer découlant la sentence<sup>607</sup>. Ainsi, la possibilité d'appliquer des règles substantielle après le prononcé d'une sentence arbitrale n'a rien à voir avec la validité de cette sentence, comme

---

<sup>604</sup> Carbonnier, *Notes, supra* note 554, p. 173.

<sup>605</sup> *Yugraneft, supra* note 5, *Factum of the intervener The London Court of International Arbitration*, par. 12.

<sup>606</sup> *Id.*, *Factum of the intervener The London Court of International Arbitration*, par. 13 à 16.

<sup>607</sup> V. en ce sens Prujiner, *Qualification, supra* note 15, p. 1112 et 1113 : « Il faut seulement commencer par sortir du faux dilemme dans lequel la Cour s'est laissé enfermer. En effet, la Convention de New York n'exclut pas l'application de toute règle substantielle à une procédure de reconnaissance et d'exécution de sentence arbitrale, elle exclut seulement celles qui sont directement liées à la sentence elle-même et n'apparaissent pas à son article V. Les diverses interventions possibles des autres règles substantielles sont ignorées car elles sont en dehors du champ d'application de la Convention. Cela explique, par exemple, l'absence de délai de prescription dans la Convention comme dans la Loi type. Ce n'est pas parce que ces règles n'ont pas été identifiées dans la Convention qu'elles doivent toutes être incorporées de force dans celles de procédure qui apparaissent à l'article III. En effet, une action en reconnaissance et exécution de sentence peut donner prise à des motifs de rejet substantiels comme toute autre procédure judiciaire. [...] Un [...] bon exemple serait celui, évoqué précédemment, d'une transaction intervenue après la sentence. La validité de cette transaction ne relève évidemment pas de la procédure du tribunal saisi, mais du droit substantiel applicable à cette opération juridique. Un tribunal étatique sera donc justifié de refuser d'exécuter une sentence sur cette base, même si elle n'apparaît pas à l'article V de la Convention de New York » [note omise; nos soulignements].

l'imputation du paiement, la cession de créance, la novation ou même l'extinction de l'obligation – dont la prescription<sup>608</sup>. Il est donc inexact d'affirmer que les sentences arbitrales étrangères sont éternellement exécutoires à défaut que la prescription soit qualifiée de « règle de procédure » au sens de la *Convention de New York*.

Le juge Rothstein fournit trois raisons pour conclure que la prescription est une « règle de procédure » au sens de l'art. III de la *Convention de New York*. Sa première raison est fondée sur l'interprétation des « termes du traité »<sup>609</sup>. Selon lui :

« Lors de la rédaction de la Convention, ses auteurs savaient fort bien que les différents États considéraient les délais de prescription de différentes façons, et que les États de common law les considéraient généralement comme étant de nature procédurale. Toutes choses étant par ailleurs égales, si la Convention était appliquée dans un État de common law, le terme « règles de procédure » que l'on trouve à l'art. III inclurait à première vue tout délai de prescription applicable, suivant la loi nationale, à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le fait que les rédacteurs de la Convention n'aient pas restreint la possibilité, pour les États, d'assujettir les demandes de reconnaissance et d'exécution à des délais est donc révélateur. Une telle omission suppose que les rédacteurs voulaient conserver une approche permissive »<sup>610</sup>.

D'une part, les travaux préparatoires ne font état d'aucune discussion à ce sujet. Lorsque l'article III (alors numéroté II) est venu à l'ordre du jour à la 10<sup>e</sup> réunion de la conférence diplomatique, il prévoyait simplement que la procédure du territoire sur lequel la sentence est invoquée devait être suivie. Le débat relatif à cet article a porté sur l'amendement proposé par le Royaume-Uni visant à préciser que la procédure ne devait pas être plus compliquée pour une sentence étrangère que pour une sentence nationale. Selon Worthley, son représentant, le but de son amendement « was that a foreign arbitral award which met the conditions of the Convention should be enforceable without unnecessary inconvenience or excessive fees »<sup>611</sup>. Le principe a été adopté le jour même à la 11<sup>e</sup> réunion, après que

---

<sup>608</sup> Par exemple, la Cour d'appel a justifié le refus d'exécuter une sentence arbitrale au motif de la compensation en expliquant que la compensation éteint la dette (*Laporte c. Ghanotakis*, 2007 QCCA 384, par. 35 : « Le *Code de procédure civile* édicte : 596. Le saisi peut s'opposer à la saisie-exécution et en demander l'annulation pour tout ou en partie : [...] pour cause d'extinction de la dette. Et une dette peut être éteinte par compensation [note : *C.c.Q.*, art. 1671] »). Incidemment, cet art. 1671 *C.c.Q.* mentionne aussi la prescription.

<sup>609</sup> *Yugraneft*, *supra* note 5, par. 19.

<sup>610</sup> *Id.*, par. 20.

<sup>611</sup> *Travaux préparatoires de la Convention de New-York*, Doc. N.U. (CNUDCI), E/CONF.26/SR.10, p. 7.



d'autres représentants se soient demandé si cette clause de « traitement national » pour les sentences arbitrales s'appliquait à leur exécution ou seulement à la demande de déclaration du caractère exécutoire, et il fut entendu que seule cette dernière faisait l'objet de la convention<sup>612</sup>. L'article final fut finalement adopté à la 16<sup>e</sup> réunion en prévoyant que la clause de traitement national empêchait d'imposer non pas des « règles de procédure » mais des « conditions sensiblement plus rigoureuses »<sup>613</sup>, sans que rien ne soit dit sur la prescription en relation avec cet article.

En fait, la seule mention de la prescription pendant la conférence diplomatique a été faite par la Norvège, qui a affirmé « arbitral awards could not remain valid for an indefinite period of time, but were subject to the statute of limitations » et qu'elle « would not recognize or enforce an award more than ten years old »<sup>614</sup>. Elle faisait toutefois ce commentaire lors du débat relatif à l'art. VII, prévoyant que « [l]es dispositions de la présente Convention [...] ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ».

En remarquant que les auteurs de la *Convention de New York* « savaient fort bien » que les pays de *common law* adhéraient à la conception procédurale de la prescription (adhésion qui évoluera toutefois vers la conception substantielle quelques années plus tard pour un certain nombre d'entre eux, dont le Canada), le juge Rothstein omet de relever que ceux-ci devaient également savoir que les pays de droit civil adhéraient plutôt à la conception substantielle. Face à deux conceptions différentes que les auteurs n'abordent pas dans leurs discussions, il est difficile de conclure que ceux-ci avaient en fait l'intention de prendre position.

D'autre part, l'interprétation de l'article III par le juge Rothstein est fondée sur la prémisse de sa question, à savoir que les sentences sont imprescriptibles si la prescription est substantielle. Il constate que « les rédacteurs de la Convention n'[ont] pas restreint la possibilité, pour les États, d'assujettir les demandes de reconnaissance et d'exécution à des

---

<sup>612</sup> *Id.*, E/CONF.26/SR.11, p. 2 à 4.

<sup>613</sup> *Id.*, E/CONF.26/SR.16, p. 7.

<sup>614</sup> *Id.*, E/CONF.26/SR.24, p. 3.

délais » et que cela est « révélateur » que ces délais sont des « règles de procédure »<sup>615</sup>. Mais cela n'est révélateur que si l'on admet que de tels délais sont « contraires à la Convention » lorsque la prescription est substantielle<sup>616</sup>. Si, au contraire, on estime que la *Convention de New York* n'empêche pas l'application des « règles de fond locales »<sup>617</sup> exclue de son champ d'application, par exemple celles liées à l'extinction des obligations découlant de la sentence – dont la prescription –, le fait que les États puissent assujettir les sentences à des délais n'est pas révélateur de la qualification procédurale de la prescription.

La deuxième raison fournie par le juge Rothstein est fondée sur la pratique des États, lesquels « assujettissent (ou assujettiraient vraisemblablement, si la question devait se poser) la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères à un délai de prescription »<sup>618</sup>. Puisqu'il a précédemment conclu que la prescription devait être qualifiée de « règle de procédure » pour ne pas être contraire à la *Convention de New York*, il en déduit que cette pratique est pertinente à son interprétation de l'article III. Pourtant, il ne relève pas la contradiction de sa déduction lorsqu'il affirme, au même paragraphe, que cette pratique est suivie par des États pour qui la prescription est substantielle. Si ces États imposent des délais, on ne peut certainement pas conclure que le fait d'imposer des délais témoigne du sens à donner au terme « « règle de procédure » de l'article III. Sa conclusion est d'autant plus surprenante que le Canada est, depuis l'arrêt *Tolofson*, un pays pour qui la prescription est substantielle, de sorte que cette pratique tend plutôt à démontrer le contraire.

En outre, il cite, pour prouver cette pratique, un guide publié en 2008 par la Chambre de commerce internationale (« CCI ») et un rapport de la même année de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI »). Ces documents ne font cependant état d'aucune pratique tendant à interpréter l'article III de la *Convention de New York*. D'une part, le guide la CCI s'est limité à demander à un juriste par pays de répondre à la question suivante : « existe-t-il un délai de prescription pour l'introduction

---

<sup>615</sup> *Yugraneft*, supra note 5, par. 20.

<sup>616</sup> *Id.*, par. 16.

<sup>617</sup> *Id.*, par. 16.

<sup>618</sup> *Id.*, par. 21.

d'une action en reconnaissance ou en exécution d'une sentence arbitrale »<sup>619</sup>, alors que le rapport de la CNUDCI a demandé aux gouvernements : « un délai a-t-il été fixé pour l'introduction d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence à laquelle la Convention s'applique »<sup>620</sup>. Puisque la question n'y invitait pas, il n'est pas étonnant de ne trouver aux réponses fournies aucune indication concernant la question de savoir si, selon le pays, la prescription est une « règle de procédure » au sens de l'art. III de la *Convention de New York* ou plutôt une règle substantielle exclue de son champ d'application<sup>621</sup>.

Enfin, le juge Rothstein donne comme troisième raison à son interprétation le fait que des « auteurs éminents dans le domaine semblent tenir pour acquis que l'art. III permet l'application, aux procédures de reconnaissance et d'exécution, des délais de prescription prévus dans la législation locale », ce qui « laisse supposer que l'application des délais de prescription prévus dans la législation locale n'est pas controversée »<sup>622</sup>. Mais la question « controversée » n'était pas de savoir si un délai peut ou non être imposé, car le juge Rothstein a constaté au paragraphe précédent que des pays qui considèrent la prescription comme étant substantielle imposent ces délais et n'a référé à aucun auteur ayant soutenu qu'il est contraire à la *Convention de New York* d'imposer de tels délais. La question « controversée » était de savoir si la prescription est une « règle de procédure » au sens de ce traité. Incidemment, aucune référence n'a été faite à l'opinion selon laquelle la notion voulant que la prescription fasse autre chose que d'éteindre des droits est inconnue en droit

---

<sup>619</sup> CCI, *Guide*, *supra* note 1.

<sup>620</sup> CNUDCI, *Rapport*, *supra* note 1, p. 12 et suivantes.

<sup>621</sup> De plus, les réponses que l'on trouve dans ces documents doivent être interprétées avec la plus grande circonspection. Par exemple, Stephen Drymer, le rédacteur de la section canadienne du guide de la CCI, indique qu'au Québec, il n'y a pas de jurisprudence sur la question mais que les tribunaux imposeraient certainement le délai applicable aux sentences internes, sans référer à l'art. 3131 *C.c.Q.* et à l'arrêt de la Cour d'appel qui a plutôt appliqué un délai étranger à un jugement étranger (*Minkoff*, *supra* note 3), sans compter qu'il liste la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, au nombre des « sources de droit spécifiquement applicables » (CCI, *Guide*, *supra* note 1).

<sup>622</sup> *Yugranest*, *supra* note 5, par. 22.

international<sup>623</sup>, ni à celle voulant que la prescription n'a rien à voir avec les conditions fixées dans la *Convention de New York*<sup>624</sup>.

Cette dernière opinion nous semble toutefois juste. En effet, la prescription ne fait pas partie des motifs qui permettent le refus de reconnaître et déclarer exécutoire une sentence arbitrale étrangère aux termes de l'art. 950 *C.p.c.* parce que ni cette disposition ni la *Convention de New York* ne visent les modes d'extinction de l'obligation constatée par la sentence. Cela tend à indiquer que ce sujet n'est pas visé par ces dispositions et non que ceux-ci le règlent d'une certaine manière ou qualifient la prescription de « règle de procédure ».

La même difficulté apparaît en ce qui concerne les jugements étrangers. L'art. 3155 *C.c.Q.* dispose que « [t]oute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants [...] », dont la prescription ne fait pas partie. Le problème s'est posé en ce qui concerne la compensation dans l'affaire *William Millénaire*, où la Cour d'appel devait décider si une réclamation pour vice caché pouvait faire échec à l'*exequatur* d'un jugement étranger pour paiement du solde du prix des biens vendus<sup>625</sup>. La Cour a estimé que le caractère limitatif de l'art. 3155 ne terminait pas le débat puisque le demandeur ne réclamait pas seulement la reconnaissance mais aussi l'exécution du jugement étranger et que, dans ce cadre, le débat « s'apparente à celui à l'intérieur duquel doit évoluer un défendeur désirant s'opposer à la saisie pour les

---

<sup>623</sup> B. E. King, « Prescription of claims in international law », (1934) 15 *B.Y.B.I.L.* 82, p. 82 : « in international law there is no room for this division of extinctive prescription into two types. It is difficult to see what legal effect could be given to an international claim which continued to exist but could not be countenanced by any court or arbitral tribunal ».

<sup>624</sup> Walker, *Closing the Barn Door*, *supra* note 212, p. 490 : « a limitation question is "by its nature" substantive. This is because it is neither sensible nor desirable for us to conceive of legal rights as capable of being separated from legal remedies », et p. 491 et 492 : « This is not to say that a gap between right and remedy should never arise. It is sometimes necessary to impose restrictions on the court's authority that are unrelated to adjudicative efficacy or fairness to the parties. Examples of these externally imposed restrictions can be found in [...] the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. But these restrictions on the scope of judicial authority to fashion appropriate remedies for recognized legal rights are different from those that arise through the operation of limitation periods ». Mais la Cour n'est pas la seule à avoir passé sous silence cette opinion : des commentateurs de l'affaire *Yugraneft* ne mentionnent pas non plus la possibilité que le délai de prescription soit une question de substance à laquelle l'application de la *lex fori* n'est pas justifié (J. Edgar Sexton et Michael Kotrly, « Looking Out and Looking In : Reconciling Domestic and Internationalist Considerations in the Enforcement and Review of Arbitration Award in Canada », (2011) 27:2 *Arb. Int'l* 211, p. 226 et 227).

<sup>625</sup> *William Millénaire*, *supra* note 7.

raisons qui figurent aux paragraphes 3 et 4 de l'article 596 C.p.c. »<sup>626</sup>. Ces paragraphes permettent de s'opposer à une saisie « pour cause d'extinction de la dette » et « pour quelque cause de nature à affecter le jugement dont l'exécution est poursuivie ». Selon la Cour, la défense de compensation invoquée en l'espèce portait sur « l'extinction de la dette »<sup>627</sup>, de sorte qu'elle était de nature à empêcher l'exécution du jugement étranger.

Il faut remarquer que la Cour ne tient ce raisonnement qu'à l'égard de la conclusion portant sur l'exécution du jugement étranger, et non sur celle portant sur sa reconnaissance. Doit-on conclure que l'extinction de la dette n'empêche pas la reconnaissance de celle-ci mais seulement son exécution? Dans le cas d'un jugement, cela reviendrait à reconnaître un jugement prescrit tout en refusant de le déclarer exécutoire. La distinction est probablement sans importance, car un jugement prescrit n'est, par définition, pas exécutoire. Mais on pourrait penser à une différence en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée, qui est visé par la portion « reconnaissance » d'une demande de reconnaissance et d'exécution<sup>628</sup>.

En effet, si l'on refuse de reconnaître le jugement étranger, celui-ci ne peut pas être invoqué au soutien d'un moyen fondé sur l'autorité de la chose jugée, car le jugement étranger ne possède « qu'en puissance » les attributs de la chose jugée avant d'être reconnu<sup>629</sup>. Lorsqu'on en refuse la reconnaissance, c'est son existence même qui est niée. Par exemple, on a dit d'une sentence arbitrale rendue hors du Québec qu'elle « n'a aucune valeur

---

<sup>626</sup> *Id.*, par. 10.

<sup>627</sup> *Id.*, par. 11 à 14. Cette défense posait problème en l'espèce puisque la créance pour vice caché n'avait pas encore été liquidée, de sorte que la Cour n'a pas refusé la compensation au motif de l'impossibilité de compenser contre un jugement étranger mais au motif de l'absence de connexité au sens de l'art. 272 C.p.c. entre le nouveau titre étranger et la créance alléguée pour se saisir de la demande reconventionnelle : « Si sa créance potentielle résultant de l'existence de vices cachés peut entretenir un lien de connexité avec la créance à l'origine de l'action sur compte intentée en Italie, elle n'est sous aucun rapport connexe au titre de créance que constitue le jugement. Un tel jugement purge le droit à l'origine du recours en justice et le remplace par un titre nouveau et parfait dont l'exécution est à l'abri de toute contestation, sauf celles que la loi prévoit expressément » (*id.*, par. 16). On peut aussi se demander si la créance pour vice caché ne devait pas plutôt être débattue contre la réclamation du solde du prix de vente pendant le procès ayant donné lieu au jugement étranger? Évidemment, cela pose une délicate question sur la portée de l'autorité de la chose jugée : celle-ci s'étend-t-elle aux créances non réclamées dans l'action originale? Le critère de la connexité pourrait alors être pertinent non pas pour déterminer si la facilité de liquider la dette justifie la compensation judiciaire mais pour évaluer dans quelle mesure une partie est forclosée de faire des réclamations liées à un procès dans lequel ces réclamations auraient dû être faites.

<sup>628</sup> Goldstein, *Jugements*, *supra* note 13, p. 13.

<sup>629</sup> *Royal Trust Company c. Webster-Tweel*, 2008 QCCA 1643, par. 46.

juridique ici à moins d'avoir été reconnue et déclarée exécutoire par un tribunal québécois »<sup>630</sup>.

La distinction entre la reconnaissance et l'exécution est ainsi expliquée par la Cour d'appel dans l'affaire *Bourque* :

« Selon le paragraphe liminaire [de l'art. 3155 *C.c.Q.*], la reconnaissance est l'objet principal de l'intervention du tribunal. La consécration du caractère exécutoire en est l'accessoire. De plus, les motifs au soutien du refus de reconnaître une décision étrangère sont liés à la validité intrinsèque du jugement ou à son caractère final et non à la procédure d'exécution »<sup>631</sup>.

Or, dans l'affaire *Minkoff*, la Cour d'appel a précisé que la prescription d'un jugement étranger était liée à sa « validité » dans son pays d'origine<sup>632</sup>. Si l'on applique cette précision à la distinction formulée dans *Bourque*, on doit comprendre que le jugement prescrit n'affecte pas seulement une demande d'exécution mais aussi une demande de reconnaissance<sup>633</sup>, car celle-ci est liée à la « validité intrinsèque du jugement ». Mais il est contestable que la prescription soit liée à la validité : le titre que constitue le jugement l'est assurément, mais la prescription touche à l'obligation de payer et celle-ci a trait à l'exécution, non à la validité intrinsèque du titre étranger.

On ne devrait pas refuser au titulaire d'un jugement étranger les bénéfices en découlant susceptibles de perdurer au-delà de l'expiration du délai de prescription qui le vise. Ainsi, on ne peut exclure qu'un jugement prescrit ait l'autorité de la chose jugée à l'égard d'éléments faisant l'objet d'un litige subséquent. Bien que ce cas de figure ne risque de se produire que dans l'hypothèse improbable d'un litige non prescrit présentant néanmoins une triple identité avec le jugement prescrit, aucune raison de principe ne s'oppose à la reconnaissance d'un jugement ou d'une sentence prescrite, d'autant plus qu'il demeure

---

<sup>630</sup> *Smart Systems Technologies Inc. c. Domotique Secant inc.*, 2008 QCCA 444, par. 11.

<sup>631</sup> *Bourque c. La Compagnie de Fiducie Groupe Investors Ltée*, J.E. 2001-364 (C.A.), par. 11,

<sup>632</sup> *Minkoff*, *supra* note 7, par. 14.

<sup>633</sup> V. p. ex. *Doucet c. Bourque*, 2011 QCCS 2570, par. 47 : « Le juge Landry n'aurait pu reconnaître ces jugements si ceux-ci avaient été prescrits ».

possible d'invoquer la présomption simple d'exactitude des décisions juridictionnelles même en l'absence de la triple identité<sup>634</sup>.

Quant à l'exécution, elle se distingue de l'octroi du caractère exécutoire<sup>635</sup>, ce qui pourrait laisser croire qu'on doit seulement traiter de la prescription au stade de la contestation de la saisie plutôt qu'au stade de la requête en reconnaissance et exécution. Mais l'approche d'économie judiciaire retenue par la Cour d'appel dans *William Millénaire* a le mérite d'éviter un débat prévisible. La sentence arbitrale étrangère prescrite selon la loi compétente devrait donc pouvoir être reconnue<sup>636</sup> mais pas exécutée ni déclarée exécutoire « pour cause d'extinction de la dette »<sup>637</sup>.

---

<sup>634</sup> *Association des propriétaires de Boisés de la Beauce c. Monde forestier*, 2009 QCCA 48, par. 27.

<sup>635</sup> Dominique Foussard, « Entre exequatur et exécution forcée (de quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers) », *Travaux du comité français de droit international privé (1996-1997)*, Paris, Pedone, 1999, p. 175.

<sup>636</sup> Lebedev, *Foreign Award*, *supra* note 17, p. 215, note 8 : « Generally, such question [of enforcement] does not arise with regard to the recognition of awards, which under the New York Convention and other international instruments as well as under national laws is treated as separate notion distinct from the notion of enforcement and is not subject to any time limitation [nos soulignements] ».

<sup>637</sup> Art. 596(3) *C.p.c.*





b) *Délai en vertu de la loi québécoise*

Dans l'affaire *Transport Michel Vaillancourt inc. c. Cormier*, la Cour supérieure a appliqué à une sentence arbitrale le délai de prescription de 10 ans prévu à l'art. 2924 *C.c.Q.* au motif que « [l]e jugement d'homologation se prescrit par 10 ans et, il en est de même pour la sentence arbitrale »<sup>638</sup>. En d'autres termes, selon cette décision, le terme « jugement » à cet article vise également la sentence arbitrale.

Mais une récente décision de la Cour d'appel remet en cause cette conclusion. Dans *Matol Botanical International Ltd. c. Jurak*, la Cour d'appel applique le délai de trois ans de l'art. 2925 *C.c.Q.* à la transaction au motif que celle-ci a bien l'autorité de la chose jugée mais pas la force exécutoire<sup>639</sup>. Tout d'abord, la Cour note que l'art. 2633 *C.c.Q.*, contrairement à l'art. 1920 *C.c.B.-C.*, prévoit que la transaction doit encore être homologuée pour être susceptible d'exécution forcée (mais la transaction devait également recevoir la force exécutoire sous l'ancien Code), puis réfère à Brierley, qui distingue la transaction du jugement en notant que celle-ci est un contrat tandis que celui-là est un acte de l'autorité publique qui a « en soi » force exécutoire, et aux commentaires du ministre qui précise que l'art. 2924 *C.c.Q.* vise essentiellement le jugement exécutoire<sup>640</sup>. Selon la Cour, par conséquent, le critère qui détermine l'assujettissement à l'art. 2924 *C.c.Q.* n'est pas l'autorité de la chose jugée mais la force exécutoire.

De fait, selon le ministre de la Justice, le délai de 10 ans prévu à l'art. 2924 *C.c.Q.* « vise essentiellement le jugement, générateur d'une obligation de faire ou de ne pas faire, qui porte condamnation en justice et a force exécutoire »<sup>641</sup>. Selon cette approche, la sentence arbitrale, qui bénéficie bien de l'autorité de la chose jugée dès son prononcé<sup>642</sup>, n'a

---

<sup>638</sup> *Transport Michel Vaillancourt inc. c. Cormier*, 2006 QCCS 803, par. 19.

<sup>639</sup> *Matol Botanical International Ltd c. Jurak*, 2012 QCCA 898.

<sup>640</sup> *Matol Botanical*, *supra*, note 540, par. 25 à 28.

<sup>641</sup> *Commentaires du ministre*, *supra* note 2, art. 2924.

<sup>642</sup> Art. 945.4 *C.p.c.* : « La sentence arbitrale, dès qu'elle est rendue, lie les parties »; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, par. 62 : « Cette décision arbitrale fait autorité entre les parties mais ne lie pas les tiers absents du débat judiciaire »; v. en ce sens Raymond Boulbès, « Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance d'exequatur », *J.C.P.* 1961.I.1660 : « [La sentence arbitrale] [est] une décision juridictionnelle, émanée régulièrement de juges privés. Comme telle, elle est investie de l'autorité de la chose jugée, car, à moins qu'elle ne soit annulée dans les conditions prévues par la loi [...], ou suivant la jurisprudence pour violation de l'ordre public, la question en litige est définitivement et irrévocablement

cependant la force exécutoire qu'après avoir été homologuée<sup>643</sup> et serait donc assujettie au délai de l'art. 2925 *C.c.Q.* pour n'être constitutive que d'un « droit personnel ».

Il faut bien voir qu'en jugeant ainsi que le critère d'assujettissement à l'art. 2924 *C.c.Q.* dans *Matol Botanical*, la Cour d'appel invalidait le raisonnement qu'elle avait tenu dans *Barreau du Québec c. Greenbaum*. Dans cette affaire, la Cour d'appel devait décider du délai applicable à l'homologation d'une décision du comité de discipline du Barreau du Québec<sup>644</sup>. Selon la Cour, cette décision avait force de chose jugée bien qu'elle devait encore être homologuée pour devenir exécutoire<sup>645</sup>. Sa conclusion voulant que la décision ait force de chose jugée sans force exécutoire semble découler du fait que le *Code des professions* prévoit un droit d'appel de cette décision<sup>646</sup>. L'expression « force de chose jugée » vise ainsi le jugement « qui n'est pas ou n'est plus susceptible de recours »<sup>647</sup>. Bien qu'habituellement cette notion s'applique au jugement exécutoire, car ce caractère est précisément octroyé à « l'expiration du délai d'appel »<sup>648</sup>, la Cour semble ainsi admettre que ces deux notions ne sont pas toujours synonymes.

En revanche, la jurisprudence qu'elle cite à l'appui de cette conclusion semble plutôt parler de l'autorité de la chose jugée, comme en témoigne l'extrait de l'ouvrage de Ducharme auquel réfère l'une des décisions avec lesquelles la Cour est en accord :

« les décisions rendues dans l'exercice de cette compétence jouissent de l'autorité de la chose jugée aux mêmes conditions que les jugements des tribunaux judiciaires. C'est le cas notamment, de la sentence d'un tribunal d'arbitrage [...] »<sup>649</sup>.

---

tranchée entre les parties qui ne pourront jamais, même si l'exequatur n'en est pas demandé, remettre en cause les droits respectifs qu'elle concerne [italiques dans le texte; nos soulignements] ».

<sup>643</sup> Art. 946.6 et 951.2 *C.p.c.*

<sup>644</sup> *Barreau du Québec c. Greenbaum*, [2002] R.J.Q. 2327 (C.A.).

<sup>645</sup> *Id.*, par. 28.

<sup>646</sup> *Ibid.* : « En vertu du *Code des professions*, la décision du comité de discipline a force de chose jugée [note de bas de page : Le *Code des professions* prévoit un droit d'appel de la décision du comité de discipline au Tribunal des professions 9art. 164 C.P.)] ».

<sup>647</sup> *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd*, 2011 QCCA 1518, par. 49, se référant à la définition adoptée par le Comité linguistique du ministère de la Justice et imposée à l'Administration publique : « Même si les tribunaux judiciaires ne sont pas soumis à [l'obligation d'employer ces termes], il est souhaitable de respecter l'emploi ainsi décrété à moins que pour des raisons juridiques cela ne soit pas indiqué » (par. 48).

<sup>648</sup> Art. 568 *C.p.c.*

<sup>649</sup> *Greenbaum*, *supra* note 644, par. 29.

Or, il faut distinguer la « force » de l'« autorité » de la chose jugée, cette dernière, contrairement à la première, étant octroyée dès le prononcé d'une décision juridictionnelle, sans égard au fait que celle-ci puisse ou non être encore sujette à un appel : « [p]endant le délai accordé pour appeler d'un jugement, il y a chose jugée entre les parties, et si appel est formé, l'effet de la chose jugée est suspendu »<sup>650</sup>. En expliquant que la décision du comité de discipline n'était pas assujettie au délai prévu à l'art. 2925 *C.c.Q.*, qui vise un « droit personnel » par opposition au « droit qui résulte d'un jugement » de l'art. 2924 *C.c.Q.*, la Cour d'appel ne se fondait pas sur l'écoulement ou non d'un délai d'appel mais sur le fait que la décision en cause avait « statué » sur les droits des parties, tel qu'il ressort d'une décision qu'elle cite avec approbation :

« Dans notre cas, l'autorité judiciaire a déjà statué sur l'obligation des parties l'une envers l'autre. Le droit d'action a été concrétisé et sanctionné. Conséquemment, l'exécution du jugement par voie de saisie ne peut consister en la sanction d'un droit, mais plutôt en l'exécution d'un droit »<sup>651</sup>.

Pour étayer son raisonnement, la Cour donne l'exemple de la sentence arbitrale qui peut être annulée dans un délai de 3 mois mais qui peut être homologuée en tout temps<sup>652</sup>. Cette mention n'est pas claire, car en parlant de ce délai, la Cour se plaçait sur le terrain de la « force » de chose jugée liée à l'expiration du délai d'appel. Il est vrai que l'art. 947 *C.p.c.* dispose que l'annulation est un « recours » contre la sentence, mais il faut prendre garde à la portée que l'on donne à cette expression :

---

<sup>650</sup> *Barrette & Guay Ltée c. Carrière*, [1957] B.R. 288, p. 293; *H.S.F. c. L.F.*, J.E. 82-412 (C.S.), par. 16 : « Il s'agit d'un jugement définitif, lequel bénéficie de l'autorité de la chose jugée entre les parties, même durant les délais d'appel »; *Diesel Cummins succursale de Cummins Americas inc. c. Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada, section locale 1044*, [1991] J.Q. no 1932 (C.S.), par. 9 : « le jugement définitif acquiert l'autorité de la chose jugée dès l'instant où il est prononcé. L'introduction d'une procédure en appel, en rétractation ou en évocation a pour seul effet de suspendre cette autorité jusqu'à adjudication finale »; v. *Industrielle-Alliance (L), compagnie d'assurances générales c. Crédit Ford du Canada Ltée*, [1997] R.R.A. 280 (C.A.), p. 6 et 7 de l'opinion du juge Beaugard : « Cela ne l'empêchait cependant pas, en appel, de faire valoir contre l'assureur tous les moyens qu'elle lui avait opposés en première instance, et, aussi longtemps que le jugement condamnant l'assureur envers Crédit Ford ne devenait pas final et définitif, la conclusion du juge quant à l'absence d'intérêt d'assurance ne constituait pas chose jugée entre Crédit Ford et l'assureur ».

<sup>651</sup> *Greenbaum*, *supra* note 644, par. 30 et 31 [nos soulignements].

<sup>652</sup> *Id.*, par. 33.

« Le contrôle de la justesse des décisions arbitrales compromet l'autonomie voulue par le législateur, qui ne peut s'accommoder d'un contrôle judiciaire équivalant pratiquement à un appel presque complet sur le droit »<sup>653</sup>.

La Cour souligne le passage suivant du texte qu'elle cite au soutien de son analogie : « [e]n revanche, une requête en homologation peut-être exercée en tout temps ». On doit comprendre qu'elle réfutait en fait l'argument selon lequel le délai de 3 mois pour annuler la sentence retirait à la sentence son caractère final et sans appel. En définitive, la Cour conclut :

« Considérant que la décision du comité de discipline, s'il y a paiement volontaire du professionnel, n'a pas besoin d'homologation et que l'homologation de cette décision a pour but l'exécution forcée de la décision, je suis d'avis, en accord avec les principes se dégageant des décisions de la Cour supérieure susmentionnées, que l'article 2925 C.c.Q. ne reçoit pas application »<sup>654</sup>.

Or, c'est précisément l'inverse que la Cour décide dans *Matol Botanical*, car la transaction a exactement le même effet à l'égard des droits des parties que si un tribunal avait statué à leur sujet<sup>655</sup>. La Cour distingue l'affaire *Greenbaum*, mais elle se borne à remarquer que cet arrêt avait assimilé la décision du comité de discipline à un « jugement », sans discuter des motifs invoqués pour procéder à cette assimilation. Eut-elle suivi ces motifs qu'elle aurait dû conclure que tout ce qui manquait à la transaction était une demande d'exécution car les droits avaient déjà été « concrétisés et sanctionnés », ce qui l'excluait du champ d'application de l'art. 2925 C.c.Q.

Lorsque le raisonnement de *Matol Botanical* est appliqué à la sentence arbitrale, c'est ainsi le délai de 3 ans de l'art. 2925 C.c.Q. qui doit s'appliquer, car la sentence n'a pas force exécutoire. Si, au contraire, on applique le raisonnement de *Greenbaum*, c'est le délai de l'art. 2924 C.c.Q. qu'il faut appliquer car la sentence bénéficie de l'autorité de la chose jugée dès son prononcé. Approfondissons l'analyse.

---

<sup>653</sup> *Desputeaux*, supra note 642, par. 69.

<sup>654</sup> *Greenbaum*, supra note 644, par. 34.

<sup>655</sup> Art. 2633 C.c.Q.

Il est vrai que le ministre parle du jugement exécutoire en lien avec l'art. 2924 *C.c.Q.* au premier alinéa de son commentaire de cet article, mais il spécifie que l'article le vise « essentiellement » et non « exclusivement » ou « seulement » :

« Cet article reprend substantiellement l'article 2265 C.C.B.C., mais ramène à dix ans le délai de trente ans que fixait cet article. Le droit qui résulte d'un jugement et qui forme un titre régi par la prescription des jugements, vise essentiellement le jugement, générateur d'une obligation de faire ou de ne pas faire, qui porte condamnation en justice et a force exécutoire; c'est ce jugement qui forme un nouveau titre de créance, qui se substitue à l'ancienne créance »<sup>656</sup>.

En fait, il faut lire le deuxième alinéa de son commentaire pour comprendre le champ d'application qu'il assigne à cet article. Dans ce deuxième alinéa, il exclut non pas les jugements qui ne sont pas exécutoires, mais les jugements qui n'ont pas l'autorité de la chose jugée :

« Cet article ne vise pas le jugement constitutif d'un droit réel: un tel jugement crée, en effet, un droit réel nouveau, doté d'une vie propre et d'un régime spécifique; par exemple, la servitude constituée par jugement suit les règles de prescription des servitudes réelles. Il ne peut, non plus, viser le jugement d'état »<sup>657</sup>.

Ces précisions peuvent sembler étrange si l'art. 2924 *C.c.Q.* s'applique aux jugements exécutoires, car les jugements constitutifs de droits réels et les jugements d'état (relevant de la juridiction gracieuse) sont exécutoires. En revanche, ces deux sortes de jugements ont un point en commun : ils n'ont pas l'autorité de la chose jugée, car celle-ci ne vise que les jugements déclaratifs<sup>658</sup>. Cela tombe d'ailleurs sous le sens lorsqu'on analyse la nature du jugement constitutif : il accomplit quelque chose que les parties n'auraient pas pu accomplir elles-mêmes car le droit qui en est l'objet nécessite « l'intervention du juge pour [le] créer »<sup>659</sup>, par opposition au jugement déclaratif qui vise les litiges « de nature purement privée et qui auraient pu se régler sans l'intervention du tribunal »<sup>660</sup>.

---

<sup>656</sup> *Commentaires du ministre, supra* note 2, art. 2924.

<sup>657</sup> *Ibid.*

<sup>658</sup> V. en ce sens Guinchard, *Procédure civile, supra* note 293, p. 748, n° 1088

<sup>659</sup> *Viel, supra* note 532, par. 48.

<sup>660</sup> *Kyriacou, supra* note 532, par. 56.

Selon la Cour d'appel, « [l]e jugement de juridiction gracieuse n'a pas l'autorité de la chose jugée puisqu'il ne contient pas de déclaration quant à un droit contesté ni ne déclare l'existence d'un droit litigieux par rapport à une partie adverse »<sup>661</sup>. Quant au jugement constitutif de droit réel, son but n'est pas de contenir de « déclaration quant à un droit contesté » mais de créer un droit que seul le juge étatique compétent peut créer<sup>662</sup>.

Les commentaires du ministre prennent donc tout leur sens si l'autorité de la chose jugée est le critère d'assujettissement à l'art. 2924 *C.c.Q.* Cet article devrait conséquemment s'appliquer aux actes revêtus de l'autorité de la chose jugée, dont la sentence arbitrale.

D'ailleurs, à d'autres égards précisément en matière de prescription, le législateur donne à la transaction et à la sentence les mêmes effets qu'au jugement. Ainsi, c'est le « dépôt de la sentence », lorsqu'elle a été rendue, qui marque le point de naissance du délai de grâce de trois mois prévu à l'art. 2895 *C.c.Q.* pour tenter une nouvelle action fondée sur un droit prescrit. Par ailleurs, la prescription interrompue par une demande en justice ou par un avis d'arbitrage<sup>663</sup> « se continue jusqu'au jugement passé en force de chose jugée ou, le cas échéant, jusqu'à la transaction intervenue entre les parties »<sup>664</sup>. Or, la sentence n'est pas mentionnée à cet article; pourtant, il est évident que l'interruption ne peut se poursuivre que jusqu'au prononcé de la sentence – ou au plus tard à l'expiration du délai pour l'annuler. Dans un cas comme dans l'autre, l'homologation de la sentence n'a rien à voir avec le délai de prescription autrement que par le fait que, s'agissant d'un acte d'exécution, il est à même de l'interrompre, par analogie avec une saisie infructueuse<sup>665</sup>.

---

<sup>661</sup> *Lessard c. Vachon*, 2013 QCCA 207, par. 3 [note omise]; v. en ce sens *Denis-Cossette c. Germain*, [1982] 1 R.C.S. 751, p. 803 : « Le jugement *Joli-Cœur* est de la même nature que ceux dont il est question au Livre Sixième du *Code de procédure civile*, intitulé « Matières non contentieuses ». C'est un jugement de juridiction gracieuse et de tels jugements, selon la plupart des auteurs, n'ont pas la force de chose jugée [mais le juge Beetz veut certainement parler de l'autorité de la chose jugée et non de la force de chose jugée car les auteurs qu'il cite ensuite, p. 803 et 804, parlent tous de « l'autorité » et non de la « force » de chose jugée] [nos soulignements] ».

<sup>662</sup> Art. 805 *C.p.c.* : « Celui qui, conformément aux règles du livre De la prescription au Code civil, a possédé un immeuble à titre de propriétaire, peut en acquérir la propriété en s'adressant au tribunal dans le ressort duquel est situé l'immeuble ».

<sup>663</sup> Art. 2892 *C.c.Q.*

<sup>664</sup> Art. 2896 *C.c.Q.*

<sup>665</sup> *Investissements Pliska inc. c. Guy & Gilbert, s.e.n.c. en liquidation*, 2005 QCCA 613.

De plus, la transaction non homologuée a le même effet sur l'écoulement de la prescription que le jugement passé en force de chose jugée, c'est-à-dire dont les délais d'appel sont expirés. Il semble plus conforme au but de la transaction que les parties bénéficient de la même paix d'esprit que ceux qui se sont entêtés à obtenir jugement et qu'ils profitent des mêmes délais. Dans la même veine, les parties qui décident de recourir à l'arbitrage ou d'interrompre leur procédure pour faire arbitrer leur litige par des avocats en vertu des articles 382 *C.p.c.* et suivants ne devraient pas se trouver dans une position différente de celle qu'elles auraient eue si elles avaient plutôt décidé de continuer devant les tribunaux étatiques, au risque d'encourager les plaideurs à encombrer les rôles et les salles d'audience pour obtenir un délai plutôt qu'un autre.

Il existe donc de sérieuses raisons d'appliquer le délai de l'art. 2924 *C.c.Q.* aux sentences arbitrales. D'un point de vue plus pragmatique, on peut comprendre de ne pas appliquer le délai de dix ans à un contrat n'ayant pas été vérifié juridictionnellement, mais ce motif ne vaut plus pour la sentence. L'absence d'*imperium* de la sentence ne devrait pas faire oublier qu'elle est un jugement au sens usuel, bien que privé.





### c) *Objet de la prescription*

Abordons maintenant l'hypothèse de la *lex fori* comme loi d'où doit être tiré le délai de prescription d'une sentence arbitrale étrangère. Selon cette hypothèse, le « fond du litige » d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère porte sur les dispositions québécoises en la matière. Autrement dit, la « loi qui attribue un droit » dans ce cas est le droit québécois.

C'est l'approche suggérée par Goldstein et Groffier, pour qui la prescription d'un jugement étranger est un « faux conflit », car il ne s'agit que de savoir « combien de temps dure le droit d'exercer *au Québec* une action fondée sur un jugement étranger »<sup>666</sup>. Leur raisonnement est le suivant :

« On pourrait prendre cette règle de conflit [l'art. 3131 *C.c.Q.*] à la lettre et estimer que la prescription du droit reconnu par le jugement étranger dépend du domaine concerné, c'est-à-dire de la loi (éventuellement étrangère) *applicable au fond selon la règle de conflit québécoise*. Mais il faut pousser plus loin l'analyse, car, dans ce cas particulier de prescription, ce qui est en cause, l'objet de la qualification, n'est pas directement le droit de fond, mais l'un de ceux qui proviennent du jugement étranger »<sup>667</sup>.

Les auteurs rejettent ainsi l'hypothèse que l'objet de la qualification soit « directement le droit de fond » en raison du fait que le droit provient maintenant d'un jugement étranger, ce qui ne va cependant pas de soi comme nous le verrons. Mais ils poursuivent :

« En effet, on peut formuler le fond de la prétention litigieuse comme la question de savoir si le droit issu du jugement étranger – obtenir le paiement d'une somme d'argent, par exemple – est prescrit ou non. Faudrait-il alors appliquer *la loi appliquée au fond par le juge ayant rendu le jugement étranger*, donc celle désignée par la règle de conflit étrangère? Ou plutôt, ce qui paraît plus exact, le *droit du for étranger*, en considérant comme « fond »... la procédure ayant mené au jugement étranger, auquel cas la loi du fond serait la loi du for étranger? Cependant, la raison s'insurge à admettre que la durée de prescription de l'action au Québec puisse ainsi changer selon le for considéré. Une telle règle favoriserait le *forum shopping* et consacrerait une inégalité que rien ne justifie »<sup>668</sup>.

---

<sup>666</sup> Goldstein, *DIP II*, *supra* note 10, p. 895.

<sup>667</sup> Goldstein, *DIP I*, *supra* note 10, p. 410 [nos soulignements].

<sup>668</sup> Goldstein, *DIP I*, *supra* note 10, p. 410 [nos soulignements].

Les auteurs décrivent bien le problème : il s'agit de « formuler le fond de la prétention litigieuse ». De plus, ils remarquent avec justesse l'incongruité de sélectionner une loi de procédure alors qu'un des objectifs du législateur était précisément d'empêcher le *forum shopping*. Cependant, ils optent pour la *lex fori* non pas du juge étranger mais du juge québécois :

« Toutefois, la direction prise par notre réflexion n'est peut-être pas si mauvaise car elle peut aussi aboutir à estimer qu'en définitive, la question à qualifier serait bien une question de prescription, mais relative, quant à ce fond particulier, à une procédure au Québec : le droit non pas d'exécuter le jugement étranger, d'obtenir la somme d'argent, mais de demander au Québec la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue en dehors de cette province. Pour cette procédure québécoise, on devrait appliquer le droit québécois, selon l'article 3131 C.c.Q., renvoyant à l'article 3132 C.c.Q. (la procédure est régie par la loi du tribunal saisi) et désignant alors, en l'absence de règle matérielle spéciale à but international (à la différence des règles de compétence internationale des articles 3134 C.c.Q. et s.), au droit commun interne, c'est-à-dire à l'article 2924 C.c.Q. et à la prescription extinctive de dix ans »<sup>669</sup>.

Ce raisonnement est très exactement celui suggéré par Pitel et de Vries pour expliquer que le droit ontarien s'applique à la prescription des jugements étrangers, à savoir que « [w]hile the judgment is foreign, the claim that it should be enforced in Ontario is governed by Ontario law »<sup>670</sup>. Mais appliquer la *lex fori* au motif que la question est soumise au tribunal saisi de la question est un raisonnement circulaire, car la question est toujours soumise à ce tribunal : toutes les demandes portées devant un tribunal québécois mettent en litige « une procédure au Québec », de sorte qu'on pourrait, à suivre ce raisonnement, systématiquement appliquer la *lex fori* à la prescription dans tous les cas où elle est invoquée au Québec. En fait, lorsque Goldstein et Groffier soutiennent que la question ne concerne pas le droit d'exécuter le jugement étranger ni l'obtention du paiement d'une somme d'argent mais la procédure de reconnaissance au Québec, ils affirment que la prescription n'affecte que le droit procédural. Pourtant, Goldstein lui-même admet que « la conséquence essentielle » de l'art. 3131 C.c.Q. « consiste à écarter à ce sujet la loi québécoise gouvernant la procédure intentée au Québec, selon l'art. 3132 C.c.Q. [...] »<sup>671</sup>.

---

<sup>669</sup> *Id.*, p. 410 et 411 [nos soulignements].

<sup>670</sup> Pitel et de Vries, *Judgments*, *supra* note 219, p. 312.

<sup>671</sup> Goldstein, *Commentaires*, *supra* note 10, art. 3131, par. 550.

Formuler de manière procédurale la notion de « fond du litige » revient à contredire le sens de l'art. 3131 *C.c.Q.* et la nature de la prescription : celle-ci n'est *jamais* relative à une procédure, car son objet porte sur un droit, c'est-à-dire sur le rapport de contrepartie litigieux entre les parties.

Les auteurs concluent pourtant que la prescription d'un jugement étranger ne soulève pas de conflit de lois :

« En définitive, on ne voit pas où se situe le conflit de lois à ce propos : seul le juge québécois est saisi de cette question qui ne concerne qu'un ordre juridique, celui du lieu où la demande en reconnaissance ou en exécution est intentée. Une règle matérielle suffit, interne ou spécifique à une situation internationale. L'article 2924 *C.c.Q.* énonçant que « le droit qui résulte d'un jugement se prescrit par dix ans », il suffit de l'appliquer à la seule question directement posée au juge québécois à ce stade : quelle est la durée du droit de demander au Québec la reconnaissance ou l'exécution du jugement, droit qui découle, il est vrai, de l'existence du jugement étranger? Toutefois, peu nous importe la durée de vie du droit à l'exécution de ce jugement étranger dans la juridiction d'où il provient. Il se peut ainsi que le même jugement permette la mise en œuvre d'un droit pendant une durée plus ou moins longue qu'au Québec, mais cela ne présente pas de difficulté ni de particularité par rapport à la plupart des questions de droit international privé »<sup>672</sup>.

La Cour supérieure a condamné cette approche :

« il doit toujours exister un jugement à exécuter au moment où l'exemplification est prononcée [...].

Une procédure d'exemplification de jugement ne peut avoir pour effet d'allonger la période de validité du jugement que l'on veut faire exemplifier. [...].

Le jugement, une fois exemplifié, ne peut être exécuté au-delà de ce que permet le jugement original. On ne peut, par un jugement en exemplification, modifier la durée de validité du jugement exemplifié. L'accessoire suit le principal. L'exemplification est l'accessoire du jugement qui a été rendu.

Au surplus, la prescription, comme le dit le Code à l'article 3131 *C.C.Q.*, est régie par la loi qui s'applique au fond du litige. Le fond du litige, dans un cas d'exemplification, c'est le jugement étranger, sa reconnaissance, sa validité. La prescription, quant à la durée de validité de ce jugement, doit donc être celle de la

---

<sup>672</sup> Goldstein, *DIP I, supra* note 10, p. 411.

loi là où il a été rendu, aux termes mêmes de l'article 3131. Le tribunal québécois doit respecter la période de validité du jugement étranger »<sup>673</sup>.

L'appel de cette décision fut rejeté au motif que « l'appelante ne pouvait, par sa requête en exemplification [...] prolonger la période de validité du jugement étranger, ni le faire revivre une fois éteint »<sup>674</sup>. Cette affaire présentait la particularité que, selon la preuve qui avait été faite, la loi pertinente prévoyait que la prescription du jugement en question ne pouvait être interrompue que par une demande faite dans le for l'ayant rendu et que celle-ci avait été rejetée, de sorte que le dépôt de l'action en exemplification quelques jours avant l'expiration du délai ne pouvait opérer l'interruption recherchée, elle aussi régie par la même loi. La Cour d'appel a ensuite repris ce *dictum* dans un contexte où cette question d'interruption était absente<sup>675</sup>.

Appliquée par analogie à une sentence arbitrale étrangère, l'origine de la « période de validité » de celle-ci n'est donc pas la loi québécoise car le Québec n'est pas, par définition, le lieu « là où elle a été rendue ». De plus, assimiler la notion de « fond du litige » à la procédure intentée revient à confondre la source du droit invoqué avec la compétence du tribunal québécois chargé de le déclarer exécutoire. Selon nous, il n'est pas possible d'appliquer la *lex fori* dans ce contexte sans heurter le sens de l'art. 3131 *C.c.Q.* et la nature de la prescription. Nous croyons donc que la *lex fori* n'est pas une hypothèse à retenir pour déterminer le délai de prescription d'une sentence arbitrale étrangère.

---

<sup>673</sup> *Ginsbow (C.S.)*, *supra* note 260 [nos soulignements].

<sup>674</sup> *Ginsbow (C.A.)*, *supra* note 262, par. 3.

<sup>675</sup> *Minkoff*, *supra* note 3, par. 14.

## 2. Domicile du débiteur de la sentence

On pourrait croire que l'hypothèse de la *lex domicili debitoris*, en raison de ses liens historiques avec la *lex fori*, doit subir le sort de cette dernière, mais ce cas de figure nécessite une analyse différente. La solution est proposée par Prujiner dans les termes suivants :

« Quel est l'objet de la demande ? Obtenir que le défendeur respecte son obligation d'exécuter la sentence. Si celui-ci invoque une prescription, c'est bien la durée de son inexécution qui est au cœur du litige. Alors, quel est le droit applicable à la détermination de cette durée ? Pas celui du tribunal saisi, puisqu'il s'agit d'une question de substance et non de procédure. Mais quel droit entre alors en jeu ? Pour le déterminer, il faut déterminer la nature de cette obligation. Est-elle contractuelle ? Ce serait alors le droit applicable à ce contrat. En fait, si elle est d'origine contractuelle, puisque découlant de la convention d'arbitrage qui est à l'origine de la sentence, sa nature est maintenant différente, beaucoup plus liée à la dimension juridictionnelle de l'arbitrage. L'obligation de respecter la sentence rendue découle directement du caractère juridictionnel de la décision rendue. Une qualification contractuelle ne semble donc pas appropriée. L'obligation d'exécution d'une sentence est une obligation légale qui repose directement sur celui qui doit s'en acquitter. Le seul facteur de rattachement possible pour une telle obligation est alors de la placer au siège, au domicile de celui qui en est titulaire. Le seul droit qui peut déterminer l'échéance de cette obligation est alors celui de ce domicile »<sup>676</sup>.

Selon cette conception, l'obligation inexécutée est l'objet du litige et sa nature n'est plus contractuelle mais légale car elle tire sa source de l'acte juridictionnel qu'est la sentence. Un arrêt de la Cour d'appel qualifie le jugement d'une manière analogue, en précisant qu'une condition imposée par jugement est une obligation au sens de l'art. 1372 C.c.Q. car « [c]ette condition extinctive découle d'un acte « auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation » soit, en l'espèce, un jugement (art. 1372 C.C.Q.) »<sup>677</sup>.

Il est vrai que l'art. 3121 C.c.Q. parle de la loi applicable à la convention d'arbitrage, mais on ne peut confondre cette convention avec la sentence : la convention n'est pas un acte juridictionnel et n'a pas l'autorité de la chose jugée, contrairement à la sentence. La convention d'arbitrage est un contrat car il s'agit d'un « accord de volonté », mais la sentence ne reflète certainement pas un tel accord. On peut donc estimer que la sentence est

---

<sup>676</sup> Prujiner, *Qualification*, supra note 15, p. 1113 [nos soulignements].

<sup>677</sup> Grenier, supra note 522, p. 5.

une obligation légale, car sa force obligatoire tient aux termes de la loi, qui prévoit qu'elle « lie les parties » (art. 945.4 *C.p.c.*).

Si l'on poursuit le raisonnement et qu'on tente de déterminer la règle de conflit qui s'applique à cette obligation, on constate qu'il n'y a pas de règle de conflit spécifique qui la vise. Il faut donc se rabattre sur les règles générales de conflit visant le « fond des actes juridiques », à savoir les articles 3111 à 3113 *C.c.Q.* :

3111. L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte. [...].

3112. En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte.

3113. Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement.

Puisque la sentence ne contient aucune désignation, la règle générale de l'art. 3112 *C.c.Q.* nous dirige vers la loi qui a les « liens les plus étroits avec cet acte », lesquels sont présumés exister avec la loi du lieu de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique, lequel est évidemment le débiteur de la sentence. Cela dit, outre que les liens les plus étroits avec une sentence ne sont pas forcément ceux du domicile du débiteur condamné, ces articles ne sont pas vraiment adaptés à une application dans le contexte d'une sentence arbitrale car le rattachement qui en découle demeure incertain. Ainsi, une personne peut avoir plus d'une résidence mais un seul domicile, comme une entreprise peut avoir plusieurs établissements mais un seul siège. Le rattachement est moins incertain lorsqu'il s'agit d'analyser la conclusion de l'acte litigieux, mais la sentence n'est pas « conclue ». Comment alors déterminer la résidence ou l'établissement pertinent? En fait, cette approche se confond pratiquement avec celle qui rattache la sentence à la loi du contrat litigieux, sans suivre la loi désignée par les parties.

Toutefois, Prujiner propose de limiter le rattachement au domicile, ce qui donne un avantage aux demandeurs éventuels qui « n'ont qu'un seul droit à vérifier à l'égard de la

prescription d'une sentence, celui du domicile de l'autre partie et non celui de chacun des tribunaux des pays qui pourraient être saisis en exécution »<sup>678</sup>, de sorte que ce rattachement constitue « la réponse la plus appropriée à la prévisibilité et la sécurité juridique des parties à un arbitrage international »<sup>679</sup>. On peut aussi interpréter l'opinion d'un auteur français comme proposant ce type de rattachement, à la différence qu'il ne propose pas le domicile mais le lieu où est situé le patrimoine du débiteur, qui est le plus souvent mais pas toujours le domicile<sup>680</sup>. Il est vrai que le rattachement au domicile du débiteur peut se justifier par la règle de l'art. 1566 *C.c.Q.*, qui prévoit que le paiement, à défaut de désignation implicite ou explicite, se fait à cet endroit.

Ce rattachement est plus prévisible que celui fondée sur la résidence, mais les deux cas de figure présentent l'inconvénient d'opérer un changement quant à la loi qui s'applique au rapport entre les parties après le prononcé de la sentence. Or, le fait que des parties soient en litige et décident d'obtenir une sentence pour le régler ne devrait pas avoir d'impact sur l'étendue de leurs droits. La solution inverse pourrait permettre à une partie d'avoir une influence unilatérale sur les droits de la partie adverse, alors que celles-ci avaient peut-être déjà négocié la question de la loi applicable en excluant précisément la loi du domicile du débiteur. De fait, la désignation d'une loi contractuelle peut viser à éviter que la loi du domicile d'une des parties s'applique; il ne serait pas judicieux que cette loi se retrouve à régir leur relation au moment même où éclate un litige. Prévisible, il est vrai, la loi du domicile du débiteur risque cependant de frustrer l'objectif de neutralité ou de compromis que la loi contractuelle a pour but de favoriser.

En revanche, l'idée d'analyser la sentence en tant que source de l'obligation qui constitue le « fond du litige » en cause est certainement une des hypothèses à analyser. Les hypothèses suivantes se concentrent sur la sentence.

---

<sup>678</sup> Prujiner, *Qualification*, *supra* note 15, p. 1114.

<sup>679</sup> *Id.*, p. 1116.

<sup>680</sup> Hage-Chahine, *Prescription*, *supra* note 14.





## B. Hypothèses reliées à la sentence arbitrale

Les hypothèses liées à la sentence arbitrale découlent de l’analogie avec la prescription des jugements étrangers selon la conception adoptée par la jurisprudence québécoise. En effet, dans *Minkoff*, la Cour d’appel a estimé que la loi régissant la prescription du jugement étranger était celle de son « pays d’origine »<sup>681</sup>, suivant en cela l’affaire *Ginsbow* où la Cour supérieure a appliqué le délai de la loi « où [le jugement] a été rendu »<sup>682</sup>.

Selon Goldstein, cette conclusion revient à appliquer « la loi *procédurale* d’origine de la décision étrangère »<sup>683</sup>. Cette position est celle d’une partie de la doctrine française, pour qui « [l]a *prescription* des jugements enfin dépend aussi de la loi du juge qui les a rendus, et non de celle du débiteur »<sup>684</sup>. Bartin explique le raisonnement de la manière suivante :

« Je dirais la même chose [qu’il n’y a pas lieu de s’arrêter à cet effet en droit international privé] de l’*actio judicati* et de la transformation du droit du gagnant qui en est le principe. Les effets de cette transformation ne sont pas nombreux : celui auquel je songe, la substitution d’une nouvelle prescription extinctive de trente ans à la prescription extinctive, quelle qu’elle fut, qui menaçait l’existence du droit qui a donné lieu au procès, dépendra incontestablement, selon moi, de la *lex fori*. J’en dirais autant de la détermination du taux des intérêts moratoires en conséquence de la condamnation »<sup>685</sup>.

Si l’on détermine la loi applicable à la sentence arbitrale étrangère par analogie avec celle applicable au jugement étranger selon cette conception, il faut rechercher quelle est la loi non pas du juge mais de l’arbitre :

« [Q]uelle loi faut-il considérer comme « loi d’origine » de la décision, lorsque celle-ci est une sentence? Quel est l’équivalent, pour l’arbitre devant lequel le problème est posé, de la « loi du juge » : est-ce la loi du siège, la loi qui régit la procédure (lorsqu’il en existe une, ce qui n’est pas toujours le cas), la loi qui régit la convention d’arbitrage? »<sup>686</sup>.

---

<sup>681</sup> *Minkoff*, *supra* note 3, par. 14.

<sup>682</sup> *Ginsbow* (C.S.), *supra* note 260.

<sup>683</sup> Goldstein, *Commentaires*, *supra* note 10, art. 3131, par. 560.

<sup>684</sup> Battifol, *DIP II*, *supra* note 11, p. 547; v. en ce sens Motulsky, *Procédure*, *supra* note 302, p. 662, n° 169.

<sup>685</sup> Bartin, *Principes*, *supra* note 8, p. 455 [nos soulignements].

<sup>686</sup> Pierre Mayer, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l’arbitrage international », *Mélanges offerts à Claude Reymond – Autour de l’arbitrage*, Paris, Litec, 2004, p. 187, discutant de la « transposition de ces solutions [concernant l’effet de l’autorité de la chose jugée devant un tribunal étatique] à l’arbitrage ».



## 1. Siège de l'arbitrage

Selon la conception juridictionnelle, la loi du siège de l'arbitrage régit l'arbitrage. Le raisonnement tient à ce que tout choix des parties dépend de l'application préalable d'une loi étatique dans laquelle ce choix puise sa validité juridique<sup>687</sup>, car on ne peut concevoir « a legal obligation independant of a legal order »<sup>688</sup>. Conséquemment, la source du pouvoir des arbitres ne peut provenir que de la loi d'un pays :

« Every right or power a private person enjoys is inexorably conferred by or derived from a system of municipal law which may be conveniently and in accordance with tradition be called *lex fori*, though it would be more exact (but also less familiar) to speak of the *lex arbitri* or, in French, *la loi de l'arbitrage* »<sup>689</sup>.

Compte tenu de l'importance territoriale de la loi du lieu où se déroule l'arbitrage, cette conception assimile l'arbitre à un mandataire de l'État et insiste sur la « pronounced similarity between the national judge and the arbitrator in that both of them are subject to the local sovereign »<sup>690</sup>. Cette conception est fondée sur l'idée voulant que la loi du lieu où se déroule l'arbitrage a le contrôle le plus effectif et le plus complet sur l'arbitrage. La conception juridictionnelle déduit ainsi que la *lex arbitri* est la *lex loci arbitri*, la loi du siège de l'arbitrage<sup>691</sup>. Assez paradoxalement, l'idée d'assujettir l'arbitrage à la loi du siège est également proposée par des auteurs qui adoptent une variante subjectiviste de la conception juridictionnelle en se fondant, à l'inverse, sur le choix des parties, celui-ci étant alors présumé avoir été effectué en faveur de la loi du lieu où l'arbitrage se déroule<sup>692</sup>.

Puisque cette conception assimile la *lex loci arbitri* à la *lex fori* du juge étatique<sup>693</sup>, l'hypothèse mène à la conclusion que la sentence arbitrale étrangère se prescrit selon la loi du siège de l'arbitrage, à savoir la loi du lieu où la sentence a été rendue. De sérieuses

---

<sup>687</sup> Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles-Paris-Zurich, Bruylant-L.G.D.J.-Schultess, 2002, p. 83.

<sup>688</sup> William W. Park, « The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration », (1983) 32 *I.C.L.Q.* 21, p. 26.

<sup>689</sup> F.A. Mann, « *Lex Facit Arbitrum* », *International Arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967, p. 160.

<sup>690</sup> *Id.*, p. 162

<sup>691</sup> Emmanuel Gaillard, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », [2007] 329 *R.C.A.D.I.*, p. 79.

<sup>692</sup> Roy Goode, « The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Arbitration », [2001] 17 *Arb. Int.* 19, p. 32.

<sup>693</sup> Gaillard, *Arbitrage*, *supra* note 691, p. 77.

raisons s'opposent cependant à tirer une telle conclusion, car la loi du siège ne commande pas l'arbitre comme la *lex fori* commande le juge.

Sur le plan du droit comparé, plusieurs exemples existent de situations où les arbitres n'ont pas appliqué la loi du siège, en particulier lorsque les tribunaux de celui-ci ont tenté de mettre un terme à l'arbitrage en émettant des injonctions ou en concluant à l'invalidité de la convention d'arbitrage ou à son inapplicabilité pour des motifs purement locaux<sup>694</sup>. Le contraste entre les raisons justifiant d'assujettir l'arbitrage à la loi du siège plutôt qu'à une autre loi comme celle du lieu de l'exécution démontre d'ailleurs l'incongruité de la conception juridictionnelle :

« Entre l'État qui accueille un arbitrage dans ses hôtels ou ses centres de conférence et l'État qui permet la saisie et la vente d'actifs situés sur son territoire, il est manifeste que c'est ce dernier qui a le titre le plus fort à déterminer ce qui, pour lui, constitue une sentence arbitrale digne de protection et, par une nécessaire appréciation rétrospective, une convention d'arbitrage valable et un processus arbitral régulier »<sup>695</sup>.

Selon Bachand, cependant, « le choix du siège [de l'arbitrage] doit être conçu non pas comme une élection du droit régissant l'arbitrage, mais plutôt comme une élection de for, car il exprime l'intention des parties de confier aux autorités judiciaires de l'État désigné un rôle privilégié, l'appréciation de la validité de la sentence »<sup>696</sup>. Bien qu'il admette que « la sentence internationale ne tire pas sa juridicité de l'ordre juridique du siège », il est d'avis que « le droit québécois rejette, à juste titre, la thèse selon laquelle les parties cherchent à ne créer pratiquement aucun lien entre l'arbitrage et l'ordre juridique de l'État du siège »<sup>697</sup> et « il est juste de présumer que les parties cherchent à créer certains rattachements entre la convention d'arbitrage et l'ordre juridique du siège »<sup>698</sup>. Ainsi, il estime que les parties à une convention d'arbitrage sont présumées vouloir que l'annulation au siège de l'arbitrage pour des motifs internationaux ait un effet extraterritorial<sup>699</sup>, de sorte que la décision des

---

<sup>694</sup> *Id.*, p. 125 et suivantes.

<sup>695</sup> *Id.*, p. 89.

<sup>696</sup> Frédéric Bachand, « La non-intégration de l'arbitrage international à l'ordre juridique du siège : réalité et conséquences », dans B. Moore et G. Bras Miranda (dir.), *Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 415.

<sup>697</sup> *Id.*, p. 406.

<sup>698</sup> *Id.*, p. 413.

<sup>699</sup> *Id.*, p. 407 et 408.

tribunaux du siège sur cette question ait l'autorité de la chose jugée à l'égard des motifs tranchés<sup>700</sup>.

Il est douteux qu'un jugement relatif à l'annulation demandée au siège de l'arbitrage emporte chose jugée au Québec à ce sujet. Dans *Notiplex Sécurité incendie inc. c. Honeywell International Inc.*, la Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait pas d'identité d'objet entre une demande d'homologation d'une transaction devant un tribunal étranger et une défense fondée sur cette transaction<sup>701</sup>. Il est vrai que la Cour a précisé que l'objet était différent car la défense ne visait pas à obtenir le caractère exécutoire de la transaction, alors qu'il s'agissait de l'objet de la demande d'homologation<sup>702</sup>.

Mais quoi qu'il en soit, ce n'est jamais que la sentence en elle-même qui fait l'objet de la reconnaissance, et non le jugement étranger qui s'est prononcé à ce sujet : « seule la sentence elle-même et non le jugement national rendu dans son pays d'origine sur sa validité ou son efficacité, est susceptible de bénéficier de la reconnaissance »<sup>703</sup>. C'est d'ailleurs le même principe qui s'applique au jugement étranger<sup>704</sup> et à la transaction<sup>705</sup>. La reconnaissance et l'exécution ne vise ainsi que la sentence.

Cela s'explique par la nature de la procédure de reconnaissance. Celle-ci ne procède pas à déterminer des droits mais à rendre exécutoire une détermination de droits; par analogie avec l'homologation, la reconnaissance « fait appel à l'*imperium* du juge judiciaire et vise à l'approbation d'un acte ou d'une décision en vue de lui donner une force exécutoire »<sup>706</sup>. Le but de l'homologation est « l'obtention d'un jugement en matière d'exécution » et non de

---

<sup>700</sup> *Id.*, p. 410 et 411.

<sup>701</sup> *Notiplex Sécurité incendie inc. c. Honeywell International Inc.*, 2010 QCCA 1028, par. 60 à 62.

<sup>702</sup> *Id.*, par. 62.

<sup>703</sup> Horatia Muir Watt, « Effets en France des décisions étrangères », *Juris-Classeur Droit international* (Fasc. 584-2) / *Procédure civile* (Fasc. 124-4), Paris, Éditions Techniques, 1990, par. 58.

<sup>704</sup> *Ibid.*; v. en ce sens Batiffol, *DIP II*, *supra* note 11, n° 723, p. 575 : « La demande d'exequatur d'un jugement étranger ayant lui-même accordé l'exequatur à un autre jugement étranger en provenance d'un État tiers serait irrecevable; c'est sur le jugement originaire que doit s'exercer le contrôle du juge français de l'exequatur ».

<sup>705</sup> Goldstein, *DIP II*, *supra* note 10, p. 705, n° 423 : « le but de chaque demande éventuelle en homologation est différent : celle à l'étranger donnerait éventuellement force exécutoire en ce pays, alors que celle au Québec aurait un effet analogue, mais parallèle, au Québec ».

<sup>706</sup> *Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) c. Beaudoin*, 2011 QCCA 2247, par. 37 [notes omises].

trancher le litige dont on veut exécuter le résultat<sup>707</sup>. Ces décisions aboutissent à ces jugements constitutifs de droits : « l'exequatur est constitutif de droits »<sup>708</sup>. Une requête en reconnaissance n'est qu'une « procédure accessoire d'exécution du jugement de l'instance principale »<sup>709</sup>.

Puisque les décisions en matière de reconnaissance et d'homologation ne concernent jamais que l'exécution de leur objet sur le territoire relevant de la compétence du Québec, il faut conclure, lorsqu'on analyse la nature de décisions analogues étrangères, que ces dernières n'ont pas plus vocation à régir autre chose que l'exécution de leur objet dans leur seul propre territoire. En d'autres termes, que le refus d'une homologation à l'étranger ne concerne pas l'homologation québécoise.

---

<sup>707</sup> *Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux) c. Association des chirurgiens dentistes du Québec*, J.E. 2002-703 (C.A.), par. 11 : « D'autre part, la sentence arbitrale est finale et lie les parties. Il ne devient nécessaire de la faire homologuer que s'il est nécessaire de procéder à une exécution forcée de celle-ci ce qu'un tribunal d'arbitrage ne peut faire. Il faut que les tribunaux de droit commun homologuent la sentence arbitrale pour lui donner un caractère exécutoire de façon forcée. Ainsi, le but principal visé par la procédure d'homologation est ici l'obtention d'un jugement en matière d'exécution [nos soulignements] ». Le jugement d'homologation ne tranche donc pas le litige qui a été l'objet de la sentence arbitrale étrangère (v., dans le contexte d'une demande de taxation d'un jugement d'homologation d'une sentence arbitrale étrangère, *Transport de Cargaison (Cargo Carriers) Kasz-Co) ltd c. Industrial Bulk Carriers inc.* [1990] R.D.J. 136 (C.A.), où le juge Dussault énonce : « Il faut donc se garder de confondre le jugement qui statue sur une requête en homologation d'une sentence arbitrale rendue hors Québec comme en général sur toute autre requête en homologation judiciaire avec la décision ou la sentence arbitrale que l'on cherche à faire homologuer. [...] Un jugement en homologation ne peut donc pas prendre la place ou se confondre à la décision ou à la sentence qu'il homologue. Son seul but est de reconnaître et de donner une force exécutoire à une telle décision ou sentence dont il reste par ailleurs distinct. Cela explique pourquoi la requête en homologation d'une sentence arbitrale rendue hors Québec visée par le présent litige ne peut être considérée comme une demande au sens de l'article 42 du Tarif précité, c'est-à-dire "une demande dont la somme ou la valeur en litige est supérieure à 100 000 \$". Statuer autrement serait confondre à tort la sentence arbitrale dont on demande l'homologation et un éventuel jugement l'homologuant [nos soulignements] ». L'annulation non plus ne tranche pas le litige visé par la sentence : *Promutuel Dorchester c. Ferland*, REJB 2001-27170 (C.A.), par. 60 et 61 (où il fut décidé le litige menant à l'annulation d'une sentence ne constitue pas un litige dont la valeur est égale à la somme octroyée dans la sentence annulée car le jugement d'annulation ne s'est pas prononcé sur cette somme mais sur la régularité du processus, de sorte que la « valeur en litige » au sens du Tarif est indéterminable). Le raisonnement est le même en droit français : « il est bien établi que l'instance en exequatur est distincte de l'instance au fond [...]. Là où l'instance au fond a pour objet le litige qui oppose les parties, l'instance en exequatur a pour objet « la décision dont l'exequatur est demandé [...], et non le litige que cet arrêt a tranché » [...] » (Julie Klein, « L'action en exequatur n'interrompt pas la prescription si elle est rejetée : application à la contre-garantie », [2012] *R.C.D.I.P.* 113 [notes omises]).

<sup>708</sup> Batiffol, *DIP II*, *supra* note 11, p. 577; v. en ce sens *Viel*, *supra* note 532, par. 42.

<sup>709</sup> *Roy c. Boucher*, J.E. 2002-1872 (C.A.), par. 35 [nos soulignements].

Mais si ce raisonnement est juste, il faudrait analyser l'annulation de la même manière, car celle-ci s'applique pour les mêmes critères que l'homologation<sup>710</sup> et a le même effet que le refus de l'homologation : après ce refus, la sentence n'a « aucune valeur juridique »<sup>711</sup>. Or, le législateur nous dit que l'annulation au siège de l'arbitrage est un motif de refus de reconnaissance de la sentence étrangère<sup>712</sup>, de sorte que l'annulation au siège n'est pas aussi étrangère à la reconnaissance québécoise que le refus de reconnaissance ailleurs. Il faut bien voir que la *Convention de New York* n'impose pas cette solution, car elle permet aux pays signataires d'octroyer le droit « de se prévaloir d'une sentence arbitrale » pour d'autres raisons, ce qui signifie que les motifs de refus de reconnaissance mentionnés à l'art. V sont seulement une limite maximale aux conditions à imposer pour la reconnaissance des sentences. Cependant, le Québec semble avoir opté pour une solution où l'annulation au siège peut empêcher la reconnaissance, au point où cette annulation confère le droit de « s'opposer à la reconnaissance », sans que la formulation de l'art. 950 *C.p.c.* ne laisse prise à une discrétion de la part du tribunal.

Bachand reconnaît cependant que le législateur n'a certainement pas voulu que n'importe quelle annulation, par exemple même celle entachée d'un vice qui la rendrait par ailleurs impropre à être reconnue en vertu de l'art. 3155 *C.c.Q.*, produise des effets au Québec<sup>713</sup>. Selon lui, les tribunaux québécois sont justifiés de ne pas donner effet à l'annulation d'une sentence au lieu du siège lorsque cette annulation est « fondée sur des motifs autres que ceux faisant consensus à l'échelle internationale »<sup>714</sup> et ils sont justifiés d'exclure de la loi du siège applicable à la validité de la convention d'arbitrage les règles exorbitantes du droit commun qui imposent « des conditions de validité supplémentaires » en matière de formation et d'effet des contrats »<sup>715</sup>. Cette approche est certainement appropriée, mais elle

---

<sup>710</sup> Art. 947.2 *C.p.c.*

<sup>711</sup> *Smart Systems*, *supra* note 630, par. 11.

<sup>712</sup> Art. 950(6) *C.p.c.*

<sup>713</sup> Bachand, *Non-intégration*, *supra* note 696, p. 406 et 407.

<sup>714</sup> *Id.*, p. 407.

<sup>715</sup> *Id.*, p. 413.

témoigne de la pertinence limitée de la loi du siège et non du fait que le choix d'un lieu d'arbitrage soit une « élection de for »<sup>716</sup>.

Il faut reconnaître que la loi québécoise tient compte de la loi du siège dans son appréciation de la validité de la sentence arbitrale. À part l'annulation au siège comme motif de refus de reconnaissance, l'invalidité de la convention d'arbitrage selon la loi du siège lorsque les parties n'ont désigné aucune loi applicable à celle-ci constitue également un motif de refus de reconnaissance de la sentence<sup>717</sup>. On doit cependant remarquer que la loi québécoise accepte ce motif de refus de reconnaissance sans pour autant déterminer que la loi du siège s'applique à la convention d'arbitrage : selon l'art. 3121 *C.c.Q.*, c'est plutôt la loi applicable au contrat principal qui la régit en l'absence de désignation des parties, la loi du siège n'intervenant qu'*in favorem validitatis* si la loi du contrat l'invalide<sup>718</sup>. Enfin, le mode de nomination des arbitres et la procédure arbitrale peuvent être régis par la loi du siège, mais seulement lorsque la convention des parties est muette à ce sujet<sup>719</sup>.

En appliquant systématiquement la loi désignée par les parties à ces questions, la loi québécoise tend cependant à s'écarter de la conception juridictionnelle de l'arbitrage pour en adopter la conception contractuelle. Il semble donc difficile de conclure que, selon la conception québécoise de l'arbitrage, la « loi qui attribue un droit » est la loi du siège de l'arbitrage.

---

<sup>716</sup> *Id.*, p. 415; v. en ce sens Goldstein, *DIP II*, *supra* note 10, p. 699 : « Cette condition d'absence d'annulation dans le pays d'origine de la sentence prête à la critique. Dans un contexte favorable à l'arbitrage, on ne voit plus très bien la pertinence d'établir un rapport entre ce lieu et le fait qu'elle y soit annulée, spécialement s'il s'agit d'une sentence internationale. Il s'agit sans doute d'un résidu de la conception juridictionnelle de l'arbitrage. On refuse d'admettre que la volonté puisse valablement créer au plan international une situation de droit que le tribunal local annule. Ce faisant, on préfère éventuellement donner un effet international à la conception locale de l'ordre public, lorsque la sentence est annulée pour contrariété à l'ordre public ou parce que la question était localement inarbitrable »

<sup>717</sup> Art. 950(2) *C.p.c.*

<sup>718</sup> Goldstein, *Commentaires*, *supra* note 10, art. 3121.

<sup>719</sup> Art. 950(5) *C.p.c.*



## 2. Procédure arbitrale

L'analogie de l'identification de la « loi du juge » à la sentence arbitrale mène tout naturellement à l'art. 3133 *C.c.Q.* sur la loi applicable à la procédure arbitrale, qui dispose :

3133. La procédure de l'arbitrage est régie par la loi de l'État où il se déroule lorsque les parties n'ont pas désigné soit la loi d'un autre État, soit un règlement d'arbitrage institutionnel ou particulier.

On voit que la loi du siège peut se révéler applicable à la procédure arbitrale, mais seulement lorsque les parties n'ont rien prévu à ce sujet. Selon le ministre :

« Cet article, de droit nouveau, s'inspire de la *Loi fédérale sur le droit international privé* suisse de 1987. L'arbitrage ayant un caractère contractuel, les parties peuvent choisir la loi qui lui est applicable. Elles peuvent choisir soit la loi d'un État, soit un règlement d'arbitrage institutionnel ou *ad hoc*. À défaut de quoi, la loi de l'État où celui-ci se déroule s'appliquera, conformément à la règle générale de l'article 3132 »<sup>720</sup>.

L'homologue suisse de l'art. 3133 *C.c.Q.* dont il semble s'inspirer, en revanche, ne mentionne même pas la loi du siège à titre de loi susceptible de régir la procédure arbitrale :

<sup>1</sup> Les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix.

<sup>2</sup> Si les parties n'ont pas réglé la procédure, celle-ci sera, au besoin, fixée par le tribunal arbitral, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.

<sup>3</sup> Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire<sup>721</sup>.

En dépit de la présence de la mention de la loi du siège à l'art. 3133 *C.c.Q.*, la jurisprudence ne considère pas celle-ci comme étant le « for » de l'arbitre. Au contraire, le recours à l'arbitrage « n'a point été créé par une loi »<sup>722</sup>, car « l'arbitre ne tire pas ses

---

<sup>720</sup> *Commentaires du ministre, supra* note 2, art. 3133.

<sup>721</sup> *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987*, R.O. 1988 1776 (Suisse), art. 182.

<sup>722</sup> *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, [2003] R.J.Q. 1040 (C.A.), par. 78.

pouvoirs de la loi, mais de la volonté des parties »<sup>723</sup>. L'arbitrage ne fait donc « pas partie de la structure étatique »<sup>724</sup>, il est « une institution sans for et sans assise géographique [...] dont l'existence repose sur la volonté exclusive des parties »<sup>725</sup>. Cette manière de décrire le phénomène arbitral correspond à la conception contractuelle de l'arbitrage<sup>726</sup>.

Au plan théorique, la conception contractuelle de l'arbitrage n'exclut pas l'opération de la loi dans l'analyse de la source de la juridicité du pouvoir des arbitres. Selon Gaillard, la conception contractuelle de l'arbitrage situe la source des pouvoirs des arbitres non pas au for du siège de l'arbitrage comme la conception juridictionnelle, mais dans une pluralité de fors constituée des États susceptibles de reconnaître et de donner force exécutoire à la sentence<sup>727</sup>. Il remarque toutefois que le risque que pose cette approche est de réduire la validité de l'arbitrage au plus petit dénominateur commun des lois en présence, ce qui n'est pas plus acceptable que de donner une portée internationale absolue à la loi du siège<sup>728</sup>. L'auteur analyse donc le phénomène arbitral comme se rattachant à un ordre juridique qui lui est propre<sup>729</sup>.

L'auteur estime que cette conception a été consacrée par la Cour de cassation dans l'affaire *Putrabali*, rendue au sujet de la reconnaissance d'une sentence arbitrale annulée à son siège :

« la sentence arbitrale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où la reconnaissance est demandée »<sup>730</sup>.

Cette décision, qui semble la suite logique des *dictums* des tribunaux dans les affaires *Laurentienne*, *Air France*, *Desputeaux* et *Dell*, consacre effectivement le rattachement de la sentence en matière de commerce international à un ordre juridique qui n'est pas celui du

---

<sup>723</sup> *La Laurentienne Ltée c. L'Empire compagnie d'assurance vie*, J.E. 2000-1238 (C.A.), par. 16.

<sup>724</sup> *Desputeaux*, *supra* note 642, par. 41.

<sup>725</sup> *Dell*, *supra* note 266, par. 51.

<sup>726</sup> Gaillard, *Arbitrage*, *supra* note 691, p. 71 et suivantes.

<sup>727</sup> *Id.*, p. 81 et 82.

<sup>728</sup> *Id.*, p. 91.

<sup>729</sup> *Id.*, p. 91 et suivantes, précisant cependant que la source de la juridicité du pouvoir des arbitres demeure « la reconnaissance ultérieure de la sentence par les États » (p. 102), à l'instar de l'ordre juridique international.

<sup>730</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 2007, [2007] *Rev. arb.* 507, note Gaillard; [2007] *J.D.I.* 1236, note Clay.

siège, ni d'aucun État d'ailleurs. L'ordre juridique auquel appartient la sentence, selon la Cour de cassation, semble bel et bien l'ordre juridique international (puisqu'il s'agit d'une « décision de justice internationale »).

Cette approche peut se justifier selon la grille d'analyse retenue par la Cour d'appel dans l'arrêt *Air France*, où on faisait grief aux arbitres d'avoir méconnu l'ordre public international. Selon la Cour, l'ordre public transnational (qu'elle nomme aussi « international » et « supranational ») « s'applique aux arbitres »<sup>731</sup>, bien qu'elle estime, en l'espèce, que ceux-ci ne l'ont pas violé « à ce stade des procédures »<sup>732</sup>. Or, si les arbitres avaient été régis par une loi étatique, en l'occurrence la loi québécoise où était le siège de l'arbitrage<sup>733</sup>, c'est à l'aune de l'ordre public « tel qu'il est entendu dans les relations internationales » (art. 3081 *C.c.Q.*) que la Cour d'appel aurait évalué la question. À tout le moins, cette mention du droit international dans l'analyse de la compétence des arbitres témoigne d'une conception qui rapproche la *lex arbitri* de l'ordre juridique international plus qu'elle ne la rapproche de celui du siège ou d'un autre État.

Selon cette conception, la source du pouvoir des arbitres – et la loi sous-jacente à la procédure arbitrale – est le droit international. Mais peut-on tirer un délai de prescription du droit international?

---

<sup>731</sup> *Air France*, *supra* note 722, par. 89.

<sup>732</sup> *Id.*, par. 89 et 94.

<sup>733</sup> *Id.*, par. 17.



### 3. Droit international

En 1925, l'Institut de droit international adopte une résolution constatant que la prescription libératoire des obligations entre États est une règle de droit positif :

« Des considérations pratiques d'ordre, de stabilité et de paix, depuis longtemps retenues par la jurisprudence arbitrale, doivent faire ranger la prescription libératoire des obligations entre États parmi les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, dont les tribunaux internationaux sont appelés à faire application »<sup>734</sup>.

Dans son rapport précédant l'adoption de cette résolution, Politis et De Visscher concluent de leur analyse que la jurisprudence arbitrale internationale consacre le principe de la prescription<sup>735</sup> mais que, à la différence du juge interne qui applique un délai de manière purement automatique, le juge international « s'attache à discerner dans les faits de l'espèce, les raisons : fraude, renonciation, impossibilité de preuve qui peuvent justifier la prescription »<sup>736</sup>. Selon les auteurs, en effet, la considération du temps écoulé n'a plus qu'une valeur toute relative en l'absence de règle fixant les délais<sup>737</sup>.

Selon King, la prescription existe en droit international malgré l'absence de délai fixé comme en droit interne, mais ce sont les fondements de la prescription – présomption de paiement et présomption de renonciation – qui servent directement de soutien à son application :

« prescription may be properly used despite the absence in international law of definite time limits such as are usually found in municipal systems – though indeed the absence of such limits presents grave difficulties. The principle or principles underlying prescription take on a new function and importance. No longer are they merely the rational bases of an existing institution; they become the institution itself.

---

<sup>734</sup> Institut de droit international, « Résolution adoptée à la session de La Haye », (1925) *A.I.D.I.*, art. 1.

<sup>735</sup> Politis, *Prescription*, *supra* note 467, p. 14.

<sup>736</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>737</sup> *Ibid.*; v. en ce sens Charles de Visscher, « La prescription extinctive des réclamations internationales d'origine privée (claims) », dans *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 526 : « On est en présence d'un « principe général de droit » qui en est encore à chercher une organisation technique adéquate », et p. 532 : « [Les présomptions qui justifient la prescription] apparaissent alors comme destinées avant tout à justifier le rejet d'une réclamation par les incertitudes que suscitent dans l'esprit du juge l'obscurité des faits et la difficulté d'atteindre à la vérité ».

Not only why, but also when, a time limit is to be imposed must now be indicated – and with reasonable precision »<sup>738</sup>.

Ainsi, il cite une affaire *Williams* où il fut déclaré :

« The causeless withholding of a claim against a state until, in the natural order of things, the witness to the transaction are dead, vouchers lost, and thereby the means of defence essentially curtailed, is in effect an impairment of the right to defend. The public law in such cases, where the facts constituting the claim are disputed and disputable, presumes a defence »<sup>739</sup>.

Et plus loin :

« How is one in practice to know in a given case when it (i.e. prescription) arises, it may be enquired, since it has no fixed periods, and no analogies to guide one arising from limitation acts, such as obtain in courts of equity. A definitive answer it would be difficult to frame. But in general we should say, where, all the evidence considered, it appears from long lapse of time and as a result thereof ordinarily to have apprehended, that material facts including means of ascertainment pertaining to support or defence are lost, or so obscured as to leave the mind, intent on ascertaining the truth, reasonably in doubt about them, or in ‘danger of mistaken the truth’, a basis for the presumption exists »<sup>740</sup>.

Il cite également une affaire *Stevenson* où l’arbitre écrit :

« When a claim is internationally presented for the first time after a long lapse of time, there arise both a presumption and a fact. The presumption, more or less strong according to the attending circumstances, is that there is some lack of honesty in the claim, either that there was never a basis for it or that it has been paid. The fact is that by the delay in making the claim the opposing party – in this case the government – is prevented from accumulating the evidence on its part which would oppose the claim, and on this fact arise another presumption that it could have been adduced. In such a case the delay of the claimant, if it did not establish the presumption just referred to, would work injustice and inequity in its relation to the respondent government »<sup>741</sup>.

Par ailleurs, l’auteur note qu’un traité de 1858 entre les États-Unis et le Chili concernant l’arbitrage de réclamations prévoyait une clause selon laquelle l’arbitre ne tiendrait pas

---

<sup>738</sup> King, *Prescription*, *supra* note 241, p. 82 et 83.

<sup>739</sup> *Id.*, p. 91 [nos soulignements].

<sup>740</sup> *Id.*, p. 93.

<sup>741</sup> *Id.*, p. 92.

compte de l'exception de prescription<sup>742</sup>, ce qui en suppose l'existence. Par ailleurs, il note qu'un secrétaire d'État américain commentait ainsi la clause d'un traité entre son pays et le Royaume-Uni aux termes de laquelle les réclamations antérieures à 1814 n'étaient pas recevables : « this provision merely recognized the principle, which has been repeatedly applied by this Government, that claims growing out of transactions that accrued during or prior to the war of 1812 were barred by the failure to revive and perpetuate them by the treaty of peace »<sup>743</sup>. En définitive, selon King, la prescription existe en droit international positif<sup>744</sup>.

Dans son analyse de la question, Pinto remarque que la sentence rendue dans l'affaire des *Fonds Pieux de Californie* avait exprimé l'opinion voulant que « les règles de la prescription, étant exclusivement du domaine du droit civil, ne sauraient être appliquées entre deux États en litige », mais que cette opinion visait l'application de la prescription du droit interne mexicain<sup>745</sup>. En définitive, selon lui, la prescription peut s'appliquer aux réclamations internationales susceptibles d'être soumises au droit interne<sup>746</sup>.

Dans l'affaire *CCI 7110*, le tribunal arbitral devait trancher un argument fondé sur la prescription dans le contexte où le droit applicable au contrat, et à la prescription selon l'admission des parties, était le droit international, ou plutôt, selon son expression, « the general rules and principles regarding international contractual obligations enjoying a wide international consensus, including the Unidroit Principles »<sup>747</sup>. Le tribunal arbitral a rejeté la prétention fondée sur la prescription en observant :

« The Tribunal has not found that a fixed limitation period results from trade usages in contracts for the sales and supply of goods or services.

It is common ground that the Unidroit Principles do not deal with limitation periods [*ce qui n'est plus vrai*] and, therefore, the Tribunal has to determine whether there are general legal rules enjoying a wide international consensus that contain the principle that an action is time-barred after a fixed period of time has lapsed.

---

<sup>742</sup> *Id.*, p. 84.

<sup>743</sup> *Id.*, p. 85.

<sup>744</sup> *Id.*, p. 96.

<sup>745</sup> Pinto, *Prescription*, *supra* note 512, p. 440.

<sup>746</sup> *Id.*, p. 445.

<sup>747</sup> *Sentence partielle dans l'affaire 7110*, [1999] *Bul. CCI* 39.

The Tribunal does not consider that the 1974 New York Convention ... incorporates any such widely recognized principle.

It is the Tribunal's view that the solution to the question does not have to be derived from the domestic laws, and that a comparative approach such as the one suggested by Respondent does not reveal a generally accepted principle as to the length of an extinctive limitation period.

...the Tribunal rejects Respondent's defence that Claimant's claims are time-barred on the basis of any fixed limitation period.

...Alternatively to the limitation defence, Respondent argued that if the *lex causae* included no rules prescribing a fixed limitation period (or if the applicable limitation period exceeds 11 years and 10 months), then, as a matter of general principle, the Tribunal should still reject Claimant's claims, the initiation of which has been unreasonably delayed by Claimant.

[...].

...the Tribunal has concluded that it was not unreasonable for Claimant, in all the circumstances, not to launch arbitration proceedings so long as there seemed to be a prospect of arriving at an agreement on the terms of a settlement. Making due allowance for the fact that the internal political upheavals consequent upon [events in State X] were not conducive to speedy decision making, the Tribunal considers that the claims which Claimant pursues in this arbitration are not time-barred for unreasonable delay and that they are therefore admissible »<sup>748</sup>.

Tout d'abord, le tribunal estime qu'il n'y a pas de délai précis de prescription qui découlerait d'un usage ou des principes généraux, bien qu'il note que les Principes Unidroit ne contiennent rien à ce sujet (mais cela n'est plus vrai aujourd'hui alors qu'ils prévoient un délai général de 3 ans<sup>749</sup>). Par ailleurs, l'art. 8 de la *Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandise* de 1974 dont parlent les arbitres prévoit un délai de 4 ans, mais ce traité n'est entré en vigueur que dans 29 États, dont toutefois les États-Unis<sup>750</sup>.

---

<sup>748</sup> *Ibid.* [nos soulignements].

<sup>749</sup> Principes UNIDROIT, 2010, art. 10.2, p. 359.

<sup>750</sup> *Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandise*, New York, 14 juin 1974, R.T.N.U. vol. 1511, p. 3 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1988); modifiée par le *Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandise*, Vienne, 11 avril 1980.



Mais ensuite, le tribunal arbitral ne rejette pas l'argument fondé sur la prescription en raison de cette inexistence de délai fixé, mais en raison du fait que l'un de ses fondements, à savoir la négligence du créancier à formuler sa réclamation, n'a pas été prouvée. Cette approche est en tout point semblable à celles des affaires citées par King et semble propre à assurer à la prescription une consistance suffisante pour la traiter comme une règle de droit international applicable aux arbitrages mettant en cause les intérêts du commerce international.

Le fait que l'arbitrage soit régi par le droit international, ou par des principes généraux ou toute autre forme de droit transnational ou supranational, n'empêche donc pas à la prescription d'être régie par ce droit. On ne peut donc opposer à l'hypothèse de la *lex arbitri* l'argument voulant que celle-ci est susceptible d'être le droit international, ce qui la rendrait impropre à régir un délai de prescription.

L'analyse de la prescription en droit international démontre toutefois que le postulat sur lequel est fondée l'hypothèse de la loi du juge est peut-être erroné. En effet, les sentences arbitrales qui se sont prononcées sur la prescription en droit international ont dû, pour en déterminer l'application ou en exposer les principes, porter leur attention sur le caractère fautif de l'inaction du créancier ou sur le risque que des éléments de preuve disparaissent. Elles devaient donc, pour cela, porter un jugement sur le comportement d'une partie dans ses rapports avec l'autre : en d'autres termes, elles devaient juger leurs droits. Le lien entre la prescription et l'existence des droits des parties – en d'autre terme leur substance – apparaît donc particulièrement étroit.

Est-ce que la sentence a vraiment « transformé » ces droits<sup>751</sup>, ou est-ce qu'elle n'a pas plutôt fait autre chose qui « ne leur en confère pas de nouveaux »<sup>752</sup>?

---

<sup>751</sup> Bartin, *Principes*, supra note 8, p. 455.

<sup>752</sup> Guinchard, *Procédure civile*, supra note 293, p. 748.



### **C. Hypothèses liées au litige entre les parties**

Selon ces hypothèses, la « loi qui attribue un droit » découlant de la sentence arbitrale est celle applicable au litige entre les parties. Mais la loi applicable au litige est-elle celle que le tribunal québécois aurait appliqué s'il en avait été saisi [1], ou celle concrètement appliquée par l'arbitre dans sa sentence [2]?



## 1. Loi applicable selon les règles de conflit québécoises

Il faut tout de suite écarter l'hypothèse émise (et rejetée d'ailleurs) par Goldstein et Groffier selon laquelle la prescription du jugement étranger, si l'on prend l'art. 3131 *C.c.Q.* « à la lettre », est déterminée non pas par la loi appliquée au fond du litige par le premier juge mais la loi applicable à ce litige d'après les règles de conflit québécoises<sup>753</sup>. En fait, il ne s'agit pas vraiment de prendre l'art. 3131 *C.c.Q.* à la lettre, puisque le litige a été tranché et il n'existe aucun moyen pour le tribunal québécois pour prendre connaissance du fond du litige et appliquer ses règles de conflit.

En effet, aux termes de l'art. 951.1 *C.p.c.*, « [l]e tribunal saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale ne peut examiner le fond du différend ». Si le tribunal ne peut examiner le fond du différend, il ne peut décider qu'une loi différente de celle appliquée par les arbitres s'applique en fait au fond du litige. Le même raisonnement doit être tenu à l'égard d'un jugement :

« En revanche, la solution consistant à tenir compte de la loi compétente pour trancher la question en litige, selon les règles de conflit québécoises, doit être écartée. En effet, elle risque d'affecter la période de validité du jugement, telle qu'elle résulte de la loi appliquée au fond par le juge étranger, ce qui va à l'encontre de l'article 3158 *C.c.Q.* [aux termes duquel le juge de l'*exequatur* ne peut procéder à l'examen du fond de la décision étrangère] »<sup>754</sup>.

Puisque les parties ont confié aux arbitres la compétence exclusive de trancher leur litige et donc la compétence exclusive de déterminer la loi applicable à ce litige, le tribunal de reconnaissance est lié par cette détermination. Il faut donc exclure l'hypothèse que la loi visée par l'art. 3131 *C.c.Q.* est le droit que le tribunal québécois aurait appliqué s'il avait été saisi du litige.

---

<sup>753</sup> Goldstein, *DIP I*, *supra* note 10, p. 410.

<sup>754</sup> Emanuelli, *DIP*, *supra* note 10, p. 190, qui admet avoir opté pour cette hypothèse dans une édition précédente de son ouvrage mais la rejette maintenant.



## 2. Loi appliquée par l'arbitre

La lecture « à la lettre » de l'art. 3131 *C.c.Q.* mène plutôt à la conclusion que la loi appliquée par la sentence au fond du litige entre les parties est celui d'où doit être tiré le délai de prescription de cette sentence. En fait, cette lecture ne respecte pas seulement la lettre de l'article, elle en respecte aussi l'esprit.

Lorsqu'un arbitre, ou un juge, tranche un litige, il applique la loi régissant le fond du litige afin de déterminer les droits des parties. En ce sens, la « loi qui attribue un droit » est celle que le décideur applique au rapport entre les parties. Le fonctionnement de la mission juridictionnelle témoigne de l'importance de la loi litigieuse :

« [L]a fonction ordinaire du juge est de reconnaître un état de droit antérieur; or les situations juridiques se fixent à un moment donné, c'est-à-dire sous une certaine loi [...].

[Comme Ad. von Scheurl l'établit d'une manière lumineuse,] une règle de droit a effet sur les rapports de fait auquel son contenu se rapporte, par sa seule existence même, et sans qu'il soit besoin de l'application par le juge de la règle à ces faits; ce n'est pas le rôle du juge d'organiser les rapports de fait en conformité de la règle de droit, mais seulement de reconnaître et d'énoncer comment ils se sont organisés en vertu de cette règle. Un fait donné a-t-il acquis, sous l'influence d'une règle de droit, une structure juridique déterminée, il est dès lors parfaitement indifférent que ce rapport juridique fasse l'objet d'un procès et d'une décision judiciaire sur-le-champ même, ou un an après, ou cent ans plus tard. [L]e juge ne fait qu'énoncer et exprimer ce qui est vrai pour cet instant où ce rapport a acquis sa forme juridique particulière [...]. [...] [D]e même [que le juge] aurait statué à ce moment-là, de même et non autrement, il doit le faire à tout autre moment où il sera appelé à juger.

Par conséquent, ce qui importe, ce n'est pas le moment où l'affaire est soumise au juge, mais le moment où l'effet juridique en litige a été produit [...] »<sup>755</sup>.

Ce principe est nié par la théorie voulant que le juge modifie les droits des parties<sup>756</sup>. À s'en tenir à cette théorie, il faudrait voir dans l'acte de juger un élément déterminant qui

---

<sup>755</sup> Roubier, *Droit transitoire*, supra note 506, p. 225 et 226, qui a « fortement influencé » le législateur québécois dans l'élaboration des règles de droit transitoire (*Viel*, supra note 532, par. 47); v. en ce sens *Kyriacou*, supra note 532; Baudouin, *Responsabilité*, supra note 265, par. 1-1470.

<sup>756</sup> Corinne Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèques de droit privé, tome 328, 2000, p. 95 et 96 : « Pour [déterminer ce que peut être la teneur de la modification des droits substantiels], il faut se rappeler que l'acte juridictionnel est celui où le juge-tiers intervenait pour lever un

transforme la substance du rapport juridique des parties. Mais cette théorie confond la modification concrète de la relation des parties avec la règle du principe déclaratif. Cette règle ne signifie pas que le jugement ne change rien : elle signifie qu'à l'égard de certains litiges (ceux qui peuvent être réglés sans l'intervention du tribunal), le jugement est réputé n'avoir rien modifié de la relation juridique des parties.

Cela dit, que le jugement soit constitutif ou déclaratif ne change rien à l'importance de la loi appliquée par le décideur, par opposition à la loi qui l'autorise à rendre sa décision. En effet, le problème de ne pas appliquer la loi litigieuse après le jugement est le même que celui de ne pas le faire avant : l'exercice juridictionnel est confondu avec les droits des parties. Il est évident que cet exercice n'est pas sans incidence sur ceux-ci : mais il n'en change que la forme par un nouveau titre, pas la substance.

L'idée voulant que le jugement constitue un nouveau titre est décrite par la Cour d'appel dans *William Millénaire* :

« Si sa créance potentielle résultant de l'existence de vices cachés peut entretenir un lien de connexité avec la créance à l'origine de l'action sur compte intentée en Italie, elle n'est sous aucun rapport connexe au titre de créance que constitue le jugement. Un tel jugement purge le droit à l'origine du recours en justice et le remplace par un titre nouveau et parfait dont l'exécution est à l'abri de toute contestation, sauf celles que la loi prévoit expressément »<sup>757</sup>.

La Cour donnait ce motif pour expliquer pourquoi elle refusait d'autoriser une partie à formuler une demande reconventionnelle pour vices cachés contre une demande de reconnaissance et d'exécution d'un jugement étranger, d'où l'analyse de la connexité entre les deux créances. Que le jugement « purge » le droit litigieux maintenant à l'abri de toute contestation n'est cependant pas lié à la question de savoir si le jugement constitue ou non un « titre nouveau », mais à l'autorité de la chose jugée qui a précisément ces effets.

---

obstacle privé ou légal entravant l'activité des parties; que le travail du juge consistait à lever cet obstacle, en respectant un certain processus, à partir des prétentions des parties. La modification du droit substantiel est donc telle qu'on passe d'un droit grevé d'un obstacle à un droit déchargé, libéré de cet obstacle pour en tirer immédiatement des *conséquences concrètes*. [...] ».

<sup>757</sup> *William Millénaire*, *supra* note 7, par. 16 [nos soulignements].



Quant à ce « titre nouveau », le ministre en parle dans ses commentaires de l'art. 2924 *C.c.Q.* en affirmant que le jugement « forme un titre régi par la prescription des jugements »<sup>758</sup> et que le jugement « forme un nouveau titre de créance »<sup>759</sup>. Il faut bien noter toutefois que le ministre ne dit pas que le jugement forme une nouvelle créance.

L'art. 2924 *C.c.Q.* reprend un principe connu sous le nom d'interversion<sup>760</sup>, d'origine coutumière en droit civil<sup>761</sup> et qui a des origines dans la lointaine *actio judicati* du droit romain<sup>762</sup>. Des auteurs refusent cependant d'expliquer l'octroi d'un nouveau délai de prescription au jugement par l'*actio judicati* romaine<sup>763</sup>, qui n'aurait pas été reprise par le droit français<sup>764</sup> et qui, de toute façon, opérerait une véritable novation de l'obligation litigieuse<sup>765</sup>. Or, la novation n'est pas une explication correcte de l'idée derrière l'art. 2924 *C.c.Q.*, malgré ce que certains auteurs laissent entendre : « en liquidant les dommages, le jugement nove l'obligation de réparation qui, en principe, est une obligation de faire, en une obligation de payer une somme d'argent »<sup>766</sup>.

En effet, la novation exige une nouveauté par rapport à l'ancienne créance qui ne peut exister dans un jugement : « [l]a nouvelle créance doit donc comporter un élément véritablement nouveau par rapport à l'ancienne et pas seulement un élément supplémentaire rattaché à l'ancienne dette ou une simple modification de forme »<sup>767</sup>. Évidemment, le jugement n'apporte rien de tel au plaideur victorieux, sinon qu'une « simple modification de forme ». Ainsi, la novation éteint la dette ancienne et donc les sûretés qui

---

<sup>758</sup> La prescription est souvent le seul élément nouveau mentionné à l'égard du jugement (Monique Dupuis, « Les caractéristiques et effets du jugement », *Exécution des jugements (2006)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2006, EYB2006DEV1153, qui nous dit que « [l]e jugement est distinct de la situation juridique qui a donné lieu à l'instance » et que « [l]e jugement est un titre particulier, qui possède son autonomie, son caractère distinct » pour conclure que le jugement « est sujet à une prescription qui lui est propre »).

<sup>759</sup> *Commentaires du ministre*, supra note 2, art. 2924.

<sup>760</sup> À distinguer de l'interversion en matière de prescription acquisitive, laquelle explique comment une possession précaire devient une possession utile pour prescrire (art. 2914 *C.c.Q.*).

<sup>761</sup> Rémy Libchaber, « Le point sur l'interversion des prescriptions en cas de condamnation en justice », *D.* 2006.254, par. 4.

<sup>762</sup> Eric Agostini, « Interversion des prescriptions et réforme de la prescription », *D.* 2010.2465.

<sup>763</sup> R. Meurisse, « La prescription d'une condamnation résultant d'un jugement », *J.C.P.* 1961.I.1665, par. 11; A. Viandier, « Les modes d'interversion des prescriptions libératoires », *J.C.P.* 1978.II.2885, par. 25.

<sup>764</sup> Meurisse, *id.*, p. 11; Bléry, *Efficacité*, supra note 756, p. 207.

<sup>765</sup> Meurisse, *id.*, p. 11

<sup>766</sup> Baudouin, *Responsabilité*, supra note 265, par. 1-1140.

<sup>767</sup> Jobin, *Obligations*, supra note 470, par. 1001.

l'accompagnent, contrairement au jugement qui se borne à éteindre les prétentions litigieuses au sujet de cette dette en la laissant, ainsi que ses sûretés, intacte. D'ailleurs, mêmes ceux qui estiment que le jugement modifie les droits des parties rejettent la théorie de la novation des droits par le jugement<sup>768</sup>.

Mais si l'obligation n'a pas nové, c'est que sa substance est restée la même. En réalité, l'absence d'effet novatoire peut sceller la question de savoir si la source des droits qui découlent du jugement provient du juge ou de la loi qu'il applique :

« [Le jugement] modifie sans nul doute la situation préexistante, puisqu'à tout le moins, il confère au droit le caractère de certitude dont celui-ci était privé, et que, s'il y a lieu, il rend possible l'exécution publique, permet l'inscription de l'hypothèque judiciaire, et fait courir une nouvelle prescription, sans exclure d'autres effets résultant de mesures spéciales. Mais cette modification indéniable ne crée aucune prérogative autonome par rapport au droit préexistant. Quant au principe même du droit litigieux, en effet, il est certain que le jugement est dépourvu d'effet novatoire, et quant aux mesures prises par le juge pour la réalisation de ce droit, elles s'expliquent, dans l'opinion majoritaire, non pas comme la constitution par le juge de prérogatives étrangères à celui-ci, mais comme des conséquences tirées par le même juge de la déclaration qu'il en a faite. Cette déclaration juridictionnelle qui met fin au litige, confère au droit, par la certitude qu'elle lui donne, l'efficacité qui lui manquait, et les mesures prises en vue de l'exécution ne sont qu'un aménagement du droit reconnu, auquel elles ont pour but de faire produire son propre effet. C'est donc le droit, à l'exclusion de toute prérogative indépendante de lui, qui se trouve mis en œuvre dans la procédure qui fait suite au jugement »<sup>769</sup>.

Selon cette conception, le jugement permet l'autorité de la chose jugée et, le cas échéant, la force exécutoire<sup>770</sup> et l'hypothèque légale, mais il ne change que la forme sous laquelle se manifeste la créance, maintenant authentique, sans pour autant en faire une nouvelle créance. Le fait que le droit est maintenant incorporé à un nouveau titre ne change pas sa nature :

« Lorsqu'un emprunteur est condamné en justice à rembourser le montant emprunté, le jugement semble fait de la même matière exactement que le droit subjectif qui a

---

<sup>768</sup> Bléry, *Efficacité*, supra note 756, p. 206.

<sup>769</sup> Bandrac, *Prescription*, supra note 363, p. 58 [nos soulignements].

<sup>770</sup> V. cependant Charles Jarrosson, « Réflexions sur l'imperium », *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 255, qui précise : « en réalité, c'est la loi qui ordonne [l'exécution], et le juge a seulement le droit d'apposer la formule légale le prévoyant ».

servi de support à la condamnation. Le juge apporte sans doute des éléments de pression, qui faciliteront le paiement : le caractère comminatoire de son ordre, et le titre exécutoire. Mais la mise en œuvre du jugement ne sera pas autre chose que l'exécution de la dette : il ne s'agira que de la payer. D'où le sentiment que le juge s'est borné à constater et sanctionner le droit subjectif que le prêteur tenait du contrat, donc de la loi, sans y ajouter rien de substantiel »<sup>771</sup>.

La source du droit n'est donc pas modifiée du seul fait qu'il se trouve désormais confirmé par acte juridictionnel ni même par acte exécutoire. Ainsi, le « titre » dont parle l'art. 2924 *C.c.Q.* tient au support formel du droit mais non à son étendue ou son existence. Dans ce contexte, le terme réfère à la nature de l'écrit sur lequel la preuve du droit se retrouve. Par exemple, l'obligation était peut-être consignée dans un écrit sous seing privé (art. 2826 *C.c.Q.* et suivants) mais elle l'est dorénavant dans un acte authentique (art. 2813 *C.c.Q.* et suivants).

La différence tient au caractère des énonciations qui sont écrites dans le document servant de preuve mais non à la nature ou l'étendue du droit :

« La solennité du titre conduirait à estimer que la créance servant de base au jugement s'y est si bien incorporée, qu'elle a disparu pour laisser la place au seul titre : désormais, c'est lui que l'on exécutera et non la créance originaire [...].

Mais, en dépit de la puissance incantatoire des mots, il convient de rester attentif aux réalités juridiques qu'ils recouvrent. Qu'est-ce qui fait spécifiquement l'objet de l'exécution? Au vrai, on poursuit l'exécution d'une dette contre le patrimoine du débiteur, et non celle d'un titre – ce qui n'aurait, à la lettre aucune signification. Celui-ci se borne à renvoyer à la forme sous laquelle la créance émerge à la vie juridique : il est formé sous signatures privées, ou authentique [...]. Mais le titre n'est jamais que le support formel de la créance qu'il s'agit d'exécuter. Il n'y a donc aucune raison d'estimer que, au fond, son régime s'est modifié par cela seul qu'elle s'y est trouvée incorporée »<sup>772</sup>.

D'ailleurs, en matière de contrats, l'hypothèse d'un titre dont la forme est régie par une loi mais le fond par une autre n'est pas controversée<sup>773</sup>. Qu'un droit soit constaté par différents titres dont la forme est successivement régie par autant de lois différentes sans que lui-même ne soit assujéti à ces lois ne devrait pas non plus poser de problème.

---

<sup>771</sup> Libchaber, *Interversion*, *supra* note 761, par. 5 [nos soulignements].

<sup>772</sup> *Id.*, par. 7 [nos soulignements].

<sup>773</sup> Art. 3109 à 3113 *C.c.Q.*

L'hypothèse d'un droit constaté par une sentence mais prescrit doit donc s'analyser en relation avec le droit lui-même, à défaut de quoi l'on confond la procédure qui a tranché le litige (et liquidé la créance ou mené au nouvel écrit qui fait la preuve du droit) avec le droit lui-même. Ainsi l'existence du droit litigieux qui a fait l'objet de la sentence a-t-elle toutes les raisons de demeurer régie par la loi qui la régissait à l'origine, malgré qu'un délai de prescription différent puisse s'y appliquer – ou non d'ailleurs, selon la loi en question. De même, après que la sentence ait été reconnue au Québec, il n'y a pas de raison que l'acte d'exécution fasse autre chose que d'interrompre le délai original, le laissant recommencer à s'écouler lorsque la procédure d'exécution, ou tout autre acte d'exécution postérieur comme une saisie infructueuse par exemple<sup>774</sup>, se termine au sens de l'art. 2896 C.c.Q.

Il faut noter qu'une décision de la Cour supérieure soutient le contraire dans le contexte où un jugement ontarien avait été reconnu et déclaré exécutoire au Québec plus de dix ans avant qu'on en demande une deuxième fois la reconnaissance et l'exécution. Selon le juge Déziel, la première décision de reconnaissance et exécution avait l'autorité de la chose jugée de sorte qu'on ne pouvait reconnaître le jugement ontarien une deuxième fois; de plus, il admettait que la prescription du jugement était déterminée par la loi ontarienne, mais il a appliqué le délai québécois afin de déterminer si le jugement ontarien pouvait encore être exécuté comme l'avait autorisé le jugement de reconnaissance<sup>775</sup>. Or, la Cour d'appel a rejeté l'appel pour d'autres motifs en prenant soin de noter qu'elle rendait cette décision « [s]ans se prononcer sur la prescription des créances ontariennes, et possiblement des moyens de les faire exécuter au Québec »<sup>776</sup>.

Il nous semble difficile de conclure à l'autorité de la chose jugée dans le cas d'un jugement de reconnaissance, car celui-ci est de la même nature qu'un jugement d'homologation qui ne nécessite pas l'exercice du « pouvoir d'adjudication »<sup>777</sup> et ne contient pas de « déclaration quant à un droit contesté ni ne déclare l'existence d'un droit litigieux par rapport à une partie adverse »<sup>778</sup>. De plus, s'il n'a pas l'autorité de la chose jugée, il ne

---

<sup>774</sup> *Investissements Pliska*, supra note 665.

<sup>775</sup> *Doucet*, supra note 633, par. 45 à 49.

<sup>776</sup> *Doucet c. Bourque*, 2012 QCCA 1850, par. 1 [nos soulignements].

<sup>777</sup> *Prévost c. Pavillon des mille fleurs inc. (9187-5047 Québec inc.)*, 2009 QCCS 3986, par. 23.

<sup>778</sup> *Lessard*, supra note 661, par. 3.

devrait pas, en principe et suivant l'analyse que nous avons proposée plus haut<sup>779</sup>, être visé par le délai de l'art. 2924 *C.c.Q.* Cela est logique, puisque le jugement de reconnaissance, comme celui d'homologation, est un jugement rendu en matière d'exécution; il peut donc interrompre le délai de l'art. 2924 *C.c.Q.* mais n'en est pas la cause. Ce n'est ainsi jamais que le délai original qui devrait continuer à courir dans le cas d'un acte juridictionnel étranger reconnu<sup>780</sup>.

La sentence sera-t-elle devenue un jugement québécois pour être maintenant homologuée et « naturalisée »<sup>781</sup>? La jurisprudence française opte pour l'imposition du délai français au jugement étranger homologué<sup>782</sup>, mais cette solution n'est pas vraiment plus justifiée que l'imposition de la *lex fori* en toutes circonstances, puisque la loi de l'*exequatur* ne se prononce pas plus sur la substance des droits des parties que la *lex fori* ne le fait au stade du règlement du litige sur le fond. Quoiqu'il en soit, dans la mesure où l'acte interruptif étranger a effet au Québec<sup>783</sup>, on peut supposer que l'acte interruptif au Québec aura un effet à l'étranger, de sorte que le maintien de la loi du fond semble être susceptible de permettre l'imposition d'un seul et même délai pour toute la durée du lien obligataire, peu importe le nombre et le lieu des procédures d'exécution. Au contraire, l'adoption d'un critère fondé sur une autre loi que la *lex causae* mène invariablement à une disparité de délais créant un risque d'injustice.

Il faut quand même remarquer que le législateur prévoit que la saisine d'un juge peut avoir des effets sur le montant d'argent qu'une partie doit payer : l'art. 3161 *C.c.Q.* dispose que

---

<sup>779</sup> *Supra*, p. 193 à 195.

<sup>780</sup> V. en ce sens François Kallmann, « L'effet sur la prescription libératoire des actes judiciaires intervenus en pays étranger », [1948] *R.C.D.I.P.* 1, p. 38 : « Le jugement d'exequatur modifie-t-il le délai de prescription produit par le jugement étranger? Il n'est pas un jugement portant sur le fond de l'affaire, ainsi qu'il a été démontré. C'est un jugement constitutif de droit public, c'est-à-dire de droit de procédure, conférant au jugement étranger les effets de l'autorité de la chose jugée interne. En conséquence, ni la demande ni le jugement d'exequatur ne mettent en cours un nouveau délai de prescription [nos soulignements] ».

<sup>781</sup> V. par analogie avec les jugements étrangers, *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, [2010] 2 R.C.S. 571, par. 20 : « le tribunal qui le déclare exécutoire [le jugement étranger] dans l'ordre juridique québécois [...] rend une décision qui naturalise en quelque sorte la décision étrangère ».

<sup>782</sup> *Infra* note 793.

<sup>783</sup> *Flanagan c. Périard*, 2008 QCCA 614, confirmant 2007 QCCS 4584, par. 36 : « Le Tribunal en vient donc à la conclusion qu'une « demande en justice » [au sens de l'art. 2892 *C.c.Q.*, prévoyant l'effet interruptif du dépôt d'une demande en justice signifiée dans les 60 jours] est tout acte de procédure visant à soumettre à l'appréciation du tribunal certains droits et faits allégués afin qu'il en décide. En l'espèce, il semble que c'est clairement le but visé par la Poursuite californienne », bien que le juge laisse entendre, au par. 43, que c'est la reconnaissance subséquente du jugement étranger qui autorise cette conclusion.

« La détermination des intérêts que peut porter une décision étrangère est régie par la loi de l'autorité qui l'a rendue, jusqu'à sa conversion ». Selon le ministre, cette règle signifie que « la loi de l'autorité d'origine qui a transformé l'obligation, cause du litige, en obligation judiciaire, doit déterminer si la décision étrangère porte des intérêts, quel en est le taux et à partir de quel moment ils commencent à courir »<sup>784</sup>. Mais il donne ensuite le fondement de la compétence de la *lex fori* à l'égard de l'intérêt :

« Cette loi [de l'autorité d'origine] n'est cependant applicable que jusqu'au moment où la condamnation est convertie en monnaie canadienne. Une monnaie ayant tendance à se déprécier sera souvent accompagnée d'un taux d'intérêt important. Une fois la décision reconnue, le taux d'intérêt applicable sera le taux légal ayant cours au Canada, puisque le jugement de reconnaissance est un jugement québécois »<sup>785</sup>.

La règle de l'art. 3161 *C.c.Q.* découle donc du lien étroit qui existe entre la monnaie et l'intérêt. Puisque la monnaie est une question d'exécution, il est normal de l'assujettir à la *lex fori*. Ainsi, toute somme d'argent réclamée dans une procédure québécoise doit être exprimée en monnaie canadienne<sup>786</sup>. À cet égard, est-ce que la loi applicable à l'intérêt que porte la sentence est la *lex arbitri* dont nous avons parlé plus haut? Même si la sentence de l'arbitre n'est pas exécutable sans *exequatur*, sa condamnation doit être prononcée dans une monnaie ou une autre, de sorte que la considération qui fonde l'art. 3161 *C.c.Q.* (monnaie = intérêt) suggère d'appliquer la loi de la monnaie exprimée dans la sentence à l'intérêt de sa condamnation. Mais nous voyons alors que la loi applicable à cette question ne découle pas d'une « transformation » de l'obligation mais du lien entre celle-ci et la monnaie. En ce sens, la monnaie apparaît comme l'une des formes dans lesquelles l'obligation se manifeste et la loi qui s'y applique ne témoigne que de cette forme et non de la nature, l'étendue ou l'existence de l'obligation.

Que l'obligation soit convertie en une monnaie ou une autre ne signifie pas que sa source juridique ait changé. Par exemple, une même créance peut devoir être payée en plusieurs monnaies en raison de l'éparpillement des biens du débiteur : doit-on pour autant conclure

---

<sup>784</sup> *Commentaires du ministre, supra* note 2, art. 3161.

<sup>785</sup> *Ibid.* [nos soulignements].

<sup>786</sup> V. en ce sens *Armtec ltée c. Exportation et développement Canada/Export Development Corporation*, 2007 QCCA 99, par. 40 et 41.

que l'obligation émane d'une loi différente chaque fois qu'un juge différent autorise une saisie? Si l'ordre du juge exécutant ne change pas la source de l'obligation, celui du juge qui tranche le litige ne le fait pas plus, car ce dernier est dans la même position que celle d'un arbitre ou des parties elles-mêmes qui pourraient régler leur litige, de sorte que ce n'est pas l'aspect juridictionnel qui est lié au commentaire du ministre concernant l'art. 3161. Ainsi, par « transformation », le ministre veut probablement parler du fait que l'obligation acquiert un caractère exécutoire (« judiciaire ») qui la rattache nécessairement à une monnaie nationale susceptible d'inflation ou de dépréciation, sans pour autant que la substance de l'obligation ainsi « transformée » soit maintenant régie par la loi de cette monnaie.

D'autres aspects de l'obligation continuent d'être régis par la loi appliquée par le décideur après sa condamnation. Ainsi, la doctrine estime que « la date à laquelle remontent les effets du jugement, quel qu'il soit »<sup>787</sup> et « la question de savoir si la décision est déclarative ou constitutive de droits »<sup>788</sup>, ou encore « l'opposabilité du droit constaté par le juge étranger [...] par ex. [...] l'opposabilité à la caution du jugement rendu contre le débiteur principal [...] »<sup>789</sup>, demeurent assujettis à la loi du fond. Ces aspects de l'obligation, comme la prescription, n'ont pas de lien particulier avec le décideur, contrairement à la validité formelle de sa décision ou à la monnaie qu'il doit calculer. Il est donc logique d'appliquer aux aspects de l'obligation qui n'ont pas de lien particulier avec le décideur la loi du fond même après que l'obligation soit devenue « constatée par acte juridictionnel » ou encore « non litigieuse ».

Foussard, soulignant que l'obligation constatée par décision est à l'intersection de trois disciplines (à savoir le droit des obligations, la procédure et les voies d'exécution), constate que « l'obligation, telle qu'elle existait avant le procès, survit à la décision. Tant que le créancier n'a pas obtenu satisfaction, le lien obligataire demeure. Ce qui explique le recours au droit substantiel régissant depuis l'origine l'obligation, postérieurement à la décision,

---

<sup>787</sup> Bartin, *Principes*, *supra* note 8, p. 459

<sup>788</sup> Batiffol, *DIP II*, *supra* note 11, p. 546, n° 710.

<sup>789</sup> *Id.*, p. 607, note de bas de page n° 736-1(2) [note omise].

pour un certain nombre de question »<sup>790</sup>. S'agissant de la prescription, il remarque que « [l]e droit substantiel a également vocation à régir la transmission de l'obligation. De même, lui incombe-t-il de dire comment l'obligation doit être payée ou comment elle peut s'éteindre »<sup>791</sup>. En revanche, il affirme que « la prescription, au moment de la mise en œuvre de l'exécution forcée, est traitée sans qu'on ait aucunement égard aux règles du droit substantiel » et que « [le droit international privé] soumet la décision étrangère à la prescription du for d'accueil, en tant que for de l'exécution forcée » en raison du fait qu'il (le droit international privé) « applique la prescription, non à l'obligation, mais au droit à l'exécution forcée »<sup>792</sup>.

L'auteur fait toutefois cette affirmation en référant à un arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 1991, lequel appliquait la *lex fori* non pas à la prescription d'un jugement étranger, mais à la prescription du jugement d'*exequatur* d'un jugement étranger<sup>793</sup>. Commentant cette décision, Ancel la trouve justifiée au motif que « la prescription invoquée s'attaquait à la portée de l'ordre donné, dans la décision d'*exequatur*, par un tribunal français à un agent d'exécution français de procéder à la réalisation de la condamnation »<sup>794</sup>. Selon l'auteur, la Cour déclare « applicable la *lex fori* – *ratione imperii* – plutôt que la *lex causae* – *rationae jurisdictionis* – à l'*actio judicati* en quoi se transforme le « droit du gagnant » [de] *Bartin* »<sup>795</sup>.

Mais cette analyse est critiquée au motif que la conception substantielle de la prescription réduit la légitimité de la *lex fori* à s'appliquer à celle-ci :

« The second issue pertains to the period of limitation applicable to the right asserted in the foreign judgment. Some Continental authors seem to maintain that, once the foreign judgment has been declared enforceable in the receiving State, the latter's law should govern issues of limitation of the right asserted. But, it is submitted, such solution would unconscionably enlarge the scope of application of

---

<sup>790</sup> Dominique Foussard, « À l'intersection de trois disciplines : l'obligation constatée par une décision », dans *La création du droit jurisprudentiel – Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 163.

<sup>791</sup> *Id.*, p. 167.

<sup>792</sup> *Id.*, p. 175.

<sup>793</sup> Civ 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991, *Bull. civ.* 1991.I.94.

<sup>794</sup> Bertrand Ancel, « Note sous Cour de cassation (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.). – 19 mars 1991 », (1992) 81 *R.C.D.I.P.* 108, p. 111.

<sup>795</sup> *Id.*, p. 110.



*lex fori*, since the function and purpose of the institution of enforceability is to expand the latter over and beyond the original space of impact but not to alter or otherwise touch upon asserted substantive rights. Particularly if one adheres to the substantive qualification of limitation, the entitlement of *lex fori* to become applicable thereon is accordingly diminished »<sup>796</sup>.

Des auteurs optent pour l'application de la loi du fond à la prescription du jugement étranger. Pour Huet :

« Il nous paraît préférable d'appliquer à ces institutions la loi du fond, car s'il s'agit d'effets des jugements, il ne peut s'agir que d'effets substantiels concernant le fond du droit lui-même [...]. [...].

[À] notre sens, le délai pendant lequel un jugement peut être exécuté obéit à la loi du fond, car à l'expiration de ce délai, c'est en réalité la prescription du droit substantiel déclaré ou constitué par le jugement qui empêche l'exécution de celui-ci [...] »<sup>797</sup>.

Pour Emanuelli, l'application de cette loi a l'avantage de ne faire dépendre le délai que d'une seule et même loi :

« [L]'application d'une seule et même loi – celle en vertu de laquelle le jugement étranger a été décidé – pour déterminer la période pendant laquelle une partie peut se prévaloir de ce jugement au Québec permet d'éviter le *forum shopping*. En conséquence, le délai dans lequel la partie qui dispose d'un jugement étranger peut le faire reconnaître au Québec dépend de la loi appliquée par le juge étranger pour résoudre le litige »<sup>798</sup>.

Il ne devrait pas en être autrement en matière d'arbitrage, malgré que la sentence puisse avoir fait application du droit international ou encore, plus compliqué, de l'amicable composition. La définition de ce que constitue l'amicable composition n'est pas simple, mais on estime généralement que cela revient à appliquer l'équité à la relation contractuelle des parties<sup>799</sup>. Si l'on donne cependant aux parties le loisir d'écarter ainsi l'application d'une loi ou une autre à leur relation, il n'y a pas de raison pour que cette liberté ne puisse

---

<sup>796</sup> Konstantinos D. Kerameus, *Enforcement in the International Context*, [1997] 264 *R.C.A.D.I.*, p. 398 [nos soulignements] ».

<sup>797</sup> André Huet, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux –Domaine de la "lex fori" : jugements et voies d'exécution », *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 57-30, 2001, par. 17 et 35 [nos soulignements].

<sup>798</sup> Emanuelli, *DIP*, *supra* note 10, p. 189 et 190 [nos soulignements].

<sup>799</sup> Fouchard, *Traité*, *supra* note 12, p. 853.

tout autant concerner l'extinction des obligations que l'amiable compositeur décèlera dans sa sentence. Il peut être complexe d'identifier, dans un cas donné, les motifs qui peuvent faire conclure à l'extinction de ces obligations postérieurement à la sentence, mais cette difficulté est la même en droit international. Aucune raison de principe ne s'oppose donc à ce que la prescription aussi soit régie par l'équité.

En définitive, l'application de la loi du fond témoigne d'une conception « des positions respectives de la loi et du juge dans l'ordre juridique »<sup>800</sup>. Soutenir que la loi régissant les fonctions du décideur ou du juge exécutant est la loi-source des droits des parties témoigne d'une conception judiciaire du droit où la procédure détermine la substance. Cette approche décrit simplement le phénomène juridique, mais elle conçoit le juge non pas comme étant chargé d'appliquer la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation litigieuse mais comme apportant aux parties un « remède » qu'il est le seul à connaître<sup>801</sup>.

Paradoxalement, la confusion entre l'exercice de la compétence juridictionnelle et les droits des parties provient d'une sacralisation de la fonction de juger :

« Une vision radicale sépare de façon étanche le jeu de la règle du phénomène du jugement : celui-ci se nourrit de la règle, mais rompt toute continuité avec elle; le juge ne s'inscrit pas dans le prolongement de la loi, car il est un acteur social irremplaçable, chargé d'une fonction qui n'est dévolue qu'à lui : trancher des litiges. Cette vision radicale n'est pas celle de la Cour [de cassation] qui le voit bien plutôt dans la continuité de la loi, comme s'il lui revenait d'en épanouir les vœux et les valeurs sans jamais rompre avec elle »<sup>802</sup>.

Il ne s'ensuit pas que l'impact concret de la sentence sur les parties soit inexistant : à plusieurs égards, leur rapport est appelé à se transformer d'une manière significative selon les conclusions de l'arbitre. Mais cette transformation ne fait pas pour autant disparaître le lien entre l'obligation de payer et le fond du droit. En outre, le but de l'arbitre n'est pas de modifier ce lien mais de le réaliser; qu'il le modifie parce que la forme dans laquelle l'obligation se manifeste a changé (titre et monnaie mais ensuite, au stade de l'*exequatur*,

---

<sup>800</sup> Rémy Libchaber, « Incertitudes sur l'effet substantiel des jugements », *D.* 2007.842, par. 6.

<sup>801</sup> Bléry, *Efficacité*, *supra* note 756, p. 95 à 97 : « Le juge a donc une fonction parfois "clinique" ou "réparatrice" ... qu'il exerce par un très large éventail de remèdes. Quel que soit ce remède, il résultera de l'ordre donné par le juge, qui est l'effet du jugement ».

<sup>802</sup> Libchaber, *Incertitudes*, *supra* note 800.

hypothèque ou saisie et vente en justice) ne signifie pas que la substance du rapport des parties s'est pour autant transformée.

En définitive, on peut estimer que la loi régissant le fond du litige soumis à l'arbitre présente le point de contact le plus déterminant à l'égard de l'existence de l'obligation de payer découlant de la sentence. Selon cette approche, le droit applicable à l'objet du différend présente les liens les plus étroits avec le rapport substantiel entre les parties, que l'extinction de ce lien se produise avant ou après le prononcé d'une sentence, et le délai de prescription devrait conséquemment y demeurer assujéti.



## Conclusion

Ce mémoire s'articule autour des conséquences qui découlent de la conception processuelle de l'action en justice, de la qualification substantielle de la prescription et de l'effet déclaratif de l'acte juridictionnel : la prescription vise le fond et non la procédure, laquelle aboutit à une décision qui change la forme de l'obligation, pas sa substance.

Au plan historique, la prescription fut longtemps analysée de manière séparée de l'obligation à prescrire, cependant que son objet était rattaché soit à la procédure soit à la substance des droits selon le sens que l'on donnait à la distinction successivement appelée « *negotium – litis* » par Guillaume de Cun, « *contractus – actio* » par Huber, « droit – action » par Boullenois et « *contract – remedy* » par le juge Heath. Le constat que nous dressons est que la prescription s'est graduellement rapprochée de l'obligation à prescrire jusqu'à être conçue comme étant un élément du rapport de droit visé en même temps que la doctrine processualiste moderne assignait au droit d'agir en justice une définition ayant pour conséquence de lier le couple « droit – action » à la substance des droits, comme le suggérait déjà Bartole. En un sens, l'application de la loi régissant le fond du litige à la prescription des droits constatés par la sentence marque la continuité avec ce courant, gardant la prescription rattachée à la substance du rapport entre les parties malgré que celle-ci ait fait l'objet d'un acte juridictionnel, lequel « transforme » le titre mais « dit » le droit.

De plus, l'application de la *lex causae* est de nature à répondre aux exigences posées par les principes fondamentaux du droit international privé que sont l'ordre et l'équité, lesquels commandent la stabilité et la prévisibilité dans les opérations internationales<sup>803</sup>. Stabilité car il prévient le *forum shopping*, source d'injustice en permettant au plaideur insatisfait d'affecter unilatéralement les droits de la partie adverse par la saisine d'un tribunal plutôt

---

<sup>803</sup> *GreCon*, *supra* note 327, par. 22 : « Notre Cour a d'ailleurs souligné à maintes reprises l'importance de ce type de clauses et la nécessité de leur faire bon accueil, car elles confèrent aux opérations commerciales internationales la stabilité et la prévisibilité que commandent les principes fondamentaux du droit international privé que sont l'ordre et l'équité : [...] [nos soulignements; notes omises] ».

qu'un autre<sup>804</sup>. Et prévisibilité car il pose dès la naissance du rapport de droit les règles qui le régiront jusqu'à son extinction.

Mais la solution que nous proposons n'est pas exempte de difficulté : la loi du fond, en arbitrage, n'est pas toujours identifiée et les usages y prennent souvent une place prépondérante. Le rattachement du fond du litige à un ordre juridique précis n'est ainsi pas forcément le reflet du rapport que les parties ont recherché. Si cette flexibilité est bien connue en arbitrage, elle l'est un peu moins devant le tribunal de l'exécution. Afin d'éviter que le recours aux principes généraux ou à l'équité soit perçu comme une absence de réglementation qui autorise l'application de la *lex fori*, les parties et les arbitres auront tout intérêt à s'exprimer clairement dans la convention d'arbitrage et la sentence. La délicate cohabitation de l'arbitrage et des tribunaux étatiques n'est pas l'apanage du problème de la prescription, mais la prévisibilité en la matière devrait être à la mesure de son effet radical.

Au terme de cette étude, il nous faut reconnaître que la complexité du problème soulevé ne se réduit pas facilement, compte tenu des nombreuses institutions qui y sont liées. Nous n'avons pas la prétention d'avoir fait le tour de la question mais seulement celle de s'y être attaqué sans complaisance, et nous ne pouvons que souhaiter que la réflexion engagée participe à réduire les incertitudes qui subsistent. Les lois sont peut-être, comme le disaient Boullenois et Story, vouées à la « contrariété perpétuelle », mais l'analyse conflictuelle des rapports entre étrangers porte au moins la possibilité d'en tempérer l'injustice.

---

<sup>804</sup> Le véritable problème du *forum shopping* n'est pas que plusieurs juridictions se fassent concurrence pour être la meilleure « place to shop » (selon le mot de Lord Denning dans *The "Atlantic Star"*, [1972] 3 All. E.R. 705 (R.-U., C.A.), p. 709, infirmé), mais que les droits d'une partie soient modifiés unilatéralement par la saisine d'un tribunal qualifiant l'objet du litige de règle de procédure et appliquant conséquemment la *lex fori* sans égard aux liens les plus étroits. Il est donc dommage que des auteurs critiquent l'idée de décourager le *forum shopping* sans également critiquer l'application systématique de la *lex fori* à des règles ayant un effet manifeste sur le résultat du litige, comme la prescription, la quantification des dommages-intérêts ou la compensation (v. Neil Guthrie, « A Good Place to Shop : Choice of Forum and the Conflict of Laws », (1995-1996) 27 *Ottawa L.Rev.* 201, qui affirme, p. 231, que « if a court applies the principles enunciated in that line of cases [the very careful and sophisticated weighing (*sic*) of factors by the House of Lords in *Atlantic Star*, *Rockware*, *Spliliada* and *SNI*], there should be no problem about the forum-shopping dangers that are typically cited » mais qui limite son analyse à l'exercice de la compétence des tribunaux sans relever que le rejet systématique de la loi étrangère est le nœud de l'injustice du *forum-shopping*).

## **Bibliographie**

### **Lois, traités et travaux préparatoires**

*Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12

*Code civil de France*

*Code civil du Bas-Canada*

*Code civil du Québec*

*Code de procédure civile de France*

*Code de procédure civile du Québec*

Comité du droit international privé, *Rapport sur le droit international privé*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1975

Commissaires chargé de la rédaction du Code civil du Bas Canada, *Premier, Second et Troisième Rapports*, Québec, Georges E. Desbarats, 1865

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 novembre 1958, 330 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1986 n° 43, (entrée en vigueur : 7 juin 1959)

*Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandise*, New York, 14 juin 1974, R.T.N.U. vol. 1511, p. 3 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1988); modifiée par le *Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandise*, Vienne, 11 avril 1980

*Édit d'octobre 1279 portant que les avocats prêteront le serment de ne plaider que les causes qu'ils estimeront justes, et de ne rien prendre pour leur honoraire au dessus de 30. Livres tournois*, Guillaume Blanchard, *Table chronologique contenant un recueil en abrégé des ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes des Rois de France qui concernent la Justice, la Police et les Finances*, Paris, Charles de Sercy, 1687

Fenet, P.-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836

*Foreign Limitation Periods Act*, 1984, c. 16 (R.-U.)

Law Commission, *Classification of Limitation in Private International Law – Report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965 (Law Com. No. 114)*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1982

Law Commission, *Working Paper No 75 – Classification of Limitation in Private International Law*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1980

*Limitation Act*, R.S.A. 2000, c. L-12 (A.)

*Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, annexe B (Ont.)

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

*Ordonnance du Roi Louis XIII*, Paris, Estienne, Metayer et Prevost, 1629

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 107, [1976] R.T. Can. n° 47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976)

Québec, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec : un mouvement de société*, Québec, Gouvernement du Québec, 1993

*Tarif des frais judiciaires en matière civile et des droits de greffe*, R.L.R.Q. c. T-16, r. 9

*Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13; R.L.R.Q. c. B-1, r. 22

*Travaux préparatoires de la Convention de New-York*, Doc. N.U. (CNUDCI), E/CONF.26 (1958)



## **Jurisprudence**

*2617-6800 Québec inc. c. Circuit Québec Ste-Croix (1985) inc.*, 2006 QCCS 952

*3095-7252 Québec inc. c. Mickeck Jacyno*, [2010] R.J.Q. 1118 (C.A.)

*4089316 Canada inc. c. Tousignant*, B.E. 2003BE-764 (C.S.)

*9091-7337 Québec inc. c. Katz*, 2008 QCCA 998

*Alary c. Lamoureux*, J.E. 92-107 (C.A.)

*Almour c. Harris*, (1884) M.L.R. 2 Q.B. 439

*Armtec ltée c. Exportation et développement Canada/Export Development Corporation*, 2007 QCCA 99

*Association des propriétaires de Boisés de la Beauce c. Monde forestier*, 2009 QCCA 48

*Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.*, 1991 CanLII 3485 (C.A.)

*Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, 2002 CanLII 41095 (C.A.)

*Banque nationale de Paris (Canada) c. Marbres Waterloo ltée*, 1996 CanLII 6092 (C.A.)

*Banque nationale du Canada c. Société Rodaber ltée*, J.E. 98-1765 (C.A.)

*Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339

*Barka Co. Ltd. c. Librati*, 2010 QCCA 495

*Barreau du Québec c. Greenbaum*, [2002] R.J.Q. 2327 (C.A.).

*Barrette & Guay Ltée c. Carrière*, [1957] B.R. 288

*Bekri c. Cordeiro*, 2002BE-176 (C.S.)

*Belleterre (Ville de) c. Algonquin Énergie (Belleterre) inc.*, B.E. 2002BE-369 (C.A.)

*Betanzos c. Premium Sound 'N' Picture inc.*, 2007 QCCA 1629

*Bourque c. La Compagnie de Fiducie Groupe Investors Ltée*, J.E. 2001-364 (C.A.)

*Breakey c. Carter*, (1890) 13 Legal News 73

*Brodeur Sulki Manufacturing c. Jacko Sales inc.*, J.E. 78-944 (C.A.)

*Brosseau c. Valentine*, B.E. 99BE-88 (C.Q.)

*Bruno c. Banque de Montréal*, 2003 CanLII 72281 (C.A.)

*Butcher c. Bennett*, J.E. 99-2313 (C.A.)

*Campbell c. Stein* (1818), 3 E.R. 1417 (R.-U.)

*Carnival Leisure Industries Ltd. c. Legault*, 1997 CanLII 10256 (C.A.)

Cass. civ 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991, *Bull. civ.* 1991.I.94

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 avril 1971, *J.C.P.* 1971.II.16825

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 2007, *Rev. arb.* 2007.507; *J.D.I.* 2007.1236

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 juillet 2009, *Bull.* 2009.II.194

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 25 avril 2007, *Bull.* 2007.III. 56 (n° 61)

Cass., 13 janvier 1869, *S.* 1869.I.49

*Castillo c. Castillo*, [2005] 3 R.C.S. 870

*Centre d'aide aux entreprises région Haut-Yamaska inc. c. Lachance*, B.E. 2004BE-396 (C.Q.)

*Centre universitaire de santé de l'Estrie c. Informatique Rodan inc.*, [2000] R.J.Q. 1702 (C.A.)

*Champagne c. Robitaille*, 2010 QCCA 200

*Chaplin c. Boys*, [1971] A.C. 356

*Charest c. Pinsonneault* (1941), 71 B.R. 521

*Cheung c. Borsellino*, 2005 QCCA 865

*Christensen c. Archevêque catholique romain de Québec*, [2010] 2 R.C.S. 694

*Circuit Québec Ste-Croix (1985) inc. c. 2617-6800 Québec inc.*, 2007 QCCA 808

*Cité de Pont-Viau c. Gauthier Manufacturing ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516

*Citifinancière, corporation de prêts hypothécaires c. Payette*, B.E. 2004BE-898 (C.Q.)

*Collège des médecins c. Arseneault*, 2009 QCCA 465

*Commission de la Construction du Québec c. Access Rigging Services Inc.*, 2010 ONSC 5897

*Commission hydro-électrique du Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, 1991 CanLII 3251 (C.A.)

*Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, [2003] R.J.Q. 1040 (C.A.)

*Congrégation Amour pour Israël c. Diaco*, 2010 QCCA 2283

*Dagenais c. Cassidy*, 2011 QCCS 2009

*De la Vega c. Vianna* (1830), 109 E.R. 792 (R.-U.)

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

*Denis-Cossette c. Germain*, [1982] 1 R.C.S. 751

*Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178

*Développements Cartier Avenue inc. c. Dalla Riva*, 2012 QCCA 431

*Diesel Cummins succursale de Cummins Americas inc. c. Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada, section locale 1044*, [1991] J.Q. no 1932 (C.S.)

*Dodier c. Dodier* (1933), 56 B.R. 221

*Don c. Lippmann*, (1837) 7 E.R. 303 (R.-U.)

*Don c. Lippmann*, (1838) 10 Scottish Jurist 11 (R.-U.)

*Dorval c. La Prévoyance* (1937), 75 C.S. 40

*Doucet c. Bourque*, 2011 QCCS 2570

*Doucet c. Bourque*, 2012 QCCA 1850

*Dupleix c. De Roven*, [1705] 23 E.R. 950 (R.-U.)

*Entreprises Comstock inc. c. Aluminerie de Bécancour inc.*, J.E. 92-1350 (C.S.)

*Équipement P. Lacroix Inc. c. Laurier Lavoie Inc.*, [2002] R.D.I. 651 (C.A.)

*Équipements industriels Robert ltée c. 9061-2110 Québec inc.*, J.E. 2004-605 (C.A.)

*Erie R.R. Co. c. Tompkins*, (1938) 304 U.S. 64 (E.-U.)

*Fecteau c. Gareau*, 2003 CanLII 47906 (C.A.)

*Fernet c. Gareau*, [1998] R.R.A. 192 (C.S.)

*Flanagan c. Périard*, 2007 QCCS 4584, conf. 2008 QCCA 614

*Fraser's Trustees c. Fraser*, (1831) 3 Scottish Jurist, 117 (R.-U.)

*Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3

*Gauthier c. Charlebois (Succession de)*, 2013 QCCA 1809

*Genest c. Labelle*, 2009 QCCA 2438

*Gestion Covex Inc. c. Cie d'assurance ING du Canada*, 2004 CanLII 35505 (C.S.)

*Gillet c. Arthur*, 2004 CanLII 47873 (C.A.)

*Ginsbow inc. c. Pipe and Piling Supplies Ltd.*, J.E. 2000-762 (C.S.)

*Ginsbow inc. c. Pipe and Piling Supplies Ltd.*, J.E. 2002-1871 (C.A.)

*Glyn c. Johnston*, (1835) 13 Cases Decided in the Court of Sessions 126 (R.-U.)

*GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401

*Grenier c. Caron*, [1997] R.J.Q. 382 (C.A.)

*H.S.F. c. L.F.*, J.E. 82-412 (C.S.)

*Hamel c. Canada*, [1999] 3 C.F. 335 (C.A.F.)

*Huber c. Steiner*, (1835) 132 E.R. 80 (R.-U.)

*In Re Hil-A-Don Ltd : Bank of Montreal c. Kwiat*, [1975] C.A. 157

*Industrielle-Alliance (L'), compagnie d'assurances générales c. Crédit Ford du Canada ltée*, [1997] R.R.A. 280 (C.A.)

*Intermodal Crane Services inc. c. Démolitions Méga inc.*, [2000] R.J.Q. 1588 (C.S.)

*Inversiones Bellrim, s.a. c. Guzzler Manufacturing inc.*, 2010 QCCA 323

*Investissements Pliska inc. c. Guy & Gilbert, s.e.n.c. en liquidation*, 2005 QCCA 613

*Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême accueillie le 7 mars 2013, n° 35034)

*King c. Demers*, (1870) 15 L.C.J. 129

*Kuwait Airways Corp. c. Irak*, [2010] 2 R.C.S. 571

*La Laurentienne Ltée c. L'Empire compagnie d'assurance vie*, J.E. 2000-1238 (C.A.)

*Lafontaine c. Vézina*, [1946] C.S. 282

*Laincy c. Bouchard*, 2006 QCCA 1647

*Lapierre c. Drouin*, (1911) 41 C.S. 133

*Laporte c. Ghanotakis*, 2007 QCCA 384

*Latendresse (Succession de) c. Latendresse*, 2010 QCCS 611

*Lessard c. Vachon*, 2013 QCCA 207

*London c. Kyriacou*, 2013 QCCA 73

*Marfoglia c. 152701 Canada inc.*, [1991] J.Q. no 487 (C.A.)

*Marier c. Tétrault*, 2008 QCCA 2108

*Marina de la Chaudière inc. c. Thibeault*, 2011 QCCA 1524

*Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314

*Matol Botanical International Ltd c. Jurak*, 2012 QCCA 898

*McKinnon c. Polisuk*, 2009 QCCS 5778

*McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62

*Melan c. The Duke de Fitzjames* (1797), 126 E.R. 822 (R.-U.)

*Minkoff c. Society of Lloyd's*, J.E. 2004-1459 (C.A.)

*Montacier inc. c. Danny's Construction Co.*, J.E. 99-1083 (C.S.)

*Montréal (Communauté urbaine) c. Crédit Commercial de France*, [2001] R.J.Q. 1187 (C.A.)

*National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144

*Noël c. Société d'énergie de la Baie-James*, [2001] 2 R.C.S. 207

*Northumberland General Insurance Company c. Genziuk*, [1981] C.A. 357

*Notiplex Sécurité incendie inc. c. Honeywell International Inc.*, 2010 QCCA 1028

*Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) c. Beaudoin*, 2011 QCCA 2247

*Oznaga c. Société d'exploitation des loteries*, [1981] 2 R.C.S. 113

*Pagé c. Kamar*, 2009 QCCA 1728

*Pierre-Louis c. Québec (Ville de)*, 2008 QCCA 1687

*Placements Langelier Inc. c. Quenneville*, [1980] C.A. 622

*Prévost c. Pavillon des mille fleurs inc. (9187-5047 Québec inc.)*, 2009 QCCS 3986

*Promutuel Dorchester c. Ferland*, REJB 2001-27170 (C.A.)

*Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux) c. Association des chirurgiens dentistes du Québec*, J.E. 2002-703 (C.A.)

*Québec (Procureur général) c. Dupont*, J.E. 97-1411 (C.A.)

*Québec (Procureur général) c. Girardot*, 2007 QCCA 235

*Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd*, 2011 QCCA 1518

Rennes, 28 janv. 1902, *Gaz. Pal.* 1902.367

*Robinson c. Bland*, (1760) 97 E.R. 717 (R.-U., B.R.)

*Roy c. Boucher*, J.E. 2002-1872 (C.A.)

*Royal Trust Company c. Webster-Tweel*, 2008 QCCA 1643

*Ruvo c. Di Giacinto*, 2011 QCCQ 14952

*Sàfilo Canada Inc. c. Chic Optic*, 2004 CanLII 46683 (C.A.)

*Schiller c. Banque Toronto-Dominion*, 2005 QCCA 1239

*Sentence partielle dans l'affaire 7110*, [1999] *Bul. CCI* 39

Sentence partielle de 1996 rendue dans l'affaire 7375 de la CCI

*Smart Systems Technologies Inc. c. Domotique Secant inc.*, 2008 QCCA 444

*Société canadienne des postes c. Rippeur*, 2013 QCCA 1893

*Société d'habitation c. Leduc*, 2008 QCCA 2065

*Srougi c. Lufthansa*, 2002 CanLII 41298 (C.A.)

*St-Pierre c. Lotfi*, 2012 QCCA 1436

*Succession de L'Espérance c. L'Espérance*, J.E. 2005-1036 (C.Q.)

*Sudaco, S.p.A. c. Connexions commerciales internationales CT inc.*, 2012 QCCA 2254

*Supreme Precision Castings (1963) Ltd c. Parker Industries Ltd*, J.E. 85-967 (C.A.)

*Sutliff c. Simcoe & Erie General Insurance Company*, 1997 CanLII 10407 (C.A.)

*Syl-ester Wood Products Corporation Limited c. Doyon*, [1972] C.A. 677

*Syndicat des copropriétaires du Château Renaissance c. Industries d'Orcini Ltd*, 2009 QCCA 159

*Telio c. Douek (Telio) (Succession de)*, 2007 QCCA 751

*The "Atlantic Star"*, [1972] 3 All. E.R. 705 (R.-U., C.A.)

*The British Linen Company c. Drummond* (1830), 109 E.R. 683 (R.-U.)

*The Scottish Metropolitan Assurance Co. Limited c. Graves*, [1955] C.S. 88

*Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022

Toulouse, 4 févr. 1886, *J.D.I. (Clunet)* 1886.13.332

*Transport de Cargaison (Cargo Carriers) Kasz-Co) ltd c. Industrial Bulk Carriers inc.* [1990] R.D.J. 136 (C.A.)

*Transport Michel Vaillancourt inc. c. Cormier*, 2006 QCCS 803

*Truchon c. Constantin*, [1982] C.P. 95

*Ungava Mineral Exploration Inc. c. Mullan*, 2008 QCCA 1354

*Verreault c. Harvey*, [1970] C.A. 753

*Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.)

*Ville de Montréal c. Vaillancourt*, [1977] 2 R.C.S. 849

*Vu c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2010 QCCA 1354

*Wightman c. Christensen*, EYB 1994-28703 (C.A.)

*William Millénaire inc. c. Conceria Cadore, s.r.l.*, 2008 QCCA 703

*Williams c. Jones* (1811), 104 E.R. 441 (R.-U.)

*Wilson c. Demers*, (1870) 14 L.C.J. 317 (B.R.).

*Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, [2010] 1 R.C.S. 649

*Zodiak International c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529

*Zusman c. Tremblay*, [1951] R.C.S. 659



## Doctrine

Accarias, Calixte, *Précis de droit romain, tome second*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, A. Cotillon et cie., 1881

Agostini, Eric, « Interverision des prescriptions et réforme de la prescription », *D.* 2010.2465

Ailes, Edgar H., « Limitation of Actions and the Conflict of Laws », (1932-1933) 31 *Mich. L. Rev.* 474

Ailes, Edgar H., « Substance and Procedure in the Conflict of Laws », (1940-1941) 39 *Mich. L.R.* 392

American Law Institute, *Restatement of the Law – Conflict of Laws*, St-Paul, American Law Institute Publishers, 1934

American Law Institute, *Restatement of the Law (Second) – Conflict of Laws 2d*, St-Paul, American Law Institute Publishers, 1971

Ancel, Bertrand et Muir Watt, Horatia, « Du conflit des lois différentes dans les États différents », *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, Paris, L.G.D.J., 2008

Ancel, Bertrand, « L'objet de la qualification », *Un siècle d'étude du droit international – Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Paris, Litec, 2006

Ancel, Bertrand, « Le commentaire de Bartole *Ad legem cunctos populos* sur la glose *Quod si Bononiensis* mis en français », *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009

Ancel, Bertrand, « Les Conclusions sur les Statuts et Coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français », [2011] *R.C.D.I.P.* 21

Ancel, Bertrand, « Note sous Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. Civ.). – 19 mars 1991 », [1992] 81 *R.C.D.I.P.* 108

Ancel, Bertrand, « Qualification », *Rép. internat. Dalloz*, 1998

Ancel, Bertrand, *Histoire du droit international privé*, Université Paris II – Assas, 2008

Appleton, Charles, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, G. Masson, 1895

Arminjon, Pierre, *Précis de droit international privé*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1934

Aschauer, Christian, « La prescription des sentences arbitrales », [2005] 23:4 *Bull. A.S.A.* 593

Aubry et Rau par Étienne Bartin, *Cours de droit civil français*, 5<sup>ème</sup> éd., t. 12, Paris, Marchal et Billard, 1922

Audit, Bernard, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois), [1984] 186 *R.C.A.D.I.*

Audit, Bernard, *Droit international privé*, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, Economica, 2010

Bachand, Frédéric, « La non-intégration de l'arbitrage international à l'ordre juridique du siège : réalité et conséquences », dans B. Moore et G. Bras Miranda (dir.), *Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Thémis, 2010

Bandrac, Monique, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, Economica, 1986

Barde, Louis, *Théorie traditionnelle des Statuts*, Bordeaux, J. Pechade Fils aîné, 1880

Bartın, Étienne, *Études de droit international privé*, Paris, A. Chevalier-Marescq 1899

Bartın, Étienne, *Principes de droit international privé*, Paris, Domat Montchrestien, 1930

Batiffol, Henri et Lagarde, Paul, *Droit international privé*, t. 1 (8<sup>e</sup> éd., 1993) et t. 2 (7<sup>e</sup> éd., 1983), Paris, L.G.D.J.

Batiffol, Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 2002 (rééd. 1956)

Baudouin, Jean-Louis et Deslauriers, Patrice, *La responsabilité civile*, 7<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007

Baudouin, Jean-Louis et Renaud, Yves, *Code civil du Québec annoté*, 15<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2012

Baudouin, Jean-Louis, Jobin, Pierre-Gabriel et Vézina, Nathalie, *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005 (7<sup>ème</sup> éd. parue en 2013)

Baudry-Lacantinerie, Gabriel et Barde, Louis, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, tome troisième, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1908

Baudry-Lacantinerie, Gabriel et Tissier, Albert, *Traité théorique et pratique de droit civil – De la prescription*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1905

Baudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de droit civil*, tomes deuxième (1883) et troisième (1884), Paris, L. Larose et Forcel

Beale, J. H., *Bartolus on the Conflict of Laws*, Cambridge, Harvard University Press, 1914

Bélanger, André, *Essai d'une théorie de la compensation en droit civil québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 2004

Bérenger, *Les Nouvelles de l'Empereur Justinien*, Metz, Lamort, 1807

Berroyer, Claude et de Laurière, Eusèbe, *Traité de M<sup>r</sup> Duplessis ancien avocat au Parlement de Paris sur la coutume de Paris*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Nicolas Gosselin, 1709

Beugnot, *Les Olims*, Paris, Imprimerie royale, 1839

Bibent, Jules, *Droit romain : Théorie de la compensation – Droit français : crédit foncier*, Toulouse, Gibrac, 1855

Birks, Peter, « Rights, Wrongs and Remedies », [2000] *Ox. J. Leg. Stu.* 1

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, tome 3, 7<sup>ème</sup> éd., Oxford, Clarendon, 1775

Bléry, Corinne, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèques de droit privé, tome 328, 2000

Bouhier, Jean, *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, tome I, Dijon, Auge, 1742

Boulbès, Raymond « Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance d'exequatur », *J.C.P.* 1961.I.1660

Boullenois, Louis, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes, ou statuts*, Paris, Guillaume Desprez, 1766

Bout, Roger, « Obligation naturelle », *Rép. civ. Dalloz*, 2008

Brégi, Jean-François, *Droit romain – Les biens et la propriété*, Paris, Ellipses, 2009

Brilmayer, Lea, « International Remedies », (1989) 14 *Yale J. Int'l L.* 579

Brodeau, Julien, *Recueil d'aucuns notables arrests donnez en la Cour du Parlement de Paris*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L'Angelier, 1614

Brunner, H., *The sources of the law of England*, Edinburgh, T. & T. Clark, 1888

Bruschi, Marc, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Paris, Economica, 1995

Bugnet, *Œuvres de Pothier*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Marchal et Billard, 1890

Bureau, Dominique et Muir Watt, Horatia, *Droit international privé*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Thémis, 2010

Byette, Benoît, « La reconnaissance et l'exécution au Québec des jugements étrangers », *Exécution des jugements*, Cowansville, Yvon Blais, 2006

Cadiet, Loïc, « Carbonnier processualiste », *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard – Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, 2010

Cadiet, Loïc, « La sanction et le procès civil », *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, Paris, L.G.D.J., 2008

Cadiet, Loïc, Normand, Jacques et Amrani Mekki, Soraya, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010

Canivet, Guy, « Du principe d'efficace en droit judiciaire privé », *Mélanges offerts à Pierre Drai – Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000

Cantin Cumyn, Madeleine, « Les actes juridiques accomplis dans l'exercice de pouvoirs », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Yvon Blais, 2012

Cantin-Cumyn, Madeleine, « Essai sur la durée des droits patrimoniaux », [1988] 48:1 *R. du B.* 3

Carbonneau, Thomas E., *The law and practice of arbitration*, Huntington, JurisNet, 2009

Carbonnier, Jean, « Notes sur la prescription extinctive », [1952] 50 *R.T.D.C.* 171

Carbonnier, Jean, *Droit civil, 4 / Les Obligations*, Paris, P.U.F., 1979

Castel, Jean Gabriel, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980

Caurroy, Alphonse Marie du, *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Gustave Thorel, 1851

Cayrol, Nicolas, « Action en justice », *Rép. pr. civ.* Dalloz, 2007

Chambre de commerce internationale, « Guide des règles nationales de procédure pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conformément à la Convention de New York : un rapport de la Commission de l'arbitrage de la CCI », [2009] *Bull. CCI – Supp. spéc.* 2008

Chapman, John J. et Zemel, Maanit, « More (Unanswered) Questions on the New Limitations Act, 2002 », (2008-2009) 35 *Adv. Q* 499

Charpentier, Élise, « Une exception à la règle de l'inefficacité de l'hypothèque judiciaire dans le contexte de la faillite du débiteur », (2012) *Rev.can.D.com.* 271

- Cheshire, G. C., *Private International Law*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1952
- Collectif, *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, tome I, Paris, Panckoucke, 1782
- Collectif, *Halsbury's Laws of England*, 5<sup>e</sup> éd., 2008
- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Rapport sur l'enquête relative à l'application dans la législation de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)*, 41<sup>e</sup> sess., Doc. N.U. A/CN.9/656/Add.1 (2008)
- Coquille, Guy, *Les Œuvres de maistre Guy Coquille*, Bordeaux, Labottière, 1703
- Cornil, Georges, « Debitum et Obligatio – Recherches sur la formation de la Notion de l'Obligation romaine », dans *Mélanges P. F. Girard – Études de droit romain dédiées à Me P. F. Girard*, Paris, Arthur Rousseau, 1912
- Cornu, Gérard et Foyer, Jean, *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 1958
- Cumyn, Michelle, « Responsibility for Another's debt : Suretyship, Solidarity, and Imperfect Delegation », (2010) 55 *R.D. McGill* 211
- Cuniberti, Gilles, « The Law Governing the Modality of Arbitral Awards », [2009] 25:3 *Arb. Int.* 347
- D'Olive, Simon, *Les Œuvres de M<sup>e</sup> Simon d'Olive*, Lyon, Simon Rigaud, 1650
- Davies, Llewelyn, « The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law », (1937) 18 *B.Y.B.I.L.* 49
- Dayant, Roger, « Les problèmes actuels de conflit de lois en matière de prescription », *Travaux du comité français de droit international privé (1969-1971)*, Paris, Pedone, 1971
- Dayant, Roger, « Prescription civile » dans Phocion Franceskakis, dir., *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969
- De la Ville, Claude, *Ordre alphabétique ou Dictionnaire contenant les principales maximes et décisions du Palais confirmées par les Arrêts du Parlement de Paris et des autres Parlemens de France*, Paris, C. Osmont, 1692
- Dedek, Helge, « From Norms to Facts : The Realization of Rights in Common and Civil Private Law », (2010-2011) 56 *R.D. McGill* 77
- Delaney-Beausoleil, Kathleen, « Des arbitrages », *Précis de procédure civile du Québec*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2003

- Delvincourt, Claude Étienne, *Cours de Code civil*, Bruxelles, P.J. de Mat, 1825
- Demolombe, Jean-Charles Florent, *Cours de Code civil*, Paris, Crapelet, 1852
- Desjardins, Albert, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*, Paris, Auguste Durand, 1864
- Deslauriers, Patrice, « Recent Civil Law Developments in Extinctive Prescription », *Droit contemporain : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Athènes, 1994, Montréal, Institut de droit comparé de l'université McGill, 1995
- Domenget, L., *Institutes de Gaius*, Paris, A. Marescq, 1866
- Doutre, Gonzalve, *Les lois de la procédure civile*, Montréal, E. Sénécal, 1869
- Dumais, Daniel, « La prescription », *Responsabilité, Collection de droit 2011-2012*, vol. 4, Montréal, École du Barreau du Québec, 2011
- Dunod de Charnage, François-Ignace, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'église, et des dixmes, suivant les droits civils et canon, la Jurisprudence du Royaume, & les Usages du Comté de Bourgogne*, Dijon, Antoine de Fay 1730
- Dupuis, Monique, « Les caractéristiques et effets du jugement », *Exécution des jugements (2006), Service de la formation continue du Barreau du Québec*, 2006, EYB2006DEV1153
- Emanuelli, Claude, *Droit international privé québécois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011
- Estienne, Robert, *Dictionarium Latinogallicum*, Paris, Roberti Stephani, 1538
- Faribault, Léon, *Traité de droit civil du Québec*, tome 8-bis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte, « La prescription en droit international privé », *Travaux du comité français de le droit international privé (2002-2004)*, Paris, Pedone, 2005
- Fawcett, James, Carruthers, Janeen et North, Peter, *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law*, 14<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2008
- Ferland, Philippe, *Traité sommaire et formulaire de procédure civile*, Wilson et Lafleur, 1962
- Flandin, Charles, « De la prescription libératoire en droit international privé », (1881) 8 *J.D.I. (Clunet)* 230

- Flour, Jacques, Aubert, Jean-Luc et Savaux, Éric, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligations*, 6<sup>ème</sup> éd. Par Éric Savaux, Paris, Sirey, 2009
- Foelix, Jean Jacques Gaspard, *Traité du droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. Par Charles Demangeat, Paris, Maresq Aîné, 1866
- Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel et Goldman, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996
- Foussard, Dominique, « À l'intersection de trois disciplines : l'obligation constatée par une décision », dans *La création du droit jurisprudentiel – Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007
- Foussard, Dominique, « Entre exequatur et exécution forcée (de quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers) », *Travaux du comité français de droit international privé (1996-1997)*, Paris, Pedone, 1999
- Franceskakis, Phocion, « Droit naturel et Droit international privé », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tome I, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 113
- Fréchette, Jean-Guy, « La prescription en droit international privé », (1972) 3 *R.D.U.S.* 121
- Frenette, François, « De la prescription », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, dir., *La réforme du Code civil*, Québec, P.U.L., 1993
- Gaillard, Emmanuel, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », [2007] 329 *R.C.A.D.I.*
- Gaudemet, Jean, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, 2000
- Genets, Jules, *De la Compensation, en droit romain; du Contrat de compte courant, en droit français*, Paris, Victor Groupy, 1874
- Gervais, Céline, *La prescription*, Cowansville, Yvon Blais, 2009
- Girard, Paul Frédéric, *Manuel Élémentaire de droit romain*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Arthur Rousseau, 1911
- Girouard, Désiré, « Conflict of Prescriptions », (1871) 1:2 *Rev. crit. de lég. et de jurispr.* 125
- Goldstein, Gérald et Groffier, Ethel, *Droit international privé*, Cowansville, Yvon Blais, 1998 (tome I) et 2003 (tome II)
- Goldstein, Gérald et Talpis, Jeffrey, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1991

Goldstein, Gérald, « La qualification en droit international privé selon la perspective de l'article 3078 C.c.Q. », dans Sylvette Guillemard, dir., *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner*, Cowansville, Yvon Blais, 2011

Goldstein, Gérald, *Droit international privé (Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ))*, t.1, Cowansville, Thompson Reuters, 2011

Goode, Roy, « The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Arbitration », [2001] 17 *Arb. Int.* 19

Gothot, Pierre et Lagarde, Paul, « Conflits de lois (Principes généraux) », *Rép. internat. Dalloz*, 2006

Grotius, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par Paul Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin, 1867

Guinchard, Serge, Chainais, Cécile et Ferrand, Frédérique, *Procédure civile*, 30<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010

Guinchard, Serge, dir., *Droit processuel*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2011

Guthrie, Neil, « A Good Place to Shop : Choice of Forum and the Conflict of Laws », (1995-1996) 27 *Ottawa L.Rev.* 201

Guthrie, William, *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes : A Treatise on the Conflict of Laws and the limits of their operation in respect of place and time by Friedrich Carl Von Savigny, translated, with notes*, 2<sup>o</sup> éd., Edinburgh, T. & T. Clark, 1880

Gutzwiller, Max, « Le développement historique du droit international privé, [1929] 29 *R.C.A.D.I.*

Hage-Chahine, Fayez, « La prescription extinctive en droit international privé », [1995] 255:IV *R.C.A.D.I.* 229

Hammje, Petra, « Domicile », *Rép. internat. Dalloz*, 2003

Hascher, Dominique, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *Travaux du comité français de le droit international privé (2000-2002)*, Paris, Pedone, 2004

Hazeltine, H. D., « Vacarius as Glossator and Teacher » (1928), 44 *L. Q. Rev.* 344

Hodgkin, Thomas, *Letters of Cassiodorus*, Londres, Henry Frowde, 1886

Holmes, Oliver Wendell, « The Path of the Law », (1897) 10:8 *Harv. L. Rev.* 457



- Huber, Ulrich, *Praelectionum Juris Romani et Hodierni*, Gleditschius, 1707
- Huet, André, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux –Domaine de la "lex fori" : jugements et voies d'exécution », *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 57-30, 2001
- Huet, André, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) – Compétence de la 'lex fori' – Domaine de la 'lex fori' : action en justice », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 582-10, 2001
- Hulot, Henri et Berthelot, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Paris, Rondonneau, 1803 et 1804
- Huvelin, Paul, *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, Sirey, 1929
- Institut de droit international, « Résolution adoptée à la session de La Haye », (1925) *A.I.D.I.*
- Institut de droit international, « Vœu en vue d'éviter les conflits en matière de procédure – Résolution adoptée à la session de Genève – 1874 », (1877) 1 *A.I.D.I.* 125
- Jarrosson, Charles, « Réflexions sur l'*imperium* », *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991
- Jobin-Laberge, Odette, « La prescription extinctive : attention aux délais hors norme », *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Yvon Blais, 2001
- Jobin-Laberge, Odette, « Prescription extinctive », *JurisClasseur Québec – Preuve et prescription*, fasc. 22, 2012
- Johnson, Walter S., « Voyage autour de l'article 2190 C.C. – Ontario Extinctive Prescription in a Quebec Court », [1955] 33 *R. du B. can.* 687
- Jousse, Daniel, *Nouveau commentaire sur les ordonnances des mois d'août 1669 et mars 1673*, Paris, Debure, 1761
- Jubault, Christian, « Les « exceptions » dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond », [2003] 11 *Petites affiches* 4
- Jutras, Daniel, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *R.D. McGill* 273
- Kahn-Freund, Otto, « General Problems of Private International Law », [1974] 143 *R.C.A.D.I.* 139

Kallmann, François, « L'effet sur la prescription libératoire des actes judiciaires intervenus en pays étranger », [1948] *R.C.D.I.P.* 1

Karim, Vincent, *Les obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009

Kerameus, Konstantinos D., *Enforcement in the International Context*, [1997] 264 *R.C.A.D.I.*

Kessedjian, Catherine, « Court Decisions on Enforcement of Arbitration Agreements and Awards », [2001] 18:1 *J. Int. Arb.* 1

King, B. E., « Prescription of claims in international law », (1934) 15 *B.Y.B.I.L.* 82

Klein, Julie, « L'action en exequatur n'interrompt pas la prescription si elle est rejetée : application à la contre-garantie », [2012] *R.C.D.I.P.* 113

Kronke, Herbert, *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention*, Austin, Wolters Kluwer, 2010

Lachance, Martine, *Le contrat de transaction*, Cowansville, Yvon Blais, 2005

Lachau, Charles et Daguin, Christian, *De l'exécution des jugements étrangers*, Paris, L. Larose et Forcel, 1889

Lagarde, Xavier, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1994

Lainé, Armand, *Introduction au droit international privé*, Paris, F. Pichon, 1888

Lair, A.-E., *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et le droit français ancien et moderne*, Paris, Auguste Durand, 1862

Langlois, *Textes relatifs à l'histoire du Parlement depuis les origines jusqu'en 1311*, Paris, Alphonse Picard, 1888

Laurens de La Barre, Ernest du, *Jusromanum : De Compensationibus – Droit français : De la Compensation*, Rennes, Charles Catel, 1872

Lauth, « Rapport fait à l'Académie de Berlin, le 6 novembre 1817, sur la découverte d'un manuscrit de Gaius », dans *Themis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome premier, Paris, Baudouin Frères, 1819

Laycock, Douglas, « How Remedies Became a Field : A History », (2007-2008) 27 *Rev. Litig.* 161

Le Goueslier d'Argence, Théodose-Oscar, *De la compensation en droit romain et en droit français*, Paris, Pichon-Lamy et Dewez, 1869

- Lebedev, Sergei, « How long does a foreign award stay enforceable » dans Jan C. Schultz et Albert Van Den Berg, dir., *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration: Liber Amicorum Pieter Sanders, 12 September 1912-1982*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 1982
- Lécuyer-Thieffry, Christine, « Chapter 27. France », *International Execution Against Judgment Debtors*, Westlaw, 2011
- Libchaber, Rémy, « Conflits de lois dans l'espace et dans le temps en matière de prescription extinctive », dans Patrice Jourdain et Patrick Wéry, dir., *La prescription extinctive, Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010
- Libchaber, Rémy, « Incertitudes sur l'effet substantiel des jugements », *D.* 2007.842, par. 6.
- Libchaber, Rémy, « Le point sur l'interversion des prescriptions en cas de condamnation en justice », *D.* 2006.254
- Lluelles, Didier et Moore, Benoît, *Droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Montréal, Thémis, 2013
- Lluelles, Didier et Moore, Benoît, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006
- Lluelles, Didier, « Vers une troisième source d'obligations civiles? L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit privé québécois », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Yvon Blais, 2012
- Lorenzen, Ernest G., « À propos du centenaire des commentaires de Story sur les conflits de lois », (1935) *R.C.D.I.P.* 295
- Lorenzen, Ernest G., « Huber's De Conflictu Legum », (1918-1919) 13 *Ill. L.R.* 375
- Lorenzen, Ernest G., « The Statute of Limitation and the Conflict of Laws », (1918-1919) 28 *Yale L.J.* 492
- Loussouarn, Yvon et Bourel, Pierre, *Droit international privé*, 9<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2007
- Madvig, Johan Nikolai, *L'état romain : sa constitution et son administration*, traduit par Charles Morel, tome troisième, Paris, F. Vieweg, 1883
- Malaurie, Philippe, Aynès, Laurent et Stoffel-Munck, Philippe, *Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Éditions juridiques associées, 2005
- Mann, F. A., « Lex Facit Arbitrum », *International Arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967

Martin, Alfred, « La prescription libératoire en droit international privé », (1887) 19:3 *Revue de droit international et de législation comparée* 262

Martineau, Pierre, *La prescription*, Montréal, P.U.M., 1977

Marty, Gabriel, Raynaud, Pierre et Jestaz, Philippe, *Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, p. 303

May, Gaston, *Éléments de droit romain*, 15<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1925

Mayer, Pierre et Heuzé, Vincent, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2010

Mayer, Pierre, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », *Mélanges offerts à Claude Reymond – Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004

Mazaud, Henri et Léon, Mazaud, Jean et Chabas, François, *Leçons de droit civil*, 7<sup>ème</sup> éd. par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1985

McCann, Julie, *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011

McEvoy, John P., « Characterization of Limitation Statutes in Canadian Private International Law : the Rocky Road of Change », [1996] 19 *Dalhousie L.J.* 425

Meijers, E.-M., « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge, spécialement dans l'Europe occidentale » (1934), 49 *R.C.A.D.I.* 544

Mérignhac, Alexandre, *Comment doit être déterminé le délai de la prescription extinctive des obligations en droit international privé*, Paris, F. Pichon, 1884

Merlin, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique de questions de droit*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, H. Tarlier, 1829

Merlin, Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, J.-P. Roret, 1827

Meurisse, R., « La prescription d'une condamnation résultant d'un jugement », [1961] I *J.C.P.* 1665

Meynial, Émile, *De la Compensation en droit romain et en droit français*, Paris, Arthur Rousseau, 1885

Michel, Jean, *La prescription libératoire en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1911

Mignault, Pierre-Basile, *Le droit civil canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916

Mignot, Marc, « Prescription extinctive – Dispositions générales », *JurisClasseur Civil Code* > Art. 2219 à 2223, 03,2009

Monier, Raymond, *Manuel Élémentaire de droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1936

Moore, Benoît, « Obligations en général », *JurisClasseur Québec – Obligations et responsabilité civile*, Fasc. 1, 2011

Morey, William C., *Outline of Roman Law*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1884,

Morin, Michel, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004

Morissette, Yves-Marie, « Deux ou trois choses que je sais d'elle (la rationalité juridique) », [2000] 45 *R.D. McGill* 591

Motulsky, Henri, « Procédure civile et commerciale », dans Phocion Franceskakis, dir., *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1968

Motulsky, Henri, *Écrits – Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2010 (rééd. 1973)

Muir Watt, Horatia, « Effets en France des décisions étrangères », *Juris-Classeur Droit international* (Fasc. 584-2) / *Procédure civile* (Fasc. 124-4), Paris, Éditions Techniques, 1990

Muir Watt, Horatia, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », [1986] *R.C.D.I.P.* 425

Muirhead, James, *The Institutes of Gaius and Rules of Ulpian*, Edinburgh, T. & T. Clark, 1880

Naccarato, Mario, « Dispositions générales », *JurisClasseur Québec – Preuve et prescription*, fasc. 19, 2010

Niboyet, Marie-Laure et Geouffre de la Pradelle, Géraud de, *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2011

Niboyet, Marie-Laure, « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008

Niboyet-Hoegy, Marie-Laure, « Action en justice », *Rép. internat. Dalloz*, 1998

Niboyet-Hoegy, Marie-Laure, « De la loi applicable à l'intérêt à agir », [1991] *R.C.D.I.P.* 558

Niboyet-Hoegy, Marie-Laure, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1985

Ortolan, Joseph-Louis-Elzéar, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Henri Plon, 1870

Panagopoulos, George, « Substance and Procedure in Private International Law », [2005] 1 *J.P.I.L.* 69

Park, William W., « The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration », (1983) 32 *I.C.L.Q.* 21

Perrier, Scipion du, *Questions notables du droit*, Toulouse, Guillaume-Louis Colomiez et Jérôme Posuel, 1684

Philonenko, Maximilien, « De la prescription extinctive en Droit international privé », (1936) *J.D.I.* 259 et 513

Pineau, Jean et Gaudet, Serge, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001

Pinto, Roger, « La prescription en droit international », [1955] 87 *R.C.A.D.I.* 387

Pitel, Stephen G.A. et de Vries, Jonathan, « The Ontario Limitation Period for Actions to Enforce Foreign Judgments », (2004-2005) 29 *Advoc. Q.* 312

Planiol, Marcel et Ripert, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>ème</sup> éd. avec le concours de Paul Esmein, Jean Radouant et Gabriel Gabolde, Paris, L.G.D.J., 1931

Planiol, Marcel et Ripert, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>ème</sup> éd. avec le concours de Paul Esmein, Jean Radouant et Gabriel Gabolde, Paris, L.G.D.J., 1954

Politis, Nicolas et De Visscher, Charles, « La prescription libératoire en droit international public », [1925] 32 *A.I.D.I.* 1

Pollet, Jacques, *Arrests du Parlement de Flandre sur diverses questions de droit, de coutume et de pratique*, Lille, Lievin Danel, 1716

Pothier, Robert-Joseph, *Traité de droit civil et de jurisprudence française*, Paris, Jean Debure, 1774

Pothier, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, Paris, Debure, 1764

Pothier, Robert-Joseph, *Traité de la possession et de la prescription*, Paris, Debure, 1772

Poudret, Jean-François et Besson, Sébastien, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles-Paris-Zurich, Bruylant-L.G.D.J.-Schultess, 2002

Prévost, Henri, *De la compensation*, Paris, J.-B. Gros, 1856

Pribetic, Antonin I., « “Winning is Only Half the Battle”: Procedural Issues Relating to the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards » dans V.V.L. Gayathri, dir., *International Commercial Arbitration – Claims and Counterclaims*, Hyderabad, Amicus Books – ICFAI University Press, 2009

Prujiner, Alain, « Introduction : Principes et méthodes du droit international privé québécois », *JurisClasseur Québec – Droit international privé*, Fasc. 1, 2012

Prujiner, Alain, « La qualification de la prescription d'une action en reconnaissance et exécution d'une sentence arbitrale étrangère : Commentaire du jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Yugraneft c/ Rexx Management* », [2010] 4 *C. Arb.* 1107

Rapetti, *Livres de justice et de plet*, Paris, Firmin Didot Frères, 1850

Remiro Brotóns, Antonio, « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », [1984] 184:1 *R.C.A.D.I.* 169

Rodys, Witold, *Traité de droit civil du Québec*, tome 15, Montréal, Wilson & Lafleur, 1958

Rolin, Albéric, « Des conflits de lois en matière de prescription libératoire », (1924) 33 *A.I.D.I.* 33

Rolland, Casimir, *De la compensation en droit romain et en droit français*, Montpellier, Boehm, 1882

Rosso Grossman, Margaret, « Statutes of Limitations and the Conflict of Laws : Modern Analysis » (1980) *Ariz. St. L.J.* 1

Roubier, Paul, *Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1993

Rozière, Eugène de, « L'intransmissibilité première des créances et des dettes », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Paris, L. Larose et Forcel, 1887

Sareika, Wieland, « La clause compromissoire et l'article 68 du Code de procédure civile », [1977] 37 *R. du B.* 244

Saumier, Geneviève, « Chronique de droit international privé canadien (2004-2010) – seconde partie : droit civil des province canadiennes de common law », [2001] 1 *J.D.I. chron.* 1

Savigny, Friedrich Carl von, *Histoire du droit romain*, traduit par Charles Guenoux, Paris, Charles Hingray, 1839

Savigny, Friedrich Carl von, *Traité de droit romain*, t. 1 à 8, traduit par Charles Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1852

Savoie, Réginald et Taschereau, Louis-Philippe, *Procédure civile*, Montréal, Guérin, 1973

Schwenzer, Ingeborg et Manner, Simon, « “The Claim is Time-Barred”: The Proper Limitation Regime for International Sales Contracts in International Commercial Arbitration », [2007] 23 *Arb. Int.* 293

Sedler, Robert Allen, « The Truly Disinterested Forum in the Conflict of Laws : *Ratcliff v. Cooper Laboratories* », (1973-1974) 25 *S.C.L.R.* 185

Sexton, J. Edgar et Kotrly, Michael, « Looking Out and Looking In : Reconciling Domestic and Internationalist Considerations in the Enforcement and Review of Arbitration Award in Canada », (2011) 27:2 *Arb. Int'l* 211

Smith, Stephen A., « The structure of unjust enrichment law : is restitution a right or a remedy? » (2002-2003), 36 *Loy. L. A. L. Rev.* 1037

Story, Joseph, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 8<sup>e</sup> édition par Melville Madison Bigelow, Boston, Little, Brown and Company, 1883

Story, Joseph, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, Hilliard Gray and Company, 1834

Szaszy, Stephen, « The basic connecting factor in international cases in the domain of civil procedure », (1966) 15 *I.C.L.Q.* 436

Tancelin, Maurice, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009

Telliez, René, *Droit romain : De la compensation. Droit français : Des brevets*, Paris, Charles de Mourgue, 1862

Terré, François, « Action en justice », dans Phocion Franceskakis, dir., *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1968

Terré, François, « Les conflits de lois en matière d'action en justice », *Travaux du comité français de droit international privé (1964-1966)*, Paris, Pedone, 1967

Terré, François, Simler, Philippe et Lequette, Yves, *Les obligations* 9<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005



Tessier, Albert, *Droit romain : De la Compensation – Droit français : Chambres de compensation, "clearing houses"*, Paris, L. Larose, 1893

Tissot, P. A., *Les douzes livres du Code de l'Empereur Justinien, de la seconde édition, traduits en français*, Metz, Behmer, 1807

Troplong, Raymond-Théodore, *Le droit civil expliqué – De la prescription*, Paris, Charles Hingray, 1857

Unidroit, *Principes*, 2010

Viandier, A., « Les modes d'interversion des prescriptions libératoires », [1978] II *J.C.P.* 2885

Vidrascu, Émile, « La nature juridique de la prescription extinctive : droit comparé et droit québécois », [1995] 95 *R. du N.* 3

Vincent, René et Pénaud, Édouard, *Dictionnaire de droit international privé*, Paris, L. Larose et Forcel, 1888

Vinnen, Arnold, *Institutes de Justinien. Traité des actions*, traduction de L. J. Horace Degouy et J. B. Tixier de la Chapelle, Paris, Th. Barrois père et Benjamin Duprat, 1830

Visscher, Charles de, « La prescription extinctive des réclamations internationales d'origine privée (claims) », dans *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960

Voet, Paul, *De Statutis*, Amsterdam, 1661

Von Mehren, Arthur, « Theory and practice of adjudicatory authority in private international law : a comparative study of the doctrine, policy and practices of common- and civil-law systems : general course on private international law », [2002] 295 *R.C.A.D.I.*

Walker, Janet, « *Castillo v. Castillo* : Closing the Barn Door », [2006] 43 *Rev.can.D.com.* 487

Westlake, John, *A Treatise on Private International Law*, London, Maxwell, 1858

Westlake, John, *A treatise on private international law, with principal reference to its practice in England: being in lieu of a second edition of the work published in 1858*, Londres, Maxwell, 1880

Yntema, Hessel Edward, « The Historic Bases of Private International Law », [1953] 2 *Am. J. Comp. L.* 297