

Analyse comparative de la loi chinoise de 2011 portant sur les conflits de lois à la lueur du droit international privé québécois

Zheng JIANING^{*} & *Gerald GOLDSTEIN*^{**}

**The 2011 Chinese Law on Conflict of Laws :
A Comparative Law Perspective from Québec**

**Análisis comparativo de la ley china de 2011 relativa a los conflictos de leyes
a la luz del derecho internacional privado quebequense**

**Análise comparativa da lei chinesa de 2011 que trata dos conflitos de leis
à luz do direito internacional privado quebequense.**

中国2011年冲突法：
与魁北克国际私法的比较分析

Résumé

L'étude critique de la loi chinoise de 2011 portant sur les conflits de lois envisagée de manière comparative, en parallèle avec les règles du Livre X du *Code civil du Québec*, adoptées en 1991, permet d'examiner dans quelle mesure et de quelle manière le droit chinois a cherché à régler les problèmes apparus dans l'interprétation et l'application du droit

Summary

Through a thorough critical comparative analysis of the 2011 Chinese law on Conflict of Laws with the rules of Book X of the Civil Code of Québec, as adopted in 1991, the authors expose how the issues relating to the interpretation and application of such rules have been dealt with by the Chinese legislator. Moreover, after twenty years in existence,

^{*} Professeur, China University of Political Science and Law (CUPL), Beijing.

^{**} Professeur, Université de Montréal, chercheur au Chinese-Canadian Center of Comparative Law, China University of Political Science and Law (CUPL), Beijing.

québécois. Elle permet aussi de comprendre dans quelle mesure les règles québécoises ont démontré et conservé leur pertinence après une vingtaine d'année d'existence. Cette perspective critique couvre non seulement les règles générales de la théorie des conflits de lois, mais aussi les règles de conflit spécifiques applicables en droit de la famille, en droit des obligations contractuelles et extra-contractuelles, en matière de régimes matrimoniaux, en droit des biens et en matière de successions internationales.

Il en ressort que l'objectif de modernisation des règles du droit international privé a été atteint par l'adoption des nouvelles règles dans les deux systèmes, notamment grâce à l'adoption de clauses d'exception qui apportent une flexibilité à la méthode classique de résolution des conflits. Son maintien comme méthode de principe respecte la prévisibilité, d'autant plus que la multiplication de règles spécifiques produit des solutions précises et que le principe d'autonomie de la volonté s'étend au delà des obligations contractuelles. L'adoption complémentaire de règles de conflit à caractère matériel et à facteurs de rattachement alternatifs par les deux systèmes permet d'atteindre une justice matérielle.

Si certaines améliorations restent souhaitables, la grande proximité spirituelle entre les règles des deux systèmes favorisera certainement l'harmonisation des relations internationales.

Resumen

El estudio crítico y comparativo de la ley china de 2011 relativa a los conflictos de leyes realizado comparativamente, en paralelo con las disposiciones del Libro X del Código Civil de Quebec,

their usefulness is probed and affirmed by this critical and comparative study which covers not only the general conflict of law rules and principles but also the specific rules relating to family law, contracts and torts, matrimonial property, property rights and successions.

Both systems managed to modernize their conflict of law rules. The classical method of conflict resolution has been given some flexibility through the use of escape clauses. However, since it still is the general method, previsibility prevails. It stems from the adoption of numerous well adapted specific rules and it has been given a central importance through the expansion of party autonomy well beyond contractual obligations. Material justice has been assured through the adoption of concretely oriented conflict of law rules using alternative connecting factors.

Even though there is still room for improvement for both systems of rules, their close spiritual proximity will certainly enhance the harmonization of international relationships.

Resumo

Por meio de uma análise comparativa crítica da lei chinesa de 2011 que trata dos conflitos de leis, com as regras do Livro X do Código Civil de Québec, aprovado em 1991, os autores expõem

adoptadas en 1991, permite examinar en qué medida y de que manera el derecho chino a tratado de resolver los problemas aparecidos en la interpretación y aplicación del derecho quebequense. También permite comprender en qué medida la normatividad quebequense ha demostrado y conservado su pertinencia después de una veintena de años de existencia. Esta visión crítica no sólo incluye las reglas generales de la teoría del conflicto de leyes, sino también las reglas de conflicto específicas aplicables en derecho de familia, en derecho de las obligaciones contractuales y extra-contractuales, en materia de regímenes matrimoniales, en derecho de bienes y en materia de sucesiones internacionales.

Esto demuestra que el objetivo de modernizar las normas de derecho internacional privado se ha logrado a través de la adopción de nuevas normas en los dos sistemas, especialmente a través de la adopción de cláusulas de excepción que proporcionan flexibilidad al método convencional de resolución de conflictos. Su mantenimiento como método principal respeta la previsibilidad, sobre todo porque la proliferación de normas específicas produce soluciones precisas y porque el principio de autonomía de la voluntad se extiende más allá de las obligaciones contractuales. La adopción complementaria de reglas de conflicto de carácter material usando factores de conexión alternativa de ambos sistemas puede alcanzar la justicia material.

No obstante las mejoras que pueden realizarse, la gran proximidad en cuanto al espíritu de la norma de los dos sistemas, favorecerá seguramente la armonización de las relaciones internacionales.

como as questões relativas à interpretação e aplicação de tais regras foram tratada pelo legislador chinês. Este estudo também explica como as regras quebequenses mantiveram e demonstraram sua relevância em seus 20 anos de existência. Esta perspectiva crítica inclui não apenas as regras gerais da teoria do conflito de leis, mas também as regras específicas relativas ao direito de família, contratos e responsabilidade civil, regimes matrimoniais, direitos das coisas e sucessões.

O estudo demonstra que o objetivo de modernizar as regras de direito internacional privado tem sido alcançado através da adoção das novas regras nos dois sistemas, principalmente através da adoção de cláusulas de exceção que proporcionam flexibilidade ao método convencional de resolução de conflitos. Sua manutenção como método de princípio respeita a previsibilidade, assim como a multiplicação de regras específicas produz soluções precisas e que o princípio da autonomia de vontade se estende para além das obrigações contratuais. A adoção complementar de regras de conflitos de natureza material e de fatores de fixação alternativa por ambos os sistemas permite alcançar uma justiça material.

Mesmo que ainda haja espaço para melhorias em ambos os sistemas de regras, a sua proximidade espiritual certamente favorecerá a harmonização das relações internacionais.

中文摘要

通过把中国2011年的冲突法与魁北克1991年通过的《魁北克民法典》第十篇相关规则进行批判性比较分析,本文揭示了中国法是如何处理魁北克法中上述规则的法律解释与法律适用问题,同时也揭示了历经二十多年的存续后,魁北克法律如何展示并维持其适切性。本文的批判性视角不仅涉及冲突法的一般理论,还涉及冲突法在家庭法、合同与非合同债法、婚姻制度、财产法以及国际继承等领域适用的特殊规则。

事实表明,两地法律体系中采纳新规则是达成国际私法规则现代化这一目标的具体途径。特别是例外条款的引入,为传统的冲突解决方式带来灵活性。尽管越来越多的特殊规则提供具体的解决办法,尽管意思自治的原则超越了合同义务,但遵守法律预见性的一般规则仍占主导。两地法律体系利用动态连结点对具体冲突规则进行补充以实现实质正义。

虽说仍有改进的空间,但两地法律体系所展现出的相似法律精神绝对有利于国际关系的和谐。

Plan de l'article

Introduction	335
I. Dispositions générales relatives aux conflits de lois.....	337
A. Principes généraux.....	337
1. Principe de proximité.....	338
2. L'autonomie de la volonté	340
B. Règles générales relatives à la méthode de résolution des conflits de lois	342
1. Lois de police	342
2. Qualification	345
3. Renvoi.....	346
II. Règles spécifiques de résolution des conflits de lois	348
A. Statut personnel	349
1. Le rattachement du statut personnel par la résidence habituelle	349
2. Droit des personnes physiques.....	351
3. Formation du mariage	354
i. Validité formelle.....	354
ii. Validité quant au fond	354
4. Effets du mariage	355
5. Régime matrimonial	357
i. Régime conventionnel	357
ii. Régime légal	359

6. Relations parentales et filiation.....	360
i. Filiation naturelle.....	360
ii. Adoption.....	361
iii. Garde d'enfant et autorité parentale	362
7. Pensions alimentaires	363
8. Divorce et séparation.....	364
i. Divorce.....	364
ii. Séparation.....	365
B. Obligations	365
1. Règles générales applicables aux obligations contractuelles.....	366
i. Rattachement subjectif: choix de la loi par les parties	366
ii. Rattachement objectif: absence de choix de la loi	369
2. Règles spécifiques: contrat de consommation.....	371
3. Règles générales applicables aux obligations extracontractuelles.....	374
4. Responsabilité du fait des produits.....	376
5. Règles générales applicables aux obligations quasi contractuelles.....	378
C. Statut réel.....	379
1. Droits réels portant sur les biens considérés à titre particulier.....	379
2. Successions.....	382
3. Trust	385
Conclusion.....	386

Le 1^{er} avril 2011, est entrée en vigueur la nouvelle loi chinoise portant sur les conflits de lois¹. Il s'agit d'une loi assez complète, bien qu'elle ne touche pas certains aspects commerciaux des relations internationales. Cette loi fut motivée par un besoin d'exprimer expressément les règles chinoises relatives aux situations internationales comportant un élément d'extranéité. Certaines règles apparaissaient déjà dans les *Chinese General principles of Civil Law*, adoptés en 1986 (tels qu'amendés en 2009) ainsi que dans certaines autres lois². Mais ces règles restaient largement insuffisantes, étaient incomplètes ou même contradictoires³. La loi nouvelle prend en considération divers instruments internationaux adoptés en Europe, notamment la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁴, les règlements Rome I⁵ et Rome II⁶, ainsi que la loi fédérale suisse de 1987 sur les conflits de lois⁷.

Le droit québécois était à peu près dans la même situation jusqu'en 1994, puisqu'il n'existait auparavant que quelques règles, inspirées de l'Ancien droit français datant d'avant le Code napoléon, qui furent insérées dans le Code civil du Bas Canada. Ces quelques articles furent

¹ *Statute on the Application of Laws to Civil Relationships Involving Foreign Elements of the People's Republic of China*, loi adoptée par la 17^e Session du Comité permanent de la Onzième Assemblée populaire nationale le 20 octobre 2010, [ci-après «L.C. (2011)»], en ligne: <www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1116/2010-08/28/content_1593162.htm> (en chinois) (consulté le 20 août 2014); traduction anglaise non officielle par Weizuo CHEN et Kevin M. MOORE, (2010) 12 *YrBk Priv. Intl L.* 669. Notre analyse est basée sur cette traduction. Sur le sujet, voir: Weizuo CHEN, *Chinese Civil Procedure and the Conflict of Laws*, Beijing, Tsinghua University Press, 2011; Zhengxin HUO, «Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law», (2011) 45 *R.J.T.* 637.

² Voir: W. CHEN, *Chinese Civil Procedure and the Conflict of Laws*, préc., note 1.

³ Voir: Weizuo CHEN, «The Necessity of Codification of China's Private International Law and Arguments for a Statute on the Application of Laws as the Legislative Model», (2009) 1 *Tsinghua China L. Rev.* 1; Z. HUO, préc., note 1, 642 et 643.

⁴ *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 19 juin 1980, J.O.C.E. n° L-266 du 9 octobre 1980; (1980) 69 *Rev. Crit. Dr. Intern. Priv.* 875.

⁵ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), J.O.C.E. n° L-177/6 du 4 juillet 2008.

⁶ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), J.O.C.E. n° L-199/40 du 31 juillet 2007.

⁷ *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*, R.O. 1988.1776, R.S. 291, en ligne: <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/c291.html>> (consulté le 22 août 2014).

certainement insuffisants et les cours durent créer un certain nombre de règles jurisprudentielles. Mais ces développements s'effectuèrent souvent sans grande cohérence, en empruntant des solutions aux sources disponibles : le droit français, anglais, celui des États-Unis, dont la jurisprudence fut mise à profit, pêle-mêle, sans distinction de ses origines, ce qui aboutissait parfois à des contradictions.

Un urgent besoin de réforme s'était fait sentir et le nouveau Code civil du Québec comprend désormais un Livre X, entièrement consacré au droit international privé, incluant plus d'une cinquantaine de règles relatives aux conflits de lois se trouvant dans les Titres I et II de ce Livre⁸. Plus récemment, d'autres règles y furent ajoutées sur l'union civile (art. 3090.1-3090.3 C.c.Q.) et les valeurs mobilières détenues par des intermédiaires (art. 3108.1-3108.8 C.c.Q.)⁹.

Comme ce droit québécois fut aussi influencé de près par la loi suisse de 1987¹⁰, par les conventions de droit international privé de La Haye et par les instruments européens, notamment la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹¹, l'ancêtre des Règlements Rome I et Rome II, il peut donc être assez instructif, d'un point de vue comparatif, d'examiner comment ces deux systèmes juri-

⁸ Voir en général : H. Patrick GLENN, « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 669, n° 12, à la page 684 ; Jeffrey A. TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, « Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 801 ; Gerald GOLDSTEIN et Ethel GROFFRIER, *Droit international privé*, t. 1 « Théorie générale », coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 ; Gerald GOLDSTEIN et Ethel GROFFRIER, *Droit international privé*, t. 2 « Règles spécifiques », coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 ; Gerald GOLDSTEIN, *Droit international privé*, vol. 1 « Conflits de lois : dispositions générales et spécifiques (art. 3076 à 3133 C.c.Q.) », coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011 (ci-après « *Commentaires* ») ; Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 ; les différents articles du JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

⁹ Voir : Michel DESCHAMP, « Le nouveau régime québécois des sûretés sur les valeurs mobilières ? », (2009) 68 *R. du B.* 541, 570 et 571 ; G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, p. 397-456 ; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 530.1 à 530.6, p. 350-352.

¹⁰ Voir : Jeffrey TALPIS et Gerald GOLDSTEIN, « The Influence of Swiss Law on Quebec's 1994 Codification of Private International Law », (2009) 11 *YrBk Priv. Intl L.* 339.

¹¹ *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, préc., note 4.

diques, chinois et québécois, face à des problèmes similaires, ont traité des conflits de lois.

Nous avons donc pour objectif de présenter ici une lecture critique de la nouvelle loi chinoise à la lueur de l'expérience du droit québécois depuis 1994, afin de présenter des observations susceptibles d'améliorer les solutions apportées à la résolution des conflits de lois par ces deux systèmes juridiques. Du point de vue du praticien impliqué dans les relations internationales, il peut aussi être utile de savoir quelle loi vont appliquer les juges en Chine, en cas de conflit.

D'un point de vue structurel, ces deux droits ont adopté un ensemble de règles relatives aux conflits de lois divisées en deux groupes : d'abord, quelques grandes règles générales (partie I), puis des règles de conflit de loi spécifiques pour traiter les divers type de problèmes surgissant en matière de statut des personnes et de la famille, des obligations, des droits réels, des successions, des régimes matrimoniaux, etc.

I. Dispositions générales relatives aux conflits de lois

Visant des objectifs de systématisation et de modernisation du droit, en suivant sur ce point une tendance actuelle s'exprimant dans divers droits civils (suisse, belge, etc.), les systèmes québécois et chinois ont adopté quelques règles générales permettant de donner un cadre conceptuel à tout un ensemble de règles relatives à la résolution des conflits de lois.

On doit noter une différence importante entre les deux : la loi chinoise prévoit non seulement des règles générales instrumentales relatives à la méthode de résolution des conflits de lois (B), mais en plus elle a adopté deux règles expresses énonçant des principes généraux en la matière (A).

A. Principes généraux

La loi chinoise de 2011 prévoit très clairement deux grands principes dominant la résolution des conflits de lois : le principe de proximité (1) et celui de l'autonomie de la volonté (2).

1. Principe de proximité

L'article 2 al. 2 de la loi chinoise se lit ainsi :

« If the present Statute or other statutes contains no provisions with regard to the application of laws to civil relationships involving foreign elements, the law that has the closest connection with the civil relationship involving foreign elements shall be applied. »

Bien qu'une telle règle puisse sembler évidente en examinant les règles de conflit spécifique du droit chinois, une telle déclaration de principe a l'utilité de constituer une directive pour les juges assez peu habitués à traiter des conflits de lois.

De manière plus fondamentale, il s'agit aussi d'une déclaration d'un principe favorable à l'internationalisme. En effet, la directive essentielle de ce système vise la détermination du centre de gravité objectif de chaque type de situations, d'une manière neutre, sans aucunement favoriser la loi chinoise¹². Cette ouverture est remarquable si l'on précise que même la loi suisse de 1987, l'un des modèles universellement suivis par les législations modernes, conserve une assez forte préférence pour le droit suisse dans un certain nombre de règles de facture unilatérale¹³, tout comme le droit allemand, qui a été suivi en 2006 dans la codification du droit international privé japonais¹⁴, lui aussi teinté de préférence envers le droit du for. Au contraire, le droit international privé chinois énonce des règles de conflit bilatérales, se prononçant sur le domaine de toutes les lois en utilisant le même facteur de rattachement de manière neutre.

De plus, cette règle constitue un principe subsidiaire susceptible de fournir de nouvelles règles en cas de lacune du droit chinois. En ce sens,

¹² Voir: W. CHEN, *Chinese Civil Procedure and the Conflict of Laws*, préc., note 1, p. 151 ; Z. HUO, préc., note 1, 650.

¹³ Une règle de conflit unilatérale ne prévoit que le domaine d'application international du droit du for, sans prévoir celui des lois étrangères, à la différence des règles de conflit bilatérales.

¹⁴ Voir: Kent ANDERSON et Yasuhiro OKUDA, « Translation of Japan's Private International Law: Act on the General Rules of Application of Laws, Law n° 10 of 1898, as Newly Titled and Amended 21 June 2006 », (2006) 8 *Yrbk Priv. Intl L.* 427, en ligne: <http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_08.1_anderson.pdf> (consulté le 20 août 2014).

elle est différente des clauses dites d'exception¹⁵ que l'on trouve maintenant dans les instruments modernes du droit international privé des pays européens¹⁶, notamment, comme l'article 15 de la loi suisse de 1987 et l'article 19 du Code belge de droit international privé de 2004¹⁷. Dans la même perspective, l'article 3082 C.c.Q. énonce que :

« À titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique. »

Ainsi, si la loi désignée par la règle de conflit n'a pas de lien étroit avec la situation, alors qu'une autre loi, non désignée, présente des liens nettement plus étroits avec, la clause d'exception va jouer de manière à désigner cette dernière en corrigeant ainsi le fonctionnement de la règle de conflit. On respecte ainsi le principe dit « de proximité »¹⁸, c'est à dire celui de la désignation du système juridique ayant les liens les plus étroits avec la situation conflictuelle.

On peut justement se demander dans quelle mesure il était sage de ne pas adopter une telle clause.

Il est vrai qu'il serait actuellement difficile de citer une espèce en droit québécois dans laquelle l'article 3082 C.c.Q. a été directement et correctement appliqué. Toutefois, dans un certain nombre de cas, il est très clair que cette notion aurait permis une justification très utile pour obtenir une bonne solution aux conflits de lois¹⁹.

¹⁵ Sur cette notion, voir notamment : César DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, Georg, 1983 ; G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3082 550 et suiv., p. 67 et suiv. ; Gerald GOLDSTEIN, « Mécanismes correctifs à l'application de la règle de conflit : clause échappatoire et exception d'ordre public », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles ; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 455 et 456, p. 283 et 284.

¹⁶ Voir aussi : W. CHEN, *Chinese Civil Procedure and the Conflict of Laws*, préc., note 1, p. 147.

¹⁷ *Loi portant le Code de droit international privé*, 16 juillet 2004, en ligne : <http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2004/07/27_1.pdf#Page6> (consulté le 20 août 2014).

¹⁸ Sur cette notion, voir : Paul LAGARDE, « Le principe de proximité en droit international privé », (1986) 196 *R.C.A.D.I.* 9.

¹⁹ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3082 550 et suiv., p. 67 et suiv.

En effet, en raison de la grande généralité des règles intervenant pour résoudre ces conflits, il n'est pas toujours possible d'énoncer une fois pour toute une solution convenant aux multiples cas de figures possibles, même s'ils appartiennent tous au même type de cas (on parle ainsi de manière générale de litiges relatifs à la validité formelle d'un acte juridique, à l'établissement de la filiation, etc.).

En conséquence on peut facilement avancer que l'absence d'une telle clause d'exception dans la nouvelle loi chinoise ne favorisera pas la flexibilité et l'adaptation des solutions aux cas concrets. Cette rigidité de la règle de conflit de loi fut le motif principal à la révolution conflictuelle américaine. L'un des éléments essentiels de la solution européenne, destinée à éviter les graves problèmes méthodologiques amenés par la révolution américaine fut l'adoption de telles clauses d'exception afin d'assouplir le fonctionnement de la méthode critiquée par les Américains. En conséquence, il est bien possible que la résolution des conflits de lois selon la nouvelle loi chinoise reste trop rigide pour toujours fournir de bonnes solutions. Il aurait d'ailleurs été très simple pour le législateur chinois de suivre la formulation des divers exemples qui existaient déjà dans d'autres systèmes civilistes depuis au moins 1987. De ce point de vue, la position québécoise nous semble préférable, même si l'on peut invoquer à l'encontre d'une telle règle le fait qu'elle entraînerait une certaine imprévisibilité. Ce défaut reste limité dans la mesure où l'on refuse l'application de cette clause aux situations pour lesquelles la prévisibilité reste fondamentale. Ainsi, le second alinéa de l'article 3082 C.c.Q. écarte le jeu de la clause lorsque les parties ont choisi la loi applicable dans un acte juridique.

On touche ici le second grand principe général énoncé par le droit chinois.

2. L'autonomie de la volonté

L'article 3 L.C. (2011) prévoit que :

« In accordance with statutory provisions, the parties may expressly choose the law applicable to a civil relationship involving foreign elements. »

Ainsi, selon cette disposition générale, les parties à une relation comprenant un élément d'extranéité peuvent choisir la loi applicable de manière expresse. Cette déclaration favorable à ce qui est classiquement

nommé l'autonomie de la volonté a pour but de faire respecter la prévisibilité des parties et de leur fournir des règles adaptées à leur situation.

Cette liberté a un prix : les parties pourraient tenter de frauder la loi normalement applicable en choisissant une autre loi qui ne comprendrait pas certaines règles impératives auxquelles elles voudraient échapper. Il existe donc habituellement des limites qui prennent notamment la forme, en droit international privé, 1°) de dispositions impératives auxquelles on ne peut échapper, nommées les «lois de police», sur lesquelles nous reviendrons dans le prochain paragraphe, 2°) d'une exception d'ordre public qui écarte la loi choisie si le résultat obtenu est contraire aux principes fondamentaux de la loi du tribunal saisi et 3°) de la théorie de la fraude à la loi, qui écarte la loi choisie dans l'intention de frauder la loi normalement applicable. De fait, les lois chinoise et québécoise comprennent des règles relatives aux lois de police (art. 3076 et 3079 C.c.Q., et art. 4 L.C. (2011)), ainsi qu'une exception d'ordre public (art. 3081 C.c.Q. et art. 5 L.C. (2011)). Une autre limite consiste à énumérer expressément les matières ouvertes à cette liberté de choisir la loi applicable. A contrario, cette liberté n'existe pas dans les matières omises, notamment dans le droit des personnes et de la famille, dans le droit des biens, etc.

Ainsi le droit québécois (art. 3111 C.c.Q.), comme le droit chinois (art. 41 L.C. (2011)), prévoient que cette autonomie s'exprime notamment en matière d'obligations contractuelles. Cette liberté joue aussi souvent dans les divers systèmes juridiques en matière de régimes matrimoniaux conventionnels (art. 3122 C.c.Q.), parfois même en matière successorale (art. 3098 al. 2 C.c.Q.) et pour le trust (art. 3107 C.c.Q.).

Toutefois en raison de l'adoption supplémentaire de cette règle générale dans l'article 3 de la loi chinoise, on peut se demander quelles sont les limites à l'autonomie de la volonté dans ce système. La question est assez délicate puisque le droit chinois s'ouvre à cette liberté, notamment en matière contractuelle. On peut comprendre en ce sens cette déclaration générale, qui trouve toutefois sa limite dans la condition que cette liberté s'exprime ... «*In accordance with statutory provisions*». Il semble donc nécessaire qu'une disposition supplémentaire à l'article 3 vienne affirmer que dans tel domaine spécifique cette liberté est admise. On peut alors se demander quelle est l'utilité de cette disposition²⁰.

²⁰ Voir aussi : Z. Huo, préc., note 1, 652.

Si, au contraire, on lui prête un sens autonome, sans donner trop d'importance à l'expression «*in accordance with statutory provisions*», alors on peut imaginer un très large domaine à cette liberté en situation internationale. Dans le sens de cette grande ouverture, on doit noter que, curieusement, la loi chinoise fait appel de manière implicite ou expresse à la possibilité de choix de la loi, et notamment en matière de droit réel, ce qui est étonnant.

Il faudra attendre une interprétation par les autorités judiciaires chinoises pour savoir plus précisément à quoi s'en tenir. Dans cette mesure, on peut avancer que la position québécoise, comme celle des autres pays civilistes, consistant à préciser dans quelles situations spécifiques le choix de la loi est permis plutôt qu'édicter une règle générale sans contour clair, est plus favorable à la prévisibilité des parties.

B. Règles générales relatives à la méthode de résolution des conflits de lois

Quelques autres règles générales de la nouvelle loi chinoise ou du droit québécois suggèrent certains commentaires comparatifs intéressants : celles sur les lois de police (1), sur la qualification (2) et sur le renvoi (3).

1. Lois de police

La loi chinoise prévoit dans son article 4 que :

« If the law of the People's Republic of China contains mandatory rules on civil relationships involving foreign elements, those mandatory rules shall be applied directly. »

Il s'agit a priori d'une règle destinée à expliquer que ce droit a adopté la méthode des lois de police, comme l'a fait le Québec dans l'article 3076 C.c.Q., qui se lit ainsi :

« Les règles du présent livre s'appliquent sous réserve des règles de droit en vigueur au Québec dont l'application s'impose en raison de leur but particulier. »

Ainsi, le raisonnement prévu à l'article 3076 C.c.Q. permet de résoudre un conflit de lois en appliquant des dispositions impératives

internes québécoises sans utiliser une règle de conflit de lois, donc avant même qu'une loi étrangère puisse être désignée par celle-ci, en raison de leur but particulièrement important pour le Québec. On les nomme «lois de police» ou «règles (ou normes) d'application immédiate»²¹. De même, afin de favoriser la collaboration internationale, en vertu de l'article 3079 C.c.Q.²², des lois de police exceptionnellement importantes pour l'État étranger qui les édicte peuvent être appliquées aux situations que leur domaine impose en raison de leur but, même si elles n'appartiennent pas à l'ordre juridique normalement désigné par la règle de conflit québécoise.

D'un point de vue comparatif, on peut noter que le droit chinois limite le bénéfice de cette méthode énergique et assez protectionniste à ses propres règles impératives, sans l'offrir aux règles étrangères du même type. À la différence du droit québécois, qui a suivi en cela l'article 7 de la Convention de Rome de 1980²³ et les articles 18 et 19 de la loi suisse de 1987²⁴, le droit chinois se montre ici assez peu ouvert à l'internationalisme. Néanmoins, le droit québécois a établi des critères assez limitatifs sur ce point, comme d'ailleurs les autres instruments dont on s'est inspiré, si bien qu'il s'avère très difficile de pouvoir respecter ses conditions, qui sont sujettes en plus à un pouvoir discrétionnaire. En pratique, il aurait donc

²¹ Sur ce sujet, voir, entre autres: Gerald GOLDSTEIN, «Méthodes alternatives: lois de police, règles matérielles et méthode de la reconnaissance», dans *JurisClasseur Québec*, coll. «Droit civil», *Droit international privé*, fasc. 6, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles; G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3076 550 et suiv., p. 6 et suiv. Voir aussi: Phocion FRANCESCakis, «Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leur rapport avec les règles de conflit de lois», (1966) 55 *Rev. Crit. Dr. Intern. Priv.* 1; Jeffrey TALPIS, «Legal Rules which Determine their own Sphere of Application: A Proposal for their Recognition in Quebec Private International Law», (1982-83) 17 *R.J.T.* 201; Gerald GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux normes d'application nécessaire: étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

²² Celui-ci se lit ainsi: «Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit. Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application». Voir: G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3079 550 et suiv., p. 38 et suiv.; J. A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, n° 49 à 60, aux pages 820-823; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 9, à la page 681; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 395, p. 231-234.

²³ *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 19 juin 1980, préc., note 4.

²⁴ *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*, préc., note 7.

été facile pour le législateur chinois d'adopter une disposition similaire à l'article 3079 C.c.Q. et de montrer ainsi un signe d'ouverture, sans pour autant concéder grand chose.

Quant aux lois de police du tribunal saisi, il est assez clair dans la règle québécoise, que ces normes s'appliquent sans le moyen d'une règle de conflit. L'article 4 de la loi chinoise énonce seulement que ces règles s'appliquent «directement»: on doit comprendre qu'elles se passent de la désignation de leur ordre juridique d'appartenance par le biais de la règle de conflit.

Par ailleurs, la préséance de cette méthode sur celle des règles de conflit n'est évidente ni dans l'article 3076 C.c.Q. ni dans l'article 4 de la loi chinoise. Enfin, aucune de ces lois ne précise les critères qui permettent de savoir quand on pourrait se trouver face à une loi de caractère suffisamment impératif pour accéder au statut de loi de police. La précision selon laquelle leur application s'impose «en raison de leur but particulier» n'apporte rien, mais la jurisprudence a repris le critère doctrinal du «but d'intérêt vital» pour l'État du for. Sur ce point, le droit chinois devra être interprété.

Incidemment il est utile de préciser que, pour un assez grand nombre de contrats commerciaux qui doivent s'exécuter en Chine, notamment ceux relatifs à certaines catégories de co-entreprises avec des compagnies chinoises, le droit chinois prévoit l'application impérative de la loi chinoise²⁵. Cette particularité permet peut-être de comprendre un problème de formulation de l'article 4 L.C. (2011).

En effet, on doit mentionner que cet article 4 soulève une autre question d'interprétation difficile à résoudre. Elle précise en effet que les dispositions en question seraient relatives *aux situations comprenant un élément d'extranéité*. Or, les lois de police sont simplement des dispositions *de droit interne* qui couvrent aussi des situations internationales par extension. Aussi, on pourrait se demander si la règle de l'article 4 ne couvrirait pas plutôt un autre type de règles, celles appelées «règles matérielles à but international», qui sont réservées aux situations internationales. Pour ces règles, il n'est pas nécessaire de prouver leur caractère impératif, susceptible de déclencher la méthode spéciale des lois de police, c'est à dire

²⁵ Voir en ce sens: Z. Huo, préc., note 1, 672, à la note 111.

l'application « directe », sans le biais de la désignation préalable de leur ordre juridique d'appartenance par la règle de conflit. En définitive, la méthode d'application des règles matérielles à but international n'est absolument pas claire : doivent-elles s'inscrire dans la méthode de la règle de conflit ou suivre celle des lois de police ?

Pourtant, l'article 4 L.C. (2011) semble rattacher ces règles à la méthode des lois de police, ce qui est très discutable en théorie. Mais, par la même occasion, l'article 4 limiterait son domaine aux règles matérielles spécifique aux situations internationales, sans couvrir les règles internes qui entrent habituellement dans cette catégorie. Idéalement, ces ambiguïtés devraient elles aussi faire l'objet d'interprétation. Toutefois, il est fort peu probable que les autorités chinoises se penchent sur un sujet aussi théorique.

2. Qualification

L'article 8 de la loi chinoise prévoit une règle méthodologique relative à l'opération essentielle de la qualification de la question juridique posée, qui permet de déterminer quelle règle de droit international privé s'applique en l'espèce, selon les termes suivants :

« The characterization of any civil relationship involving foreign elements shall be governed by the *lex fori*. »

Cette méthode de qualification classique, selon les conceptions de la loi du for, est aussi reprise en droit québécois, dans l'article 3078 C.c.Q. qui se lit ainsi :

« La qualification est demandée au système juridique du tribunal saisi ; toutefois, la qualification des biens, comme meubles ou immeubles, est demandée à la loi du lieu de leur situation. Lorsque le tribunal ignore une institution juridique ou qu'il ne la connaît que sous une désignation ou avec un contenu distincts, la loi étrangère peut être prise en considération. »

Comme on le constate, le droit québécois prévoit des règles additionnelles. Malheureusement, celles-ci sont trop vagues et incomplètes, si bien qu'il aurait mieux valu s'abstenir²⁶. Sur ce point, la solution chinoise,

²⁶ Pour une critique, voir : Gerald GOLDSTEIN, « La qualification selon l'art. 3078 C.c.Q. », dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner : études de droit international privé et de droit du commerce international*, Cowansville,

consistant à poser une règle de principe afin de guider les juges, sans aller dans le détail du raisonnement complexe de la qualification, est bien plus sage.

3. Renvoi

Le renvoi est la théorie selon laquelle, si la règle de conflit du tribunal saisi désigne une loi étrangère, et que cette loi comprend une règle de conflit qui désignerait en fait la loi du tribunal saisi ou une loi tierce, on tient compte de cette solution et le tribunal saisi applique non pas la loi que sa propre règle désigne, mais celle à laquelle aboutit la règle de conflit de ce système²⁷. Par réalisme et respect du droit étranger, on accepte le «renvoi» de compétence qu'elle fait à une autre loi parce qu'on tient compte des règles de droit international privé du système étranger désigné par la règle de conflit du tribunal saisi. Toutefois, une bonne partie des systèmes de droit international privé actuels refuse le renvoi, notamment parce qu'il entraîne une certaine imprévisibilité ou parce qu'il serait trop aléatoire²⁸. C'est ainsi que l'article 3080 C.c.Q. énonce que :

«Lorsqu'en vertu des règles du présent livre la loi d'un État étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de conflits de lois.»

Ce refus du renvoi est partagé par la nouvelle loi chinoise, dont l'article 9 se lit ainsi :

«The law of a foreign country that is to govern a civil relationship involving foreign elements does not refer to the law on the application of laws of that country.»

Éditions Yvon Blais, 2011, p. 195; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 819 et 820; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 4, aux pages 676 et 677; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 406 et suiv., p. 239 et suiv.; Henri KELADA, «Qualification et sélection des dispositions pertinentes», dans JurisClasseur Québec, coll. «Droit civil», *Droit international privé*, fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

²⁷ Voir notamment: Phocion FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Éditions Sirey, 1958.

²⁸ Voir: G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3080 550 et suiv., p. 49 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 823 et 824; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 6, aux pages 677 et 678; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 417 et suiv., p. 248 et suiv.

Cette solution commune nous paraît pertinente²⁹, même si certains droits modernes favorisent ponctuellement le renvoi de manière discriminatoire, lorsqu'il permet d'appliquer le droit du for.

Conclusion de la première partie

En conclusion, sur cette partie générale de la loi chinoise, on peut avancer qu'elle est bien adaptée aux besoins du monde moderne. En effet, ses règles répondent aux besoins pratiques de *prévisibilité* des solutions et d'*adaptation* des règles aux situations en cause, en permettant le choix de la loi et en insistant sur le respect du principe de proximité comme valeur fondamentale du système de droit international privé.

De plus, elles ne réclament pas de profondes analyses théoriques puisque la qualification doit s'effectuer selon la loi du tribunal saisi et que le renvoi est exclu, essentiellement par pragmatisme³⁰.

Toutefois, ces règles tendent aussi à réaliser un équilibre entre la liberté laissée aux parties de choisir la loi applicable à leur relation internationale et les besoins socio-économiques impératifs de la société en général, en ayant adopté la méthode des lois de police, ainsi que l'exception d'ordre public³¹.

On peut finalement noter que la partie générale de la nouvelle loi chinoise comprend aussi une règle de résolution des conflits de lois relative à la prescription (art. 7 L.C. (2011)) qu'elle soumet à la loi applicable au fond du litige. On retrouve la même solution, classique en droit civil, dans l'article 3131 C.c.Q. Toutefois, d'un point de vue formel, on peut se demander pourquoi la loi chinoise place cette règle dans la partie générale,

²⁹ *Contra*: Z. HUO, préc., note 1, 655.

³⁰ *Id.*

³¹ L'article 5 de la loi chinoise prévoit de manière très classique: «If the application of a foreign law would cause harm to social and public interests of the People's Republic of China, the law of the People's Republic of China shall be applied». En droit québécois, voir l'article 3081 C.c.Q. Sur ce sujet, voir: G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3081 550 et suiv., p. 56 et suiv.; Gerald GOLDSTEIN, «Mécanismes correctifs à l'application de la règle de conflit: clause échappatoire et exception d'ordre public», préc., note 15; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 824 et 825; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 10, aux pages 681 et 682; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 466 et suiv., p. 289 et suiv.

alors qu'elle devrait se trouver logiquement, comme c'est le cas en droit québécois, dans la partie consacrée aux règles spécifiques, que nous allons commenter dans la seconde partie.

II. Règles spécifiques de résolution des conflits de lois

Traditionnellement, depuis le Moyen-Âge, en droit international privé on classe les divers types de situations internationales en grands « statuts » : le statut personnel, réel, celui des obligations et la procédure. Ce découpage est plus ou moins suivi par les législations modernes, qui comprennent un nombre nettement plus important de règles destinées à traiter les conflits de lois en s'efforçant de formuler des solutions adaptées aux divers type de situations, dans le but de mieux respecter le principe de proximité.

Sans être totalement cohérent quant au contenu de chaque statut, le code civil du Québec est resté fidèle à la présentation classique puisqu'il découpe le Titre II du Livre X (consacré au droit international privé) en quatre chapitres : du statut personnel (chapitre I, incluant le droit des personnes et de la famille), du statut réel (chapitre II, incluant le droit des biens, les successions, la fiducie et les valeurs mobilières), du statut des obligations (chapitre III, incluant les obligations contractuelles, extracontractuelles, les régimes matrimoniaux et ... la preuve et la prescription) et du statut de la procédure (chapitre IV).

La nouvelle loi chinoise est encore moins rigoureuse³², de ce point de vue, puisqu'elle présente des chapitres consacrés au droit des personnes physiques (chapitre II, incluant des règles relatives à la capacité, mais aussi à la représentation et à l'arbitrage, qui devraient se trouver avec les obligations, et au trust, qui pourrait se trouver avec les droits réels), au mariage et au droit de la famille (chapitre III), aux successions (chapitre IV), aux droits réels (chapitre V), aux obligations (chapitre VI) et aux droits de propriété intellectuelle (chapitre VII).

Nos commentaires suivront la présentation chinoise.

³² Voir pour une critique semblable : W. CHEN, *Chinese Civil Procedure and the Conflict of Laws*, préc., note 1, p. 158.

A. Statut personnel

Alors que le statut personnel est soumis en droit québécois en principe à la loi du domicile de la personne concernée (art. 3083 C.c.Q.), la loi chinoise a opté pour la loi de la résidence habituelle. Il est important de revenir sur ce facteur de rattachement (1) avant de se pencher sur le détail des règles du statut personnel, divisé, selon la loi chinoise en dispositions relatives aux personnes physiques (2), à la formation (3) et aux effets du mariage (4), au régime matrimonial (5) aux relations parents-enfants et à la filiation (6), aux pensions alimentaires (7) et aux modes de dissolution du mariage que sont le divorce et la séparation de corps (8).

1. Le rattachement du statut personnel par la résidence habituelle

L'article 11 de la loi chinoise ouvre le chapitre sur le droit des personnes et soumet la capacité d'une personne physique à la loi de sa résidence habituelle. Ce choix sans doute inspiré par les exemples des droits suisse et belge, ainsi que celui des conventions de La Haye³³, montre à quel point le législateur chinois s'est tourné vers une optique moderne de la résolution des conflits de lois. En effet, sans aller, comme le droit québécois et les pays de common law, vers le rattachement par le domicile, le droit chinois a abandonné en 2011 le rattachement civiliste habituel du statut personnel par la nationalité, alors même que, face au même monde moderne, la loi japonaise de 2006³⁴ conserve au contraire son ancrage dans cette culture civiliste traditionnelle.

Nous estimons que cette prise de position du droit chinois est tout à fait digne d'éloges pour les motifs que nous allons exposer.

Il est vrai que certains reprochent à la résidence habituelle son degré de stabilité moindre que celui de la nationalité et du domicile. Néanmoins, il s'agit d'un choix favorable au *principe de réalité*, complémentaire à celui, fondamental, de proximité, puisque la résidence habituelle, définie comme le lieu où l'on demeure de manière habituelle, correspond au centre réel de la vie sociale d'une personne. Il semble d'ailleurs que ce motif ait pesé d'un certain poids dans cette orientation en droit chinois, dans la mesure où, à la différence de la loi nationale, menant éventuellement à une loi

³³ Voir: *id.*, p. 146.

³⁴ Voir: K. ANDERSON et Y. OKUDA, préc., note 14.

étrangère, elle permet l'application du droit du for, puisque la grande majorité des litiges portés devant les tribunaux chinois le sont par des personnes ayant leur résidence habituelle en Chine³⁵.

Au contraire, on peut reprocher à la loi nationale à la fois son fondement a priori douteux, dans un monde de plus en plus uniformisé par la révolution technologique, et ses effets discriminatoires et dangereux. On peut encore dénoncer le caractère mythique ou romantique de ce rattachement au passé, lorsque les personnes émigrent à l'étranger et vivent actuellement en un nouveau lieu.

Pourtant, lorsqu'on se plonge de plus près dans le monde asiatique, quand on comprend à quel point la culture des pays d'Asie y marque les peuples de manière spécifique depuis des siècles, on doit constater que la nationalité garde une résonance fondamentale en dehors du monde occidental. Ceci permet de comprendre le choix du Japon en 2006.

Par contraste, l'attitude chinoise sur ce point apparaît d'autant plus audacieuse. C'est un choix fondamental vers l'ouverture, vers l'internationalisme et le réalisme qu'exprime le rattachement chinois par la résidence habituelle, alors même que le droit québécois en 1994 n'a pas vraiment osé franchir cette étape en conservant le domicile.

Ceci dit, il reste exact que la résidence *habituelle* présente quelques difficultés, relatives, non pas à sa définition, mais à la détermination de son changement dans le temps³⁶. Toutefois, le domicile présente lui aussi des difficultés du même ordre, notamment pour prouver son élément intentionnel³⁷, sans toutefois toujours correspondre à la réalité de la situation. Aussi, ce choix du droit chinois nous semble tout à fait pertinent.

Il faut mentionner que l'article 20 L.C. (2011) prévoit que :

« If the law of the place of habitual residence is to be applied according to the present Statute, and the place of habitual residence of a natural person is unknown, the law of the place of his/her current residence shall be applied. »

³⁵ Voir : Z. HUO, préc., note 1, 658.

³⁶ Voir pour plus de détails sur le sujet : Gerald GOLDSTEIN, « La notion de résidence habituelle à la lueur du droit international privé québécois et des Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfant et de 1996 sur la protection des enfants », (2005) 65 R. du B. 219.

³⁷ Voir : C.c.Q., art. 76.

Dans le cas où il est impossible de prouver ce lieu de résidence habituelle, cette disposition rattache ainsi la relation à la résidence actuelle (qui peut être la résidence « ordinaire »). Cette solution aboutit alors probablement à un rattachement trop faible et trop instable et illustre la critique portée à cette notion de résidence. Toutefois, dans la grande majorité des situations, il est relativement aisé de déterminer la résidence habituelle d'une personne physique. Les autorités judiciaires chinoises ont interprété cette notion de résidence habituelle, afin de la préciser³⁸.

2. Droit des personnes physiques

Alors que l'article 11 de la loi chinoise soumet la capacité à la loi de la résidence habituelle de la personne concernée et que l'article 3083 C.c.Q. la soumet à la loi de son domicile³⁹, l'article 12 L.C. (2011) poursuit en reprenant cette règle au sujet de la capacité de passer des actes juridiques, sous réserve d'une exception importante, que l'on retrouve aussi dans l'article 3086 C.c.Q.⁴⁰.

Le rattachement de la capacité de passer des actes juridiques à la loi du milieu social d'une personne se justifie aisément. L'idée, bien comprise par les législateurs québécois et chinois, est que la personne à protéger doit pouvoir conserver cette protection où qu'elle se trouve, même si elle passe la frontière de son lieu de vie normal pour aller conclure des actes juridiques à l'étranger. Toutefois, les besoins du commerce local restent pressants et l'article 3086 C.c.Q. prévoit une exception à la loi personnelle, en

³⁸ La Cour suprême chinoise (SPC), dans une opinion rendue en 1988, a affirmé que la résidence habituelle est le lieu où une personne vit pendant une durée consécutive d'un an (point 9). Elle a ajouté (point 183) que, si une personne a plusieurs résidences, celle dont on tiendra compte sera celle ayant les liens les plus étroits avec la situation en cause; voir: « Opinions of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Implementation of the General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China (For Trial Implementation) » (Deliberated and Adopted at the Judicial Committee of the Supreme People's Court on January 26, 1988).

³⁹ Voir: G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3083 550 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 837-839; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 15, à la page 685; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 488 et suiv.; Catherine MANENTI, « État et capacité des personnes physiques », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 12, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

⁴⁰ Voir: G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3086 550 et suiv., p. 123 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 841-843; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 18, à la page 687; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 491, p. 309.

reprenant ainsi une règle issue du droit français⁴¹ donnant compétence à la loi du lieu de conclusion de l'acte en cas d'ignorance excusable de la loi étrangère par le cocontractant local :

« La partie à un acte juridique qui est incapable selon la loi de l'État de son domicile ne peut pas invoquer cette incapacité si elle était capable selon la loi de l'État du domicile de l'autre partie lorsque l'acte a été passé dans cet État, à moins que cette autre partie n'ait connu ou dû connaître cette incapacité. »

Le second alinéa de l'article 12 de la loi chinoise admet aussi cette exception en ces termes :

« If a natural person is engaged in civil activities, and he/she has no capacity to engage in civil juristic acts according to the law of the place of his/her habitual residence, but he/she has the capacity to engage in civil juristic acts according to the lex loci actus, the lex loci actus shall be applied, except if marriage, family or succession is involved. »

On doit noter qu'à la différence de la règle québécoise et de celles dont elle s'inspire, la loi chinoise ne permet pas à la personne protégée selon la loi de sa résidence habituelle d'invoquer le fait que son cocontractant était de mauvaise foi puisqu'il connaissait l'incapacité. Bien que cette connaissance puisse poser des problèmes de preuve et qu'en pratique ce cas soit probablement très rare, le droit chinois donne ici une préférence marquée au commerce local (en Chine ou ailleurs) sur la protection de l'incapable, en la limitant tout de même aux matières contractuelles, en suivant sur ce point l'article 36 al. 2 de la loi suisse de 1987⁴².

Par ailleurs, l'article 13 L.C. (2011) prévoit une règle spécifique relative aux déclarations d'absence ou de décès, pour les soumettre à la même loi de la résidence habituelle de la personne concernée. En droit québécois, l'article 3083 C.c.Q., couvrant toutes les questions d'état comme de capacité, inclut aussi implicitement ces deux situations et les soumet à la loi du domicile.

⁴¹ Req., 16 janvier 1861, *Lizardi*, D.P.1861.I.193, S.1861.I.305 (note Massé). Dans cette affaire, M. Lizardi, un Mexicain âgé de 22 ans, s'était abrité derrière l'âge de la majorité prévu par la loi mexicaine, 25 ans, pour échapper à l'obligation de payer des bijoux qu'il avait achetés à Paris. M. Lizardi fut quand même condamné à payer, le commerçant français ne pouvant connaître la loi mexicaine. La Cour a ajouté qu'il suffisait que ce commerçant ait traité « sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ».

⁴² *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*, préc., note 7.

La loi chinoise est encore plus précise puisqu'elle énonce dans son article 15 que le *contenu des droits de la personnalité* dépend aussi de la loi de la résidence habituelle de la personne concernée. Cette loi complète cette règle par l'article 46 L.C. (2011), inclus dans le chapitre sur les obligations, consacrant aussi l'empire de la loi de la résidence habituelle sur la *responsabilité découlant de la violation des droits de la personnalité*, comme la diffamation, etc. Sans insister sur l'écartèlement formel des divers aspects des droits de la personnalité (contenu et violation des droits) – qui se justifie amplement puisque la sanction de la violation se traduit par une obligation légale de réparation, solution que l'on trouve aussi en droit suisse – il est notable que ce droit chinois consacre au sujet deux règles expresses. Sociologiquement, l'importance fondamentale de la réputation d'une personne dans la culture chinoise explique ce souci. Du point de vue du Québec, qui reste muet sur tous ces points, les articles 14 et 46 L.C. (2011) sont dignes d'intérêt puisqu'ils présentent une synthèse claire de la distinction entre ces deux questions différentes, du point de vue de la qualification, tout en affirmant la compétence de la loi du milieu social de la victime (celle de sa résidence habituelle) aussi bien pour les questions relatives au contenu et que pour celles relatives aux atteintes à ces droits de la personnalité.

Enfin, les deux droits traitent aussi du rattachement des personnes morales. L'article 3083 al. 2 C.c.Q., tout comme, en principe, l'article 14 al. 2 L.C. (2011), fait régir leur capacité d'ester en justice, ainsi que leur organisation, par la loi du lieu de leur enregistrement (à titre de loi du lieu de « constitution », en vertu de l'article 3083 C.c.Q.). Toutefois, l'article 14 L.C. (2011) prévoit aussi que, si le lieu principal des activités professionnelles ou commerciales de la personne morale se trouve ailleurs qu'au lieu d'enregistrement, alors la loi du lieu principal des activités s'applique.

Cette nouvelle législation donne donc très clairement préséance à la réalité sur la fiction, orientation générale reflétée par le choix de la résidence habituelle comme rattachement du droit des personnes, notion de fait et non fiction juridique, à la différence de la nationalité ou du domicile, orientation confirmée dans le même article 14 L.C. (2011) par la précision expresse que la résidence habituelle de la personne morale se trouve au lieu de ses principales activités commerciales ou professionnelles.

3. Formation du mariage

On doit distinguer les conflits de lois relatifs aux conditions de forme (i) et de fond (ii) du mariage dans la mesure où les règles de résolution sont différentes.

i. Validité formelle

Sur le plan de la validité formelle du mariage, l'article 22 L.C. (2011) et l'article 3088 al. 2 C.c.Q. adoptent de manière identique une approche favorable à cette validité en prévoyant une règle de conflit alternative, selon laquelle le mariage sera valide si l'une des diverses lois présélectionnées, en plus de la traditionnelle loi du lieu de célébration, l'admet⁴³. La seule différence étant que la loi chinoise admet une alternative en fonction de l'application de la loi de la résidence habituelle de l'un des futurs époux, alors que le droit québécois prévoit plutôt la loi du domicile. Sur ce point, la loi nationale de l'un des époux reprend de la pertinence, même en droit international privé québécois.

ii. Validité quant au fond

Sur le plan de la validité quant au fond du mariage, les politiques des deux lois sont plus sévères. Toutefois, leurs dispositions diffèrent. Alors que l'article 21 L.C. (2011) soumet en principe cette validité à la loi de la résidence habituelle commune des parties, l'article 3088 al 1 C.c.Q. la fait régir par la loi du domicile des époux, ce qui aboutit éventuellement à exiger cumulativement le respect des lois de chacun d'eux⁴⁴.

Mais l'article 21 L.C. (2011) devait régler le problème de l'absence de résidence habituelle commune. Aussi, il prévoit de manière subsidiaire l'application de la loi nationale commune, ou, en cas de défaut, la loi du

⁴³ Voir: G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3088 550 et suiv., p. 136 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, n° 156 à 165, aux pages 843 et 844; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 20, aux pages 690 et 691; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 492, p. 309-312; Harith AL-DABBAGH, « Mariage et effets du mariage », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

⁴⁴ Voir: G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3088 555, p. 138-140; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 19, aux pages 688-690; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 492, p. 309-312.

lieu de célébration, à condition que l'un des époux ait soit la nationalité de ce lieu, soit sa résidence habituelle à cet endroit.

Cette disposition laisse toutefois subsister une lacune : dans cette dernière situation, si aucun époux n'a sa résidence habituelle ou au lieu de célébration, ou si aucun d'eux n'a la nationalité de ce lieu, l'article 21 ne permet pas de déterminer le droit applicable. On doit alors retomber sur l'article 2, qui prévoit la compétence de la loi ayant les liens les plus étroits, ce qui devrait permettre de fournir une solution, mais qui reste trop imprévisible⁴⁵, dans un cas probablement exceptionnel, il est vrai.

En définitive, on constate que la loi chinoise est plus favorable au mariage que le droit québécois, puisqu'il est possible de le valider quant à ses conditions de fond si l'un des époux présente un rattachement au lieu de célébration. Cette solution paraît raisonnable puisqu'elle ne favorise pas le forum shopping et qu'elle peut correspondre à la loi du milieu de vie réel des époux, s'il s'agit du rattachement de principe par la résidence habituelle commune.

Toutefois, en cas de changement de domicile ou de résidence habituelle au cours du temps, problème dit du « conflit mobile »⁴⁶, encore faudrait-il que les autorités de l'un et l'autre système interprète ces règles, puisqu'elles ne prévoient pas à quel moment concrétiser le rattachement. Il est clair que ces facteurs doivent être envisagés *au moment du mariage*, et non après, si l'on veut favoriser le maintien du statut des émigrants dans le temps et l'espace, afin de leur faciliter la vie.

Une fois le mariage valide selon la loi applicable en vertu de la règle de conflit du tribunal saisi, il aura des effets, qui eux aussi, peuvent entraîner des conflits de lois. Sur ce plan de la résolution des conflits de lois, le droit chinois, ainsi que les autres droits modernes, comme le droit québécois, fait une distinction entre les effets du mariage (4) et le régime matrimonial (5).

4. Effets du mariage

Les effets du mariage, comme le nom de femme mariée, l'obligation de fidélité, d'assistance, etc., sont régis par la loi de la résidence habituelle commune des époux, en droit chinois (art. 23 L.C. (2011)) et par la loi de

⁴⁵ Voir aussi : Z. HUO, préc., note 1, 664.

⁴⁶ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3089 590, p. 182.

leur domicile commun en droit québécois (at. 3089 C.c.Q.). Ainsi, ces deux systèmes rattachent judicieusement ces effets à la loi de milieu social, ce qui évite les frictions sociales.

En réalité, cet objectif n'est atteint que si l'on concrétise de manière pertinente le rattachement en cas de conflit mobile. En effet, aucune de ces règles ne prévoit expressément à quel moment dans le temps apprécier ce rattachement. On peut avancer qu'il devrait s'agir du domicile commun ou de la résidence commune *au moment où le problème se pose*⁴⁷, par exemple, la résidence habituelle commune lors de l'infidélité, ou lorsque le besoin d'assistance se fait sentir, qui est normalement le domicile commun actuel ou la résidence commune actuelle, au moment de l'action en justice.

Dans les deux cas, il faut encore envisager une solution subsidiaire en cas de défaut de rattachement commun aux deux époux. Alors l'article 3089 C.c.Q. donne compétence à la loi de la dernière résidence habituelle commune, et, en cas de défaut, à celle du lieu de célébration. De cette manière, on trouvera toujours un facteur de rattachement pour les effets du mariage.

De son côté, l'article 23 L.C. (2011) désigne la loi nationale commune. On peut porter deux critiques à cette règle, qui devrait logiquement mener à la loi nationale commune *au moment où le problème se pose*. D'abord, l'application en second rang de la loi *nationale* commune peut poser des problèmes sociaux. Par exemple, elle impliquerait que les juges chinois acceptent d'appliquer une loi étrangère discriminatoire envers les épouses, prévoyant une obligation d'obéissance au mari, ou une loi prévoyant une obligation de cohabitation avec plusieurs épouses en cas de mariage polygamique. Il est probable que l'exception d'ordre public serait invoquée (art. 5 L.C. (2011)) pour l'écarter. Il est vrai que ce même conflit de culture peut surgir à propos de n'importe quelle loi étrangère, quelle que soit la loi nationale commune utilisée.

Ensuite, cette disposition ne prévoit rien en cas d'absence de nationalité commune. Dans ce cas, on peut penser à nouveau à utiliser l'article 2 L.C. (2011) qui renvoie en général au principe de proximité. Il est possible

⁴⁷ *Id.*; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, n° 170, à la page 845; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 21, aux pages 691-693. Voir aussi: C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 493, p. 312 et 313; H. AL-DABBAGH, préc., note 43.

qu'alors les juges chinois se rabattent sur la loi de la dernière résidence habituelle commune, comme le fait expressément l'article 3089 C.c.Q., mais l'article 23 de la loi chinoise ouvre tout de même la porte à trop d'imprévisibilité⁴⁸.

5. Régime matrimonial

Les deux systèmes en cause prévoient des règles spéciales pour cet effet patrimonial du mariage que l'on nomme le « régime matrimonial ». Dans ces deux droits, on doit distinguer la loi applicable au régime conventionnel, en cas de contrat de mariage, et le régime légal, en cas d'absence d'un tel contrat de mariage.

i. Régime conventionnel

Les deux systèmes permettent aux époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, ce qui l'éloigne du statut personnel, impérativement soumis à une loi par un facteur de rattachement comme la résidence ou le domicile, et le rapproche du statut contractuel, où gouverne en principe l'autonomie de la volonté. Toutefois, le droit québécois autorise un choix sans limite dans l'article 3122 C.c.Q.⁴⁹, alors que l'article 24 du droit chinois leur propose seulement une *option* entre plusieurs législations présélectionnées. Leur choix peut en effet porter soit sur la loi de la résidence habituelle ou la loi nationale de l'un des époux, soit sur la loi du lieu de situation de leur bien principal⁵⁰.

Ce choix restreint semble paradoxal, puisque l'article 3 de la nouvelle loi chinoise, permettant le choix de la loi par les parties, se veut un principe fondamental, afin de donner un caractère ouvert et moderne au système chinois. Toutefois, un tel principe de liberté et d'ouverture paraît

⁴⁸ Voir aussi : Z. HUO, préc., note 1, 665.

⁴⁹ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3122 550, p. 608 et 609; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 885 et 886; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 59, aux pages 731-733; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 560, p. 375; Harith AL-DABBAGH, « Régimes matrimoniaux », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 34, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

⁵⁰ L'article 24 énonce : « With regards to property relationships of spouses, the parties may choose by agreement the law of the place of habitual residence or the law of the country of nationality of one party, or the law of the place where the principal property is situated, as applicable ».

tout de même dangereux au législateur chinois dans la mesure où il peut permettre des abus⁵¹. C'est pourquoi l'article 3 L.C. (2011) encadre cette liberté en imposant que le choix doit s'exercer « conformément à la loi » (« *In accordance with statutory provisions...* »). L'article 24 L.C. (2011) illustre bien cette hésitation puisque le choix de la loi applicable au régime conventionnel est fortement limité à des rattachements qui correspondent à peu près à ceux retenus pour le régime matrimonial légal.

Le troisième rattachement proposé pose des problèmes spécifiques. Étant donné que le régime matrimonial est essentiellement un ensemble de règles régissant le statut des biens entre époux, il est naturel de juger, comme le montre l'article 24 L.C. (2011), que le lieu de situation des biens en cause permet de les localiser de manière objective, puisque le lieu de situation d'un bien est le rattachement de principe des droits réels autant en droit québécois (art. 3097 C.c.Q.) qu'en droit chinois [art. 37 L.C. (2011)]. Toutefois, ce rattachement présente des difficultés dans la résolution des conflits de lois. En cas de dispersion dans l'espace des biens sujets à ce régime, et de changements de lieux (cas du conflit mobile) au cours du temps, la règle de conflit ne permet pas de désigner un seul système juridique sans susciter une interprétation plus poussée. Aussi, pour tenter de résoudre la difficulté liée à une désignation de multiples lois, l'article 24 L.C. (2011) prévoit-il l'application de la loi du lieu de situation *du bien principal* des époux.

Mais il faut pouvoir le déterminer. On peut penser que ce bien sera un immeuble, étant donné en général sa plus grande valeur par rapport aux meubles. Qui plus est, ce bien ne peut se déplacer au cours du temps. Il en découlerait la désignation d'une loi unique, non susceptible de poser un conflit mobile. Néanmoins, les époux seront souvent locataires de leur résidence, spécialement dans les pays qui limitent ou interdisent l'accès à la propriété du sol. De toute manière, de nos jours, les valeurs mobilières ont acquis un attrait et une valeur sans précédent. Il faudra alors localiser un ensemble de biens éventuellement incorporels, comme un compte de titres ou un compte en banque, ou de biens susceptibles de se déplacer facilement au cours du temps. À ces problèmes, on doit ajouter le cas où la valeur respective des divers biens des époux varie au cours du temps. À quel moment, dans ces conditions, déterminer le « bien principal » ? On doit supposer que cette détermination doit être envisagée *lors du choix* de

⁵¹ Voir en ce sens : Z. Huo, préc., note 1, 651.

la loi. Dans certaines de ces hypothèses, la légalité du choix des époux dépendra d'une analyse susceptible de réserver des surprises, ce qui ne paraît pas être une bonne solution, spécialement dans une perspective de prévisibilité, qui était logiquement celle à l'origine de la règle.

Si ce choix ne correspond pas aux branches de l'option permise par l'article 24 L.C. (2011), il faut supposer que la nullité qui en découle mènera à classer la situation dans celle d'absence de choix, sujette à l'application du rattachement propre au régime légal. Sinon, on retombe dans le cadre général de l'article 2 L.C. (2011), menant à l'application de la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation, solution bien trop imprévisible pour satisfaire les besoins de la résolution des conflits de lois en matière de régime matrimonial conventionnel.

La solution québécoise, plus libérale, semble meilleure et plus cohérente, d'autant plus que les deux systèmes ont adopté une exception d'ordre public, suffisante pour écarter éventuellement la loi choisie et régler ainsi les abus allant à l'encontre des principes fondamentaux de chacun d'eux. De manière générale, à la lueur de cet exemple, on peut penser, comme l'a décidé le codificateur québécois, que l'utilité d'une règle générale sur la fraude à la loi en droit international privé était négligeable étant donné, notamment, l'adoption d'une exception d'ordre public.

ii. Régime légal

En ce qui concerne le régime légal, les rattachements choisis par les deux systèmes le classe clairement dans le statut personnel. En effet, l'article 24 L.C. (2011) désigne la loi de la résidence habituelle commune, à défaut, celle de la nationalité commune des époux. De son côté, l'article 3123 C.c.Q. donne compétence à la loi du domicile commun des époux lors du mariage, et, en cas de défaut, en cascade, à celle de la première résidence habituelle commune après le mariage, à défaut, à la loi nationale commune et, à défaut, à la loi du lieu de célébration du mariage⁵².

Le facteur de rattachement principal de la loi chinoise, la résidence habituelle des époux, place très justement leurs relations patrimoniales

⁵² Voir: G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3123 550 et suiv., p. 618 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 886 et 887; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 59, aux pages 731-733; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 561 et suiv.; H. AL-DABBAGH, préc., note 49.

sous l'empire de la loi de leur milieu social, celle qu'ils auront probablement choisi de manière tacite. Encore faut-il interpréter cette règle en cas de conflit mobile dans le sens d'une concrétisation *lors du mariage*, comme le fait expressément l'article 3123 C.c.Q. Néanmoins, en cas de défaut de résidence habituelle à ce moment, la loi nationale commune peut sérieusement manquer de lien avec la situation, sauf si l'on prend pour acquis qu'ils ont tacitement voulu se placer sous la loi correspondant à leur culture commune au moment du mariage.

En l'absence de nationalité commune, la loi chinoise présente une lacune que l'on peut tenter de combler avec l'article 2 L.C. (2011), menant encore à la loi du centre de gravité, à déterminer selon les circonstances. Il nous semble sur ce point que la solution de l'article 3123 C.c.Q., prévoyant notamment l'application de la loi du lieu de leur première résidence habituelle, présente un certain intérêt dans l'optique de l'objectif général de prévisibilité.

6. Relations parentales et filiation

i. Filiation naturelle

Les lois des deux systèmes prévoient une règle favorable à l'enfant en matière de filiation. L'article 25 L.C. (2011) donne compétence à la loi de la résidence habituelle de la famille, ce qui sera normalement le cas. À défaut d'une telle résidence, on appliquera la loi de la résidence habituelle ou la loi nationale de l'une des parties, selon celle qui est favorable à l'enfant⁵³. L'article 3091 C.c.Q. énonce une règle très similaire, en remplaçant la résidence habituelle par le domicile et en réglant les éventuels conflits mobiles en précisant que le rattachement sera concrétisé lors de la naissance de l'enfant⁵⁴. Étant donné que l'article 25 cherche à favoriser l'enfant, il est possible que les conflits mobiles soient réglés par l'application

⁵³ L'article 25 L.C. (2011) se lit ainsi : « Personal relationships and property relationships between parents and child shall be governed by the law of the place of their common habitual residence; in the absence of a place of common habitual residence, the law of the place of habitual residence or the law of the country of nationality of one party shall be applied, provided that is the law favoring protection of the rights and interests of the weaker party ».

⁵⁴ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3091 550 et suiv., p. 224 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, n° 22, à la page 813; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 501, p. 335; Jeanne TUGAULT-LAFLEUR, « Filiation par le sang et adoption

de la loi de la résidence habituelle actuelle de l'une des parties si elle est plus protectrice, ce qui serait une meilleure solution que celle obtenue par le droit québécois.

ii. Adoption

En matière d'adoption, notre article 3092 C.c.Q. prévoit la règle suivante :

« Les règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption d'un enfant sont celles que prévoit la loi de son domicile. Les effets de l'adoption sont soumis à la loi du domicile de l'adoptant. »

Cette règle ne prévoit pas quelle loi régit les conditions de l'adoption relatives aux adoptants, mais l'on peut déduire des certaines autres dispositions du Code civil (art. 565 C.c.Q. et suiv.) qu'elles dépendent en principe de la loi du domicile de l'adoptant. Néanmoins, avec l'adoption de la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, le 29 mai 1993 à La Haye⁵⁵, et sa mise en vigueur au Québec depuis le 1^{er} février 2006⁵⁶, on en vient à exiger que les adoptants respectent à la fois la loi de leur domicile et celle de l'adopté, ce qui aboutit à une règle de conflit cumulative, peu favorable à l'adoption internationale⁵⁷.

La nouvelle loi chinoise n'y est pas plus favorable puisque son article 28 énonce que :

« Conditions and formalities of adoption shall be governed by the law of the place of habitual residence of the adopter and the law of the place of habitual residence of the adoptée. Effects of adoption shall be governed by the law of the place of the habitual residence of the adopter at the time of the adoption. Dissolution of an adoption relationship shall be governed by the law of the

internationale», dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 16, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

⁵⁵ *Recueil des conventions (1951-2003)*, Bureau permanent de la Conférence, La Haye, M. Kluwer, doc. n° 33, p. 354.

⁵⁶ *Loi assurant la mise en oeuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, RLRQ, c. M-35.1.3.

⁵⁷ Sur le sujet, voir: Gerald GOLDSTEIN, « Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois », (2010) 69 *R. du B.* 57 ; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 23, aux pages 694-696 ; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 502, p. 321-330 ; J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 54.

place of habitual residence of the adoptée at the time of adoption or the *lex fori*.»

Bien que ceci ne soit pas très clair, l'article 28 L.C. (2011) sera probablement interprété de façon à faire respecter cumulativement les conditions de la loi de l'adopté et de l'adoptant, c'est à dire les règles les plus sévères. Ainsi, il faudra considérer nulle une adoption en faveur de deux parents adoptants de même sexe ayant pourtant leur résidence habituelle dans un État où une telle adoption est permise, comme au Québec, dès lors que la loi de la résidence de l'adopté (par exemple, la loi chinoise) l'interdit. Le but de cette disposition était précisément, semble-t-il, de s'assurer que les parents adoptifs, domiciliés à l'étranger, d'un enfant chinois résidant en Chine respectent la loi chinoise. Toutefois, étant donné sa formulation bilatérale, elle va aussi rendre plus difficile les éventuelles adoptions d'enfants étrangers par des parents adoptifs résidant en Chine⁵⁸.

iii. Garde d'enfant et autorité parentale

En matière de garde d'enfant, le même article 25 L.C. (2011) s'applique en droit chinois, alors que l'article 3093 C.c.Q. prévoit plutôt l'application exclusive de la loi du domicile de l'enfant, qui est censée être en général le lieu de sa résidence habituelle⁵⁹. Sur ce point, l'approche québécoise est plus rigide et l'on pourrait penser que la règle de conflit chinoise mènerait vers une meilleure solution. Toutefois, le problème consiste à déterminer la loi la plus favorable à l'enfant en matière de garde: celle attribuant la garde à la mère? Au père? De plus, la règle en la matière devrait être simple, sans nécessiter de longs débats afin d'éviter les frais de justice. En définitive, on peut en déduire que la règle québécoise est la plus efficace, de ce point de vue.

⁵⁸ Voir: Z. HUO, préc., note 1, 666.

⁵⁹ Voir: G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3093 550 et suiv., p. 262 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 848 et 849; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 24, à la page 696; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 503, p. 330 et 331; Frédérique SABOURIN, « Garde, autorité parentale et enlèvement international et interprovincial d'enfants », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 17, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

7. Pensions alimentaires

Afin de favoriser le créancier, en droit québécois, l'article 3094 C.c.Q. s'est inspiré de la Convention de La Haye de 1973⁶⁰ en prévoyant une règle de conflit alternative à caractère matériel. On applique la loi du domicile du créancier, celle qui devrait déterminer le montant dont il a besoin pour vivre dans son milieu social. Mais si cette loi ne lui donne aucune pension, alors il peut invoquer la loi du domicile du débiteur si celle-ci lui en attribue une. En fait, cette règle aurait pu être améliorée du point de vue de la protection, en prévoyant une véritable alternative, selon la loi la plus favorable, étant donné que l'article 3094 C.c.Q. donnera une compétence exclusive à la loi du domicile du créancier même si elle lui attribue une pension même négligeable⁶¹.

L'article 29 de la loi chinoise prévoit une règle originale qui se lie ainsi :

« Maintenance shall be governed by the law of the place of habitual residence or the law of the country of nationality of one party, or the law of the place where the principal property is situated, provided that it is the law favoring protection of the rights and interests of the person to be maintained. »

Une telle règle protège plus le créancier que la loi québécoise. Toutefois, il peut être assez compliqué de déterminer où se situe le « bien principal ». On peut supposer que l'évaluation du caractère « principal » du bien doit avoir lieu au moment où le besoin se fait sentir, ou peut être lors de l'action en justice. S'il s'agit de meubles, la question est importante puisqu'ils peuvent être déplacés rapidement afin de désigner une loi défavorable au créancier lors du litige. Dans la mesure où la règle vise la protection du créancier, on peut envisager une interprétation qui concrétiserait ce lieu de situation à l'endroit où la loi est la plus protectrice au cours du temps, entre le moment où le besoin se fait sentir et celui où l'action est intentée. Il n'en reste pas moins que le lieu de situation d'un

⁶⁰ *Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, Recueil des Conventions, (1951-2003), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, M. Kluwer, doc. n° XXIV, p. 216.

⁶¹ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3094 550 et suiv., p. 270 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 849 et 850; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 25, aux pages 696 et 697; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 505, p. 331 et 332; Sonia HEYEUR, « Divorce, séparation de corps et obligations alimentaires », dans Juris-Classeur Québec, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 18, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

bien, fut-il le bien principal de débiteur, n'a pas de rapport avec le type de litige, si ce n'est du strict point de vue de l'exécution du jugement. On peut y voir en tout cas un autre signe du caractère très pragmatique de la nouvelle loi chinoise. Par ailleurs, dans la même optique de protection, celle-ci ne reprend pas l'exception que l'on trouve dans l'article 3095 C.c.Q. qui dispose que « la créance alimentaire d'un collatéral ou d'un allié est irrecevable si, selon la loi de son domicile, il n'existe pour le débiteur aucune obligation alimentaire à l'égard du demandeur »⁶².

8. Divorce et séparation

i. Divorce

Dans les deux lois en cause, le divorce judiciaire est régi par la loi du for. Cette solution rigide favorise le forum shopping. Elle n'est donc pas satisfaisante. Elle résulte au Canada de la reprise en droit fédéral d'une solution venant de la common law, qui confond sur ce point la loi applicable et le tribunal compétent. En effet, il n'existe pas de règle de conflit en droit canadien sur ce point, mais l'article 3 de la *Loi sur le divorce*⁶³ se contente de donner compétence au tribunal canadien de la province de la résidence habituelle de l'un des époux depuis un an au moment où l'action est intentée. En pratique, cette solution revient à appliquer la loi de la résidence habituelle de l'un des époux, ce qui n'est pas une mauvaise règle. Mais si aucun époux ne réside au Canada pendant la période de temps prévue, aucun tribunal canadien ne pourra ordonner le divorce.

Il est surprenant de trouver la même règle dans l'article 27 de la loi chinoise qui énonce simplement la compétence de la loi du for. Le tribunal chinois, une fois compétent selon ses règles de compétence internationale, n'appliquera que la loi chinoise. Cette solution contraste assez fortement avec la règle admise expressément en droit chinois pour le divorce par consentement mutuel. En effet, l'article 26 L.C. (2011) se lit ainsi :

« With regard to divorce by agreement, the parties may choose by agreement the law of the place of habitual residence or the law of the country of nation-

⁶² Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3095 555, p. 280 ; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, n° 192 à 196, à la page 850 ; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 25, aux pages 696 et 697 ; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 505, p. 331 et 332.

⁶³ L.R.C. 1985, c. 3 (2^{ème} suppl.).

ality of one party as applicable. In the absence of a choice by the parties, the law of the place of the common habitual residence shall be applied; in the absence of a place of common habitual residence, the law of the country of their common nationality shall be applied; in the absence of a common nationality, the law of the place where the institution conducting the divorce formalities is situated shall be applied.»

Ainsi la loi chinoise a fait preuve de modernité en permettant le choix de la loi en matière de divorce par consentement mutuel non judiciaire. La loi de la résidence habituelle ou de la nationalité d'un époux sont des rattachements pertinents sur ce sujet. En l'absence de choix, l'article donne compétence à la loi commune, soit de leur nationalité, soit de leur résidence et en dernier recours seulement, à la loi du for.

Il serait logique que ces rattachements s'appliquent aussi en droit chinois en cas de divorce judiciaire, qui, actuellement, dépend des chefs de compétence juridictionnelle du juge chinois.

ii. Séparation

Alors que l'article 3090 C.c.Q. soumet en droit québécois la séparation à la loi du domicile (probablement actuel) des époux⁶⁴, la loi chinoise ne prévoit pas de règle spécifique. Sans classer cette situation dans la catégorie « divorce judiciaire » (ce qui serait une erreur), la loi chinoise appliquera alors, selon son article 2 alinéa 2, la loi ayant les liens les plus étroits avec la question. En respectant son esprit, il est probable que cette règle se traduirait en principe par l'application de la loi de la résidence habituelle commune actuelle des époux, à défaut, par celle de leur nationalité commune, ou celle de leur dernière résidence habituelle commune (comme le prévoit l'article 3090 al. 2 C.c.Q.), à défaut, par la loi chinoise.

B. Obligations

En plus des règles de conflit générales applicables aux obligations contractuelles (1) et extracontractuelles (3), chacune des lois prévoit des règles spécifiques pour certains contrats comme le contrat de consommation (2) et pour certaines responsabilités particulières, comme celle du fait

⁶⁴ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3090 550 et suiv., p. 188 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, n° 171-174, à la page 846; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 22, à la page 694; S. HEYEUR, préc., note 60.

des produits (4). Enfin, chacune des lois prévoit une règle générale applicable aux obligations quasi contractuelles (5).

1. Règles générales applicables aux obligations contractuelles

Comme tous les droits modernes, les droits chinois et québécois ont adopté une double règle générale en matière contractuelle : soit les parties choisissent la loi applicable à leurs obligations (c'est le rattachement dit subjectif), soit, en l'absence de choix, on applique le principe de la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation (c'est le rattachement dit objectif)⁶⁵.

i. Rattachement subjectif : choix de la loi par les parties

L'article 3111 C.c.Q. dispose que :

« 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. Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation. On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique. »

De manière similaire, mais plus simplement, l'article 41 L.C. (2011) énonce que :

« The parties may choose by agreement the law applicable to a contract. »

Cette possibilité de choisir la loi applicable aux obligations contractuelles permet essentiellement aux parties de disposer de règles adaptées à leurs besoins et de prévoir à l'avance le contenu de leurs obligations, ce qui est indispensable au développement du commerce international. Des économies aussi diverses que celles du Québec et celle de la Chine se rejoignent totalement sur ce point.

⁶⁵ G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3111 550 et suiv., p. 473 et suiv.; « Règles générales contractuelles de conflit de lois », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 26, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 870-875; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 44 à 46, aux pages 716-719; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 536 et suiv., p. 355 et suiv.

Toutefois, le droit québécois, suivant en cela le droit européen, a prévu expressément un certain nombre d'hypothèses ou de limites à ce choix afin de faire respecter d'autres politiques, notamment de protection sociale, sans diminuer cette prévisibilité. Ainsi, l'article 3111 C.c.Q. énonce expressément que les parties peuvent disposer de cette liberté de choix même si le contrat n'est pas international. Néanmoins, s'il n'a aucun élément d'extranéité, son second alinéa prévoit tout de même le respect des dispositions impératives de la loi normalement compétente, en l'absence d'un tel choix.

Au contraire, l'article 41 L.C. (2011) ne se prononce pas expressément sur ce point, qui peut paraître assez théorique, il est vrai. Toutefois, si l'on examine le premier article de la nouvelle loi, elle indique clairement que ses dispositions, donc le choix de la loi, concernent les « *relationships involving foreign elements* ». Par conséquent, il semble qu'un tel choix serait limité aux contrats internationaux, à la différence du droit québécois. Il reste que l'une des difficultés consiste à déterminer quand on se trouve en présence d'un tel élément. Devrait-on y inclure la situation où deux Québécois passent un contrat en Chine, qui devrait s'exécuter entièrement dans ce pays ?

De plus, ceci n'écarte pas la question de savoir ce qu'un juge chinois déciderait si *le seul* élément d'extranéité était une clause de choix de la loi. On peut penser qu'elle ne serait pas respectée dans la mesure où la liberté de choisir une loi étrangère – comprenant non seulement ses dispositions facultatives, mais aussi ses règles impératives – *présuppose* un élément étranger, qui serait absent dans cette hypothèse. D'ailleurs, il deviendrait difficile autrement de justifier par un fondement d'adaptation cette liberté en principe admise dans le but de développer des relations internationales, avec des cocontractants issus d'autres systèmes juridiques.

Par ailleurs, on doit noter que l'article 41 L.C. (2011), complété par l'article 3 L.C. (2011) ne permet qu'un choix exprès de la loi, à la différence du droit québécois (et du droit européen dont il s'inspire) puisque l'article 3111 al. 1 C.c.Q. admet un choix tacite. Afin de réduire l'incertitude qui résulte d'une analyse des circonstances reflétant un choix implicite, cette disposition limite son champ d'application aux dispositions de l'acte. Il semble que le législateur chinois ait été encore moins à l'aise avec cette perspective, puisque cette analyse des circonstances le place directement dans l'hypothèse de l'absence de choix. Autrement dit, on peut prêter

au législateur chinois la pensée suivante: si les parties désirent se prévaloir de ce *privilège* de choix, ce n'est certainement pas trop exiger d'elles qu'elles le fassent clairement, sans forcer le juge à sonder leur intention.

Un autre débat important touche l'admission du « dépeçage », ou la possibilité, également expressément prévue dans l'article 3111 al. 3 C.c.Q., de choisir plusieurs lois applicables à différentes questions relatives au même contrat. L'article 41 L.C. (2011) reste muet sur la question. On peut supposer qu'étant donné qu'il s'agit d'un complément logique à la liberté de choisir les dispositions les plus adaptées à une relation contractuelle, dans une optique moderne et favorable aux relations commerciales internationales, un tribunal chinois admettrait le dépeçage⁶⁶, à condition qu'il soit aisément possible de bien distinguer le domaine respectif de chacune des lois choisies.

Une question incidente à ce débat consiste à se demander si les parties peuvent choisir un ensemble de règles d'origine non étatiques (la *lex mercatoria*, etc.). La réponse est controversée en droit québécois et la réponse dépend en définitive de la tendance à laquelle on se rattache: subjectivisme *absolu*, permettant ce choix, ou subjectivisme *modéré*, l'interdisant, comme, selon nous, le droit québécois⁶⁷.

Dans une période de transition économique sans précédent en Chine, qui se traduit encore par un certain nombre de grandes contradictions, il est actuellement très difficile d'avancer quelle solution un juge chinois admettrait. D'un côté, cette loi de 2011 doit s'interpréter en tenant compte du fait que des dispositions spécifiques peuvent intervenir pour un certain nombre de contrats du commerce international. En effet, il est clair que le but de cette nouvelle législation consiste à fournir une interprétation plus précise aux règles de droit international privé essentiellement applicables aux relations civiles et non commerciales. Par conséquent, dans un esprit ouvert aux relations commerciales internationales, le législateur chinois permettra certainement le choix de règles issues directement de la pratique comme celles de la *lex mercatoria*⁶⁸, puisqu'il s'agit du prix à payer pour participer à ces relations. D'un autre côté, le droit chinois ne s'est pas totalement départi d'une attitude de méfiance et de contrôle étant donné

⁶⁶ Voir en ce sens: Z. HUO, préc., note 1, 672.

⁶⁷ Voir: G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3111 560, p. 477-482.

⁶⁸ Voir en ce sens: Z. HUO, préc., note 1, 672.

l'importance fondamentale de ce commerce. Un assez grand nombre de contrats commerciaux, passés avec des participants chinois et destinés à être exécutés en Chine, reste donc impérativement soumis à la loi chinoise, appliquée à titre de lois de police⁶⁹.

Étant donné cette difficulté de classer dans une catégorie ou une autre le droit chinois découlant de la loi de 2011, d'autres questions restent sans réponse. Ainsi, un juge chinois validerait-il une clause de stabilisation de la loi choisie, si elle était contraire à la nouvelle version de cette loi? Que déciderait-il si la loi choisie annulait le contrat? Sur ce dernier point, le droit québécois, d'inspiration subjective modérée, chercherait tout de même à le valider éventuellement, malgré la volonté contraire des parties, en vertu de la loi objectivement applicable, tel que l'article 3112 C.c.Q. le prévoit expressément.

ii. Rattachement objectif: absence de choix de la loi

Les articles 3112 et 3113 énoncent que :

« 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. »

De son côté, le second alinéa de l'article 41 de la loi chinoise se lit ainsi :

« In the absence of a choice by the parties, the contract shall be governed by the law of the place of habitual residence of one party whose performance of obligations can best embody the characteristics of the contract, or by any other law that has the closest connection with the contract. »

Les deux lois admettent donc en principe la même solution : la compétence de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, en s'inspirant de la Convention de Rome. Cette convergence

⁶⁹ Par exemple, les contrats de coentreprises. Voir en ce sens : *id.*, 672, à la note 111.

nous paraît remarquable. Le fait qu'un système juridique nord américain couvrant 6 millions d'habitants, en 1991, et un autre système, situé en Asie, couvrant 1 milliard 300 millions d'habitants, en 2011, parviennent à s'entendre pour adopter la même méthode de résolution des conflits de lois en matière contractuelle, doit stimuler la réflexion.

À notre avis, cette flagrante reconnaissance de la pertinence et de la qualité de cette règle devrait écarter définitivement ses critiques, issues en général de certains auteurs de common law qui la trouvent notamment trop vague ou trop complexe à appliquer. Même si, parfois, il est difficile ou impossible de déterminer cette prestation, comme on le reproche, dans l'immense majorité des cas, elle ne posera pas de problème et permettra de désigner le milieu économique où le contrat fera sentir ses conséquences, tout en tenant compte de ses particularités.

Cette constatation mise à part, il reste que la formulation de la loi chinoise laisse à désirer. En effet, à l'instar des articles similaires de la Convention de Rome de 1980⁷⁰, les articles 3112 et 3113 C.c.Q. expriment une relation logique selon laquelle, en tant que règle générale, le principe du choix de la loi ayant les liens les plus étroits (nommé en doctrine le « principe de proximité ») de l'article 3112 C.c.Q. va d'abord céder la place à la présomption plus spécifique de l'article 3113 C.c.Q. qui s'applique dans une première étape d'analyse. Néanmoins, l'article 3112 C.c.Q., nécessitant une analyse de tous les facteurs pertinents, reprend sa place dans un second stade d'analyse, après que cette présomption ait été repoussée, ou si elle ne peut être utilisée parce que les obligations contractuelles sont trop équilibrées, trop différentes ou trop nombreuses.

Au contraire, l'article 41 L.C. (2011) place les deux étapes d'analyse sur le même plan, comme si la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique ne devait pas nécessairement prévaloir sur l'analyse multifactorielle du principe de proximité, quand elle est possible, ce qui est le cas dans la grande majorité des cas.

Pourtant, ne pas utiliser cette présomption revient à se priver d'un outil visant à éviter la grande imprévisibilité résultant de l'appel au principe de proximité. Ainsi, dans une vente, même s'il est normalement bien évident que la délivrance est cette prestation caractéristique, un juge

⁷⁰ *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, préc., note 4, art. 3 et 4.

chinois pourrait se permettre de ne pas y recourir en principe pour effectuer à la place une analyse plus complexe qui mènerait à une loi différente que celle désignée par le biais de cette présomption et qui surprendrait les parties. Un tel résultat, si défavorable au commerce international, n'est certainement pas celui envisagé par le législateur chinois. Aussi, certains auteurs⁷¹ estiment en fait que cette rédaction maladroite résulterait d'une mauvaise compréhension de la logique sous jacente à ces deux règles. Il faut espérer que son interprétation rétablira cette logique.

On admet généralement que cette règle de détermination de la loi applicable favorise la partie forte, car la prestation caractéristique est normalement la contrepartie de l'obligation de payer, donc la prestation la plus désirée. Ainsi, en cas de contrat de service, il s'agira de la prestation du prestataire de service, comme le banquier, le constructeur, etc. En cas de contrat de prêt, il s'agit de l'obligation du prêteur de prêter une somme d'argent moyennant paiement d'un intérêt.

2. Règles spécifiques : contrat de consommation

Étant donné que les règles générales de conflit de lois adoptées autant en droit québécois qu'en droit chinois ont une tendance à favoriser la partie forte, soit par le biais de choix de la loi imposée à la partie faible, soit, en cas d'absence de choix, par celui de la notion de prestation caractéristique, il a été jugé nécessaire de prévoir quelques règles spéciales pour répondre à une politique de protection. Ainsi, ces deux droits prévoient une règle de conflit particulière pour les contrats de consommation et pour les contrats de travail. Nous commenterons ici les dispositions les plus intéressantes, qui portent sur le premier type de contrat⁷².

⁷¹ Z. Huo, préc., note 1, 674.

⁷² Les règles de conflits relatives aux contrats de travail ne présentent pas de problème particulier. Ainsi, l'article 43 de la loi chinoise énonce : « Labor contracts shall be governed by the law of the place where the laborer works; if the place where the laborer works is difficult to ascertain, the law of the principal place of business of the employing unit shall be applied. Labor dispatch may be governed by the law of the dispatching place ». L'article 3118 C.c.Q. est plus précis puisqu'il traite aussi du choix de la loi par les parties en énonçant que : « Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de travail ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il accomplit habituellement son travail, même s'il est affecté à titre temporaire dans un autre État ou, s'il n'accomplit pas habituellement son travail dans un même État, de la loi de l'État où son employeur a son domicile ou son établissement. En l'absence de désignation par les

En droit québécois, inspiré du droit européen (l'article 5 de la Convention de Rome de 1980⁷³), l'article 3117 C.c.Q. se lit ainsi :

« Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue.

Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat. En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation. »

On constate que le législateur québécois a adopté en ce domaine une politique libérale admettant le choix de la loi, à condition qu'il bonifie la protection du consommateur par rapport à la loi qui serait objectivement applicable en l'absence de choix⁷⁴. Cette loi objectivement applicable – également compétente en l'absence de choix de la loi – est celle de la résidence habituelle du consommateur lorsque certains éléments de faits, énumérés dans l'article 3117 C.c.Q., sont réunis. Ceux-ci tendent à démontrer que le commerçant est allé trouver le consommateur au lieu de sa résidence, ce qui rend son application prévisible pour les deux parties⁷⁵. Néanmoins, si aucune de ces circonstances n'est présente et si les parties

parties, la loi de l'État où le travailleur accomplit habituellement son travail ou la loi de l'État où son employeur a son domicile ou son établissement sont, dans les mêmes circonstances, applicables au contrat de travail ». Pour plus de précisions, voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3118 550 et suiv., p. 559 et suiv. ; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 881-883 ; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 54, aux pages 727 et 728 ; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 550, p. 370 et 371 ; Maxime DEA et Valérie SCOTT, « Contrat de consommation et contrat de travail », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 28, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

⁷³ *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, préc., note 4.

⁷⁴ G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3117 550 et suiv., p. 544 et suiv. ; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 880 et 881 ; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 53, aux pages 725-727 ; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 548 et 548.1, p. 368-370 ; M. DEA et V. SCOTT, préc., note 71.

⁷⁵ Pour plus de précisions, voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3117 550 et suiv., p. 544 et suiv.

n'ont pas choisi de loi, alors l'article 3117 C.c.Q. présente une lacune et ne permet pas de désigner la loi applicable.

Ce caractère incomplet se retrouve dans l'article similaire du droit chinois. L'article 42 L.C. (2011) énonce que :

« Consumer contracts shall be governed by the law of the place of the consumer's habitual residence; if the consumer has chosen the law of the place of the provision of commodities or services as applicable, or if the entrepreneur has not been engaged in relevant business activities at the place of the consumer's habitual residence, the law of the place of the provision of commodities or services shall be applied. »

Cette disposition admet donc aussi le choix de la loi applicable en cas de contrat de consommation, mais d'une manière qui semble très restrictive, puisque seul le consommateur peut proposer de choisir une loi et qu'il ne s'agit exclusivement que de celle du lieu d'exécution du service ou de livraison du bien, sauf si l'on admet que l'article 41 L.C. (2011) couvre aussi ces contrats, ce qui permettrait un choix sans limite par les deux parties. Toutefois, étant donné la formulation spécifique de l'article 42, il faut logiquement en déduire que cet article 41 L.C. (2011) ne s'applique pas, sinon la formulation de l'article 42 L.C. (2011) serait redondante pour le cas du choix de la loi du lieu d'exécution ou de livraison.

En l'absence de choix, l'article 42 L.C. (2011) applique objectivement la même loi que celle désignée par l'article 3117 C.c.Q., la loi de la résidence du consommateur, mais sans expressément conditionner cette compétence à la survenance des circonstances énoncées dans l'article 3117 C.c.Q. (offre spéciale ou publicité et accomplissement en ce lieu par le consommateur des actes nécessaires à la conclusion du contrat, etc.). L'article 42 L.C. (2011) suit plus sur ce point la formulation plus récente qui découle de l'article 6 du règlement Rome I⁷⁶. En effet, la loi de la résidence du consommateur ne sera écartée que si le commerçant n'a pas d'activités

⁷⁶ *Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, préc., note 5. Cet art. 6 énonce que : « 1. [...] un contrat conclu par une personne physique (ci-après "le consommateur"), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après "le professionnel"), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel : a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par

commerciales en ce lieu selon l'article 42 L.C. (2011). Cette hypothèse et cette notion d'activités commerciales recouvrent en fait les circonstances énoncées plus strictement dans l'article 3117 C.c.Q. (offre spéciale, publicité, etc.)⁷⁷.

Il en résulte que la loi chinoise paraît a priori plus protectrice que l'article 3117 C.c.Q. D'abord, le choix de la loi est sévèrement restreint dans l'article 42 L.C. (2011), qui suit de plus près le modèle suisse sur ce point, puisque l'article 120 de la loi de 1987⁷⁸ ne permet aucun choix de la loi pour ces contrats. De plus, les circonstances écartant la loi de la résidence habituelle du consommateur sont plus limitées dans la loi chinoise: le commerçant ne doit accomplir aucune activité pertinente en ce lieu pour pouvoir écarter la compétence de cette loi, alors qu'elle ne s'applique, positivement, selon l'article 3117 C.c.Q., que si certaines activités bien précises y sont survenues. Mais, en définitive, la qualité de la protection dépend de la loi de la résidence habituelle du consommateur.

3. Règles générales applicables aux obligations extracontractuelles

Les droits chinois et québécois ont tous deux adopté une approche très classique pour régler les conflits de lois en matière extra contractuelle. Plutôt que de consacrer une méthode très flexible, comme la théorie en common law de la *proper law of the tort*, nécessitant d'examiner toutes les circonstances de l'espèce, ces deux systèmes se sont contentés de reproduire la règle de conflit civiliste rigide de la loi du lieu du délit (*lex loci delicti*). L'article 3126 C.c.Q., la règle de principe en droit québécois, prévoit en effet que :

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

De même, l'article 44 L.C. (2011) énonce que :

«Tortious liability shall be governed by the *lex loci delicti* [...]»

tout moyen, dirige son activité vers ce pays [...] et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité [...] ».

⁷⁷ Voir en ce sens: Z. HUO, préc., note 1, 675.

⁷⁸ *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*, préc., note 7.

Ainsi, le droit québécois précise, à la différence du droit chinois, qu'en cas de délit dit « complexe », lorsque la faute et le préjudice se manifestent dans des États différents, que le principe se traduit par l'application de la loi du lieu du préjudice. Comme cette localisation favorise plutôt la victime, afin de préserver le sentiment de justice de l'auteur du délit, le législateur québécois, à l'instar de l'article semblable du droit suisse, a conditionné cette compétence à la preuve que la survenance de ce préjudice en ce lieu ait été prévisible pour cet auteur du dommage⁷⁹. En droit chinois, la solution découlera de ce que les juges décideront. Ils se fonderont alors sur l'article 2 L.C. (2011) qui prévoit qu'en l'absence de disposition précise, il faudra appliquer le principe de la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation. Donc, selon les circonstances, la règle de l'article 44 L.C. (2011) pourrait se traduire soit par l'application de la loi du lieu de la faute, soit par celle de la loi du lieu du dommage. Néanmoins une telle solution manque de prévisibilité. Ceci tend à démontrer que la solution québécoise est de meilleure qualité.

Toutefois, à côté de ce principe civiliste traditionnel de la loi du lieu du délit, les deux droits ont adopté des règles plus spécifiques destinées à l'assouplir. L'article 3126 C.c.Q. ajoute que :

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

L'article 44 L.C. (2011) édicte aussi que :

« [...], but it shall be governed by the law of the place of common habitual residence if the parties have a place of common habitual residence. If the parties agree to choose the applicable law after the occurrence of the tortious act, their agreement shall be followed. »

Les deux systèmes ont donc reproduit la solution consacrée notamment dans l'article 133 de la loi suisse de 1987⁸⁰, celle de l'application de la

⁷⁹ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3126 550 et suiv., p. 646 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 889 et 890; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 62 et 63, aux pages 735-737; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 567, p. 382 et 383; Lindy ROUILLARD-LABÉ, « Sources extracontractuelles des obligations », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 32, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

⁸⁰ *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*, préc., note 7.

loi du milieu social commun de l'auteur du délit et de la victime, qui reflète une préoccupation de localisation plus flexible fondée sur le principe de proximité, mais dans des cas spécifiques et non en principe. De plus, alors que l'article 3082 C.c.Q., la clause échappatoire générale du droit québécois, permet aussi une telle adaptation aux circonstances dans des cas exceptionnels, le droit chinois n'en comprend pas et se limite à cette hypothèse assez rare de domicile ou de résidence commune.

Pour compléter la règle, à l'instar de l'article 14 du Règlement Rome II⁸¹, l'article 44 L.C. (2011) permet expressément que les parties choisissent la loi applicable à la responsabilité civile extracontractuelle. Le droit québécois ne comprend pas une telle règle expresse, mais il reconnaît la validité des contrats de transactions en matière de responsabilité extracontractuelle, qui seront évidemment soumis à la loi que les parties choisiront, et par conséquent il aboutit implicitement au même résultat sans nécessité de cette règle spécifique.

4. Responsabilité du fait des produits

L'article 3128 C.c.Q., inspiré de l'art. 135 de la loi suisse de 1987⁸², énonce que :

« La responsabilité du fabricant d'un bien meuble, quelle qu'en soit la source, est régie, au choix de la victime : 1° Par la loi de l'État dans lequel le fabricant a son établissement ou, à défaut, sa résidence ; 2° Par la loi de l'État dans lequel le bien a été acquis. »

Comme en matière de contrat de consommation, le but recherché par cette règle est de fournir une certaine protection à la victime qui peut choisir entre la loi du lieu d'établissement du fabricant et celle du lieu d'achat du bien. La protection découlant du choix de la loi selon celle qui est plus favorable à la victime aurait pu être améliorée en ajoutant d'autres rattachements, comme sa résidence habituelle⁸³.

⁸¹ *Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)*, préc., note 6.

⁸² *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*, préc., note 7.

⁸³ G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3128 550 et suiv., p. 663 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 892 et 893; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 64, p.737 et 738; C. EMANUELLI, note 8, n° 569, p. 383 et 384; L. ROUILLARD-LABÉ, préc., note 77.

L'article 45 L.C. (2011) prévoit de son côté la règle suivante :

«Product liability shall be governed by the law of the place of habitual residence of the person whose right has been infringed upon; if the person whose right has been infringed upon has chosen the law of the principal place of business of the infringing person or the *lex loci damni* as applicable, or if the infringing person has not been engaged in relevant business activities at the place of habitual residence of the person whose right has been infringed upon, the law of the principal place of business of the infringing person or the *lex loci damni* shall be applied.»

Cette règle suit de près dans sa formulation celle admise en droit chinois pour la protection du consommateur, l'article 42 L.C. (2011). Elle s'inspire en partie de l'article 5 du Règlement Rome II⁸⁴, sans retenir la loi du lieu d'achat du bien (rattachement qui, il est vrai, peut n'avoir aucune pertinence selon les circonstances). Le rattachement de principe, la loi de la résidence habituelle de la victime, correspond à une politique de protection modérée en ce domaine. En effet, d'un côté, cette loi du milieu social de la victime fournit le standard pertinent pour calculer la réparation du préjudice. D'un autre côté, il suffit pour le fabricant de viser des clients résidents de pays non protecteurs pour échapper à sa responsabilité. C'est pourquoi le caractère alternatif de la règle et le choix laissé à la victime entre plusieurs lois, compense ce défaut. L'article 45 L.C. (2011) permet à la victime comme le font les autres droits modernes (art. 3128 C.c.Q., art. 135 de la loi suisse de 1987 et art. 5 du Règlement Rome II) de choisir une loi plus favorable que celle du lieu de sa résidence, celle du lieu du dommage ou celle de l'établissement principal du fabricant. Tout comme la règle du Règlement Rome II, l'article 45 L.C. (2011), de formulation complexe, n'est pas totalement protecteur pour la victime puisqu'il permet au fabricant d'écarter le choix de la loi de la résidence habituelle de la victime s'il prouve qu'il n'avait pas d'activités commerciales en ce lieu. De toute manière, tout dépend du contenu de la loi de cette résidence habituelle.

Si l'on compare l'article 45 L.C. (2011) et l'article 3128 C.c.Q., il semble que le droit chinois est tout de même un peu plus protecteur, puisqu'il permet un choix plus large que son homologue québécois, restreint à la loi du lieu d'établissement du fabricant et à celle du lieu d'achat.

⁸⁴ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), préc., note 6.

Néanmoins, si le droit chinois ajoute la loi du lieu de la résidence de la victime, celle-ci peut être écartée si le fabricant prouve qu'il n'avait pas d'activités commerciales en ce lieu. Le droit québécois n'admet pas un tel échappatoire, mais il ne donne pas non plus compétence à la loi de résidence de la victime, sauf si elle correspond avec celle du lieu d'achat, ce qui n'est pas nécessairement le cas (si la victime achète un bien dangereux à l'étranger ou si on lui prête un tel bien acquis en dehors du lieu de sa résidence). Cette défense fondée sur l'idée de prévisibilité pour l'auteur du dommage correspond à une conception axée sur la justice pour le fabricant, mais est moins satisfaisante du point de vue de la victime, à laquelle il reste tout de même la possibilité de choisir entre la loi de l'établissement principal du fabricant et celle du lieu du dommage.

Incidentement, s'il est facile pour le fabricant de connaître le contenu de la loi du lieu de son établissement principal, il reste possible que celle du lieu du dommage lui réserve des surprises. Pourtant, selon l'article 45 L.C. (2011), il ne semble pas qu'il puisse alors invoquer le fait qu'il n'avait pas d'activités commerciales en ce lieu pour l'écarter.

5. Règles générales applicables aux obligations quasi contractuelles

Les deux systèmes admettent une règle de principe axée sur la loi du lieu de survenance du fait à la base de l'obligation quasi contractuelle. L'article 3125 C.c.Q. se lit ainsi :

« Les obligations fondées sur la gestion d'affaires, la réception de l'indu ou l'enrichissement injustifié sont régies par la loi du lieu de survenance du fait dont elles résultent. »

De son côté, l'article 47 L.C. (2011) énonce que :

« Unjust enrichment or *negotiorum gestio* shall be governed by the law chosen as applicable by the parties by agreement. In the absence of choice by the parties, the law of the place of common habitual residence of the parties shall be applied; in the absence of a place of common habitual residence, the law of the place of occurrence of the unjust enrichment or *negotiorum gestio* shall be applied. »

Malgré une présentation différente, les deux systèmes aboutissent aux mêmes solutions : le principe territorial de la compétence de la loi du lieu de survenance de l'enrichissement (ou de l'appauvrissement) injustifié ou

de la gestion d'affaire⁸⁵. Toutefois, l'article 47 L.C. (2011) prévoit expressément que les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation en cause, alors que le droit québécois respectera en vertu de l'article 3111 C.c.Q. la loi choisie dans le contrat de transaction. De même, la compétence de la loi de la résidence commune des parties découlera directement de cet article 47 L.C. (2011) en droit chinois, alors que l'application de la clause échappatoire de l'article 3082 C.c.Q. mènera aussi très probablement à cette solution.

C. Statut réel

Traditionnellement, le statut réel s'étend aux droits réels portant sur des biens considérés à titre particulier, aux transferts de biens par succession et au trust. Dans tous ces domaines, on constate un certain souci de concilier le caractère réel des droits transférés, dont l'opposabilité aux tiers se traduit par une compétence de la loi du lieu de situation des biens qui en font l'objet, avec le mode de transfert qui donne prise à la volonté des parties par le biais de contrats, de testament ou de trust et qui mène à reconnaître la liberté de choisir la loi applicable à ces transferts. Cette liberté s'exprime en effet en droit chinois, qui permet le choix pour les biens meubles considérés à titre particulier (1), mais pas pour les successions (2), à la différence du droit québécois, et, dans les deux lois, en matière de trusts (3).

1. Droits réels portant sur les biens considérés à titre particulier

Dans tous les droits, on admet l'application de principe de la loi du lieu de situation du bien concerné, qui représente le centre objectif de gravité des relations qui les concernent. Cette solution est évidente pour les immeubles, mais elle a aussi été étendue depuis le Moyen-Âge aux biens meubles considérés à titre particulier, malgré les conflits mobiles qui peuvent en découler puisque les meubles peuvent changer de situation dans le temps. En droit québécois, la règle très classique de l'article 3097 C.c.Q. se lit ainsi :

⁸⁵ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3125 550 et suiv., p. 635 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 888 et 889; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 61, à la page 735; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 565, p. 381; Henri KELADA, « Quasi-contrats », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 33, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

« Les droits réels ainsi que leur publicité sont régis par la loi du lieu de la situation du bien qui en fait l'objet. Cependant, les droits réels sur des biens en transit sont régis par la loi de l'État du lieu de leur destination. »

L'un des moyens de régler les conflits mobiles est donc de soumettre les biens se déplaçant à la loi du lieu de situation de destination. Toutefois, pour les biens qui ne sont plus considérés en transit au moment où un problème juridique se pose, le juge doit régler lui-même le conflit mobile en s'efforçant de déterminer le moment le plus approprié pour concrétiser le lieu de situation : soit lors de la conclusion d'un contrat portant sur le transfert de propriété, soit lors de l'opposabilité de ce droit de propriété à un tiers, etc.⁸⁶

De son côté, l'article 36 de la loi chinoise énonce que :

« Rights *in rem* of immovable property shall be governed by the law of the place where the immovable property is situated. »

Toutefois, cette règle est complétée par celles de l'article 37 L.C. (2011) qui dispose que :

« The parties may choose by agreement the law applicable to rights *in rem* of movable property. In the absence of choice by the parties, the law of the place where the movable property is situated at the time of the occurrence of the juristic fact concerned shall be applied. »

Deux aspects nécessitent des commentaires. D'abord, si l'on suppose que le conflit mobile a été le motif déterminant de la formulation de ces règles, on comprend que, pour éviter cette situation, le législateur chinois ait préféré choisir une solution assez révolutionnaire, consistant à permettre aux parties à une relation créant un droit réel de choisir la loi applicable à cette relation. La volonté des parties étant immatérielle, elle n'est pas susceptible de déplacement matériel dans le temps et l'on obtient ainsi une certaine prévisibilité. On évite aussi les délicats problèmes de qualification touchant les situations contractuelles lors d'un transfert de droit réel, puisque la même loi choisie est susceptible de régir toutes les questions.

⁸⁶ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3097 560, p. 291 et 292 ; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, n° 197 à 200, à la page 851 ; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 27, aux pages 698-700 ; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 514, p. 336-338 ; Camille PAULUS, « Biens », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

On peut rappeler à ce propos que cette solution était aussi celle choisie par la jurisprudence québécoise avant l'adoption de l'article 3097 C.c.Q. En effet, en ce qui concerne les meubles, l'ancien article 6 al. 2 C.c. B.C. prévoyait plutôt la compétence de la loi du domicile de leur propriétaire, ce qui évitait aussi en général les conflits mobiles (bien que le propriétaire pouvait changer de domicile au cours du temps), mais qui rendait la règle tout à fait inutile lorsque le litige portait précisément sur la détermination du propriétaire du bien. La qualification contractuelle de la question posée permettait alors d'appliquer les règles de conflit contractuelles et notamment la loi choisie par les parties, en évitant l'article 6 al. 2 C.c.B.C.

Il n'en reste pas moins que l'essence du droit réel est son opposabilité au tiers, ce qui rend assez discutable l'idée de permettre aux parties de lui imposer une loi qu'il ne connaît pas⁸⁷, en suivant les formalités de publicité d'une loi étrangère, alors que la loi du lieu de sa situation correspond à une excellente localisation objective, sans surprise, de son point de vue.

Il faut ajouter que le domaine de la loi réelle comprend non seulement les modes d'acquisition des droits réels, mais aussi leur contenu. Or, permettre aux parties de choisir une loi étrangère qui créerait un type de droit réel non admis au lieu de situation du bien qui en ferait l'objet risque de créer des conflits de conceptions assez profonds.

En définitive, cette solution, venant du système juridique chinois, qui comprend certains modes de propriété assez particuliers, paraît véritablement surprenante, au point que certains auteurs chinois⁸⁸ aient laissé entendre que le législateur se serait trompé et aurait confondu les droits réels et personnels relatifs aux biens meubles. Incidemment, on peut rappeler que l'article 104 de la loi suisse de 1987⁸⁹ admet ponctuellement une telle liberté, lorsqu'il s'agit de biens en transit, ce qui évite sans doute un conflit mobile, mais ce choix reste inopposable aux tiers. Il sera intéressant de voir si cette solution sera définitivement admise dans le droit chinois ou si une modification future reviendra à une règle plus classique.

⁸⁷ Voir ainsi : Z. HUO, préc., note 1, 669.

⁸⁸ Voir : W. CHEN, *Chinese Civil Procedure and the Conflict of Laws*, préc., note 1, p. 160.

⁸⁹ *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*, préc., note 7.

2. Successions

Alors que la loi chinoise semble très avant-gardiste en ce qui concerne la résolution des conflits de lois en matière de droits réels mobiliers, elle ne montre pas la même attitude lorsqu'il s'agit des successions.

Les deux lois que nous examinons acceptent en principe le système dit de la scission. Celui-ci fait régir les successions sur les immeubles par la loi du lieu de leur situation, comme pour les droits réels portant sur les biens considérés à titre particulier. Par contre, les successions mobilières sont soumises à la loi du domicile du défunt, lors du décès. Il s'agit alors d'une localisation fictive de tous les meubles afin d'éviter l'application de plusieurs lois si ces biens sont situés dans des États différents. Cette théorie revient néanmoins à devoir faire régir les successions par plusieurs lois si elles portent sur des immeubles et de meubles situés dans divers pays. Cette solution est complexe et inadaptée aux besoins de la pratique parce qu'il faut rechercher le contenu de plusieurs lois et que certaines questions doivent nécessairement être régies par une loi unique (par exemple, celles relatives aux dettes successorales). Aussi s'efforce-t-on dans une perspective moderne de favoriser les solutions qui aboutissent à une unité de la loi successorale. L'une des solutions admises, notamment dans les articles 5 et 6 de la Convention de La Haye du 20 octobre 1988 sur la loi applicable aux successions⁹⁰, consiste à permettre au testateur de choisir par testament une loi unique applicable à toute la succession, mobilière et immobilière.

L'article 3098 C.c.Q. reflète exactement ces préoccupations, puisqu'il admet le choix de la loi successorale, tout en reprenant la solution traditionnelle de la scission en cas d'absence de choix⁹¹, selon les termes suivants :

« Les successions portant sur des meubles sont régies par la loi du dernier domicile du défunt ; celles portant sur des immeubles sont régies par la loi du

⁹⁰ *Convention de La Haye du 20 octobre 1988 sur la loi applicable aux successions à cause de mort*, Recueil des conventions (1951-2003), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, M. Kluwer, doc. n° xxxii, p. 338 ; (1988) 77 *Rev. Crit. Dr. Intern. Priv.* 806, 808.

⁹¹ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3098 555 et 3098 560, p. 307-311 ; Gerald GOLDSTEIN, « Successions internationales », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit international privé*, fasc. 22, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles ; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 852-857 ; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 28, aux pages 701-703 ; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 515 et suiv., p. 338 et suiv.

lieu de leur situation. Cependant, une personne peut désigner, par testament, la loi applicable à sa succession à la condition que cette loi soit celle de l'État de sa nationalité ou de son domicile au moment de la désignation ou de son décès ou, encore, celle de la situation d'un immeuble qu'elle possède, mais en ce qui concerne cet immeuble seulement.»

Le choix permis selon l'article 3098 al. 2 C.c.Q. est relativement restreint. C'est pourquoi on nomme plutôt « option » (ou *professio juris*) cette liberté restreinte. Afin d'éviter certains excès, l'article 3099 C.c.Q., en partie inspiré des articles 6 et 15 de la Convention de la Haye⁹², vient encore interdire au testateur d'écarter certaines dispositions impératives qui protégeraient autrement soit son conjoint soit un enfant, ou d'autres règles de même nature qui, selon la loi du lieu de leur situation, appartiendraient à un régime successoral particulier à certains biens pour des raisons économiques, familiales ou sociales⁹³.

De son côté, l'article 31 L.C. (2011) énonce que :

« Intestate succession shall be governed by the law of the place of habitual residence of the decedent upon his/her death, but intestate succession of immovable property shall be governed by the law of the place where the immovable property is situated. »

C'est donc la double règle traditionnelle que le droit chinois reproduit dans cette disposition, en remplaçant la notion de domicile par celle de résidence habituelle.

Néanmoins, l'article 32 de la loi chinoise prévoit une règle spéciale pour la forme du testament en la soumettant de manière alternative, selon la loi validante, à la loi de la résidence habituelle ou la loi nationale du testateur ou encore à loi du lieu de rédaction de l'acte lors de sa rédaction ou au moment du décès. De plus, l'article 33 L.C. (2011) ajoute que :

« Effects of a testament shall be governed by the law of the place of habitual residence or the law of the country of nationality of the testator at the time of making the testament, or upon the death of the testator. »

⁹² Préc., note 90.

⁹³ Voir sur ces points : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3098 560 et 3099 555, p. 309-311 et 327-329 ; G. GOLDSTEIN, « Successions internationales », préc., note 88 ; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, aux pages 856 et 857 ; H.P. GLENN, préc., note 8, n° 28, aux pages 701-703 ; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 517, p. 340.

Pour compléter le tout, l'article 34 L.C. (2011) dispose que :

« Matters such as the administration of estates shall be governed by the law of the place where the state is situated. »

Si l'on admet que les « effets » d'un testament comprennent notamment les questions de savoir qui sont les héritiers et quelle part de la succession leur revient respectivement, il semble résulter de ces articles 33 et 34 que la *dévolution des successions testamentaires puissent être soumises à une loi unique*, selon le droit chinois, celle de la résidence habituelle du défunt ou celle de sa nationalité, mise à part la question de l'administration des immeubles successoraux, qui restent soumise à la loi du lieu de leur situation. Cette heureuse solution en principe se heurte tout de même à une importante interrogation : quelle loi s'applique si la loi nationale et la loi de la résidence habituelle sont différentes ? Et que dire du cas où l'une ou l'autre de ces lois a changé entre la date de la rédaction du testament et celle du décès ? L'article 33 L.C. (2011) ne le précise pas, ce qui est une lacune très sérieuse dans la mesure où la prévisibilité est très importante dans ce type de situations.

Enfin, on doit encore remarquer qu'en plus de cette ambiguïté, le droit chinois ne semble pas admettre le choix de la loi successorale au moins dans ces dispositions spécifiquement consacrées aux successions. Toutefois, on pourrait invoquer le fait que l'article 3 L.C. (2011) permettant le choix de la loi par les parties, se veut un principe fondamental, et pourrait couvrir les successions testamentaires. Toutefois, cette disposition encadre cette liberté par la limite selon laquelle le choix doit s'exercer « conformément à la loi » (« *In accordance with statutory provisions [...]* »), ce qui laisse planer un grand doute sur cette possibilité en matière successorale en raison de toute référence à ce choix dans les articles 31 à 34. Cette liberté aurait pourtant fourni une bonne solution pratique, à condition, bien entendu, de préciser certaines limites, comme le font les articles 3098 et 3099 C.c.Q. L'absence de reprise de ces limites confirme implicitement cette absence de liberté de choix dans le droit chinois des successions internationales. Sur ce point nous pensons que le droit québécois est clairement plus adapté aux besoins de la matière. Il est possible, toutefois, que le législateur chinois ait considéré que l'admission de la liberté de choisir une loi applicable en matière de trust était suffisante, comme nous allons le voir maintenant, dans la mesure où ce qui est soumis au trust échappe normalement à la succession.

3. Trust

En matière de trust, il est fondamental d'assurer au constituant une bonne flexibilité et une grande prévisibilité. En conséquence, le choix de la loi applicable est admis dans les règles de conflit modernes et dans la Convention de La Haye de 1985. En droit québécois, l'article 3107 C.c.Q. prévoit comme règle de principe, en s'inspirant de la Convention de La Haye de 1985⁹⁴ :

« À défaut d'une loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte, ou si la loi désignée ne connaît pas l'institution, la loi applicable à la fiducie créée par acte juridique est celle qui présente avec la fiducie les liens les plus étroits. Afin de déterminer la loi applicable, il est tenu compte, notamment, du lieu où la fiducie est administrée, de la situation des biens, de la résidence ou de l'établissement du fiduciaire, de la finalité de la fiducie et des lieux où celle-ci s'accomplit. Un élément de la fiducie susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte. »

L'article 17 L.C. (2011) énonce que :

« The parties may choose by agreement the law applicable to a trust. In the absence of a choice by the parties, the law of the place where the trust property is situated or the law of the place where the trust Relationship occurs shall be applied. »

Cette formulation appelle d'abord une remarque de fond : qui, selon cette disposition, peut choisir la loi applicable ? Bien évidemment, il s'agit du constituant. Mais l'article 17 L.C. (2011) permet aux autres parties de participer à ce choix. Quelles sont les autres parties à un trust ? Le bénéficiaire et le fiduciaire (le *trustee*). Il ne semble pas très réaliste de permettre au bénéficiaire de choisir la loi. Il semble donc que le *trustee* (le fiduciaire) ait le droit de choisir cette loi selon l'article 17 L.C. (2011). On doit supposer que ce choix ne serait éventuellement en jeu qu'après la création du trust parce que normalement le constituant ne permet pas au fiduciaire de participer au choix initial. Toutefois, il reste possible que, selon le trust, le *trustee* ait le pouvoir de *modifier* la loi applicable à celui-ci, par exemple si la loi choisie a été législativement modifiée et ne correspond plus aux

⁹⁴ *Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, Recueil des conventions (1951-2003), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, M. Kluwer, doc. n° xxx, p. 312 ; (1984) 73 *Rev. Crit. Dr. Intern. Priv.* 770.

prévisions du constituant. Dans ce cas, cette formulation confirmerait ce pouvoir, qui devrait, en toute logique, dépendre de la loi gouvernant le trust à l'origine.

En l'absence d'un tel choix de la loi, les deux lois en cause reprennent des facteurs de rattachement admis par la Convention de La Haye de 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. L'article 3107 C.c.Q. suit de plus près la formulation de la convention, puisqu'il énonce d'abord que la loi applicable est celle ayant les liens les plus étroits, en tenant compte notamment, ensuite, des facteurs énumérés dans la convention (lieu où la fiducie est administrée, lieu de la situation des biens, lieu de la résidence ou de l'établissement du fiduciaire, lieu de la finalité de la fiducie et lieu où celle-ci s'accomplit)⁹⁵. L'article 17 L.C. (2011) limite la recherche à deux facteurs : le lieu de situation des biens concernés et le lieu de surveillance de la relation de trust, qui est un peu vague. Cette expression comprend sans doute le lieu d'administration du trust et celui où il s'exécute.

Néanmoins, en lisant cette disposition, étant donné qu'elle n'énonce pas expressément le principe de l'application de la loi ayant les liens les plus étroits, comme le fait l'article 3107 C.c.Q., on en vient directement à deux rattachements alternatifs sans explication permettant de choisir l'une ou l'autre des lois si elles divergent... Il aurait mieux valu directement reprendre le principe de proximité sous jacent au choix de la loi dans cet article 17 L.C. (2011) pour éviter cette apparence d'ambiguïté.

*
* *

Il est indiscutable que l'objectif de *modernisation* des règles du droit international privé a été atteint par l'adoption des nouvelles règles dans les deux systèmes étudiés. À côté d'une majorité de règles de conflit de facture classique, bilatérales, on y trouve l'admission de la méthode des lois de police, qui permet de répondre aux besoins socio-économiques pris en charge par l'État au sein des relations internationales. De plus, la méthode classique de résolution des conflits de lois bénéficie aussi de la flexibilité qui lui manquait grâce à une clause générale d'exception en droit québé-

⁹⁵ Voir : G. GOLDSTEIN, *Commentaires*, préc., note 8, n° 3107 550 et suiv., p. 379 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 8, n° 36 à 39, aux pages 817 et 818; C. EMANUELLI, préc., note 8, n° 528 et 529, p. 348-350.

cois et grâce à des clauses spécifiques au même effet dans les deux droits (comme en matière de responsabilité civile extra contractuelle).

Cette modernisation de la notion classique du centre de gravité d'une situation, et son maintien comme méthode de principe, permet de respecter la *justice* et la *prévisibilité*, puisqu'il désigne normalement la loi que tous devraient objectivement considérer comme compétente. On écarte ainsi le forum shopping, défavorable à un sentiment de justice.

L'objectif de trouver des solutions reflétant une *justice matérielle* par le biais des règles de droit international privé se trouve aussi atteint par l'appel à un certain nombre de règles de conflit à caractère matériel et à des facteurs de rattachement alternatifs (même si le critère du choix n'est pas toujours suffisamment expliqué dans quelques règles chinoises, comme en matière de trust, ce qui semble les rendre inachevées).

La *prévisibilité* est aussi largement améliorée dans les deux systèmes par le nombre important de règles de conflits, produisant des solutions plus précises et plus adaptées aux divers types de situations et par l'acceptation d'un assez large domaine à l'autonomie de la volonté: le choix de la loi s'exprime ainsi bien sûr en matière contractuelle, dans les régimes matrimoniaux, les trusts et les successions (bien que la solution soit moins claire en droit chinois) et permettra une planification en favorisant ainsi les relations internationales.

Il est certain que les deux systèmes bénéficieraient encore de certaines améliorations (en matière de protection du consommateur, de droits réels, de divorce, etc.) et il reste à voir comment en Chine les juges les appliqueront en pratique. Néanmoins, on peut avancer à juste titre⁹⁶ que l'adoption de ces règles et leur grande proximité constituent au moins une contribution importante à l'harmonisation des solutions données aux conflits nés des relations internationales, harmonisation qui bénéficiera avant tout aux personnes qui y sont impliquées, ce qui n'est pas négligeable, si l'on considère le nombre de personnes d'origine chinoise ou vivant en Chine de plus en plus souvent appelées à y participer.

⁹⁶ Voir ainsi: W. CHEN, *Chinese Civil Procedure and the Conflict of Laws*, préc., note 1, p. 161.

