

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-018971-085
500-09-018976-084
(500-17-035307-076)

DATE : 19 MARS 2009

**CORAM : LES HONORABLES PAUL-ARTHUR GENDREAU, J.C.A.
PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.
LISE CÔTÉ, J.C.A.**

500-09-018971-085

PS HERE, LLC
APPELANTE – défenderesse
c.

FORTALIS ANSTALT
INTIMÉE – demanderesse
et

HORIZON ENTERTAINMENT LTD.
défenderesse

500-09-018976-084

HORIZON ENTERTAINMENT LTD.
APPELANTE – défenderesse
c.

FORTALIS ANSTALT
INTIMÉE – demanderesse
et

PS HERE, LLC
défenderesse

ARRÊT

[1] **LA COUR**; -Statuant sur deux appels d'un jugement rendu le 29 juillet 2008 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Diane Marcelin), qui a rejeté les requêtes pour exceptions déclinatoires des appelantes et qui a prononcé certaines déclarations;

[2] Après avoir étudié le dossier, entendu les parties et délibéré;

[3] Pour les motifs du juge Dalphond, auxquels souscrivent les juges Gendreau et Côté :

[4] **ACCUEILLE** les appels avec dépens;

[5] **INFIRME** le jugement de la Cour supérieure et procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu :

ACCUEILLE les requêtes pour exceptions déclinatoires de Horizon et de PS Here et **REJETTE** la requête ré-amendée introductive d'instance de Fortalis, le tout avec dépens.

PAUL-ARTHUR GENDREAU, J.C.A.

PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.

LISE CÔTÉ, J.C.A.

Me Martin Côté
ROBINSON SHEPPARD SHAPIRO
Pour l'appelante PS HERE, LLC

Me Leslie A. Beck
GRAVENOR, BECK
Pour l'appelante Horizon Entertainment Ltd.

500-09-018971-085

PAGE : 3

Me Peter Gerald McLarnon
PETER GERALD MCLARNON, AVOCAT
Pour l'intimée Fortalis Anstalt

Date d'audience : Le 16 janvier 2009

MOTIFS DU JUGE DALPHOND

[6] Ce pourvoi vise à déterminer si les tribunaux québécois ont compétence pour entendre l'action intentée par l'intimée Fortalis Anstalt (Fortalis), agissant comme ayant droit ou cessionnaire d'une faillie, contre les appelantes, deux sociétés étrangères n'ayant aucun bien au Québec, l'une californienne, PS Here, LLC (PS Here) et l'autre britanno-colombienne, Horizon Entertainment Ltd. (Horizon).

[7] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les pourvois des deux appelantes doivent être accueillis. Celui d'Horizon parce que seul un tribunal d'arbitrage a compétence tant à l'égard du contrat que Fortalis voudrait voir résilier que de la créance en découlant. Quant à la réclamation de Fortalis contre PS Here, si la Cour supérieure est compétente, ce dont je doute, elle aurait néanmoins dû décliner compétence au motif de *forum non conveniens* en application de l'article 3135 C.c.Q.

CONTEXTE

[8] 4128257 Canada inc. (Canada), afin de produire le film « Eternal », avait emprunté de Fortalis, une société du Liechtenstein, une somme importante, garantie par une hypothèque mobilière régie par le droit québécois ainsi rédigée :

A movable hypothec on all patents, trademarks or any intellectual property rights, and the master negative on the film tentatively entitled «Eternal», which the debtor may have registered or may register in the future as regards the exploitation of all rights with respect to the film tentatively entitled «Eternal», and the security hereby granted by the «debtor» in favour of the «creditor» herein in respect of the film tentatively entitled «Eternal», includes all proceeds from the exploitation thereof, including chattel paper, instruments, accounts, documents of title, intangibles and money related to the present «memorandum of loan agreement» in respect of the production of the film, «Eternal».

(je souligne)

[9] Afin d'assurer la distribution du film, Canada avait signé un contrat de distribution avec Horizon. Celui-ci, rédigé en anglais, d'un format plutôt standard pour ce genre de relations, contient une clause compromissoire :

15. Miscellaneous:

a) Any disputes between the parties concerning this Agreement, interpretation thereof or otherwise related hereto, shall be settled by binding AFMA arbitration in Toronto, Ontario. The prevailing party in any action commenced

with regard to such dispute shall be entitled to receive from the other party payment or reimbursement of all costs and attorney's fees reasonably incurred with respect thereto.

(je souligne)

[10] Le forum choisi est un arbitrage selon les règles adoptées par un organisme spécialisé dans la distribution de film appelé « Independent Film & Television Alliance », autrefois connu sous le nom de « American Film Marketing Association » ou AFMA.

[11] L'entente entre Canada et Horizon n'indique pas la loi applicable au contrat de distribution ou à la clause compromissoire.

[12] Horizon avait signé un sous-contrat de distribution pour les États-Unis avec PS Here. En vertu de celui-ci, cette dernière est rémunérée pour ses services et a droit au remboursement des frais engagés, le tout à même les montants perçus de tiers dans le cadre de la commercialisation du film. Le solde net des montants perçus est payable à Horizon, laquelle doit à son tour payer à Canada des montants calculés selon l'entente entre ces dernières.

[13] En d'autres mots, une comptabilité sophistiquée est requise par PS Here qui doit rendre compte à Horizon uniquement. Pour sa part, Horizon doit rendre compte à Canada selon les termes de l'entente les liant.

[14] Le 6 juin 2006, à la suite d'un défaut non contesté, Fortalis réalise sa garantie en prenant en paiement le film et tous les autres biens prévus à l'hypothèque. Cela inclut les comptes à recevoir d'Horizon, s'il en est. Peu après, Canada fait cession de biens. Fortalis donne ensuite des avis de terminaison du contrat passé par Canada avec Horizon, de même que celui entre Horizon et PS Here.

[15] Le 17 février 2007, Fortalis demande à la Cour supérieure de :

DECLARE Plaintiff Fortalis Anstalt the exclusive owner of the Film, as well as the master negative of the said film designated as "Eternal", free and clear of any encumbrances and as the exclusive owner of the entire copyright, trademarks or any other ancillary intellectual property rights and declare said rights now continuing to vest exclusively with the Plaintiff Fortalis Anstalt;

DECLARE the contract whereby Defendant Horizon Entertainment Ltd. was appointed the exclusive sales agent for the Film *Eternal* under an agreement intervened between the parties on May 12th 2004, as amended by the short form addendum entered into June 15th 2004 regarding the inclusion of U.S. theatrical rights, and communicated as Exhibit P-5 to be rescinded, annulled and/or terminated and that any agency or licensing rights previously conferred upon Defendant Horizon Entertainment Ltd. to be extinguished;

DECLARE the provisions of the PS Here Agreement communicated as Exhibit P-6 whereby Defendant PS Here, LLC was appointed the exclusive sales agent for the Film *Eternal* within the United States of America to be rescinded, annulled and/or terminated and that any rights previously conferred upon Defendant PS Here, LLC to be extinguished in accordance with the notice of termination issued as Exhibit P-23;

DECLARE all television rights granted pursuant to the sub-license provided for in section 6 of the PS Here Agreement communicated as Exhibit P-6 to be rescinded, annulled and/or terminated and that any rights previously conferred in this regard upon either Defendant PS Here, LLC or its affiliate Here! TV with regard to the Film *Eternal* within the United States of America to be extinguished in accordance with the notice of termination issued as Exhibit P-23;

DECLARE all collection fees, distribution and delivery, as well as sales and marketing expenses allegedly engendered in the aggregate amount of one hundred and twenty seven thousand and three hundred and twenty two dollars and sixty six cents (\$127 322,66), as expressed in the Royalty Report of Defendant Horizon Entertainment Ltd. dated September 20th 2006 and communicated as Exhibit P-9 to be null and void;

DECLARE the five hundred thousand dollars (500 000,00 US \$) advanced by the sub-licensee of Defendant PS Here, LLC, namely, Columbia Tristar Home Entertainment, Inc., in order to discharge the direct, out of pocket third party expenses for release prints and marketing expenses pursuant to the Marketing and Release Plan for the Film *Eternal* to be exempt from all commissions calculated in accordance with the provisions in section 7 d) of the PS Here Agreement or otherwise;

DECLARE the commission schedule stipulated pursuant to the Deal Memo executed on September 29th 2004 to be fifteen percent (15 %) with regard to any future royalties generated by Columbia Tristar Home Entertainment, Inc., as per the express terms of the provisions in section 7 d) (ii) of the PS Here Agreement since they originate from a sub-distributor of video;

(je souligne)

[16] En d'autres mots, par une procédure en Cour supérieure du Québec, Fortalis veut faire reconnaître sa propriété du film (que les appelantes ne contestent d'ailleurs pas), obtenir la résiliation de tous les contrats reliés à la distribution du film (et non une déclaration qu'elle n'est pas liée par ceux-ci) et faire déclarer certains montants applicables au calcul des montants dus par PS Here à Horizon et par Horizon à Canada pour la période antérieure à la résiliation des ententes (le tout en application des ententes).

[17] Les appelantes ont rétorqué par des requêtes en exceptions déclinatoires au motif que l'affaire ne relevait pas de la compétence des tribunaux québécois (aucun lien de rattachement au Québec et clause compromissoire) ou, subsidiairement, que les tribunaux québécois n'étaient pas le forum approprié.

JUGEMENT ATTAQUÉ

[18] D'avis que les contrats dont on demande la résiliation confèrent des droits personnels dévolus à Fortalis à la suite du délaissement volontaire de Canada relatif à un bien situé au Québec (le film) et que Fortalis, créancière hypothécaire, n'est pas liée par les contrats conclus par Canada, la juge de première prononce les conclusions suivantes :

[79] REJETTE les requêtes pour exceptions déclinatoires des défenderesses;

[80] ACCORDE partiellement la requête de la demanderesse Fortalis Anstalt;

[81] DÉCLARE que la demanderesse Fortalis Anstalt est le propriétaire exclusif incluant le négatif original du Film désigné sous le nom « Eternal », libre de tous droits et de toutes charges et RECONNAÎT la demanderesse comme étant la propriétaire exclusive des droits d'auteur, marques déposées ou tout autres droits intellectuels accessoires audit Film;

[82] DÉCLARE que le contrat du 12 mai 2004 tel qu'amendé le 15 juin 2004 où Horizon Entertainment Ltd. a été désigné l'agent exclusif des ventes pour le Film Eternal (P-5) est résolu;

[83] DÉCLARE que l'entente de PS Here, LLC déposée sous P-6 est résolue ainsi que tous les droits accordés auparavant à la défenderesse PS Here, LLC sont éteints en vertu de l'avis de terminaison déposé sous P-23;

[84] DÉCLARE tous les droits de diffusion accordés à la suite de sous-contrats prévus ou stipulés à l'article 6 de l'entente de PS Here déposé sous P-6, sont résiliés envers PS Here, LLC en vertu de l'avis de terminaison déposé sous P-23;

[85] RÉSERVE aux parties le droit de faire valoir leurs demandes monétaires et de faire statuer sur les conclusions monétaires de Fortalis Anstalt après enquête et audition;

[86] DÉCLARE que la Cour supérieure a juridiction pour entendre les parties et trancher les débats;

[87] Le tout avec dépens.

PRÉTENTIONS DES APPELANTES

[19] Selon les appelantes, la juge de première instance a erré en faisant défaut de décliner compétence en application des articles 3148 et 3152 C.c.Q.. De plus, elle aurait statué *ultra petita* en déclarant résolus les contrats alors qu'elle n'était appelée à statuer que sur des requêtes en exceptions déclinatoires.

ANALYSE

I. Absence de compétence quant à Horizon :

[20] Fortalis prétend que les tribunaux québécois sont compétents car son action serait de la nature de la reconnaissance d'un droit réel sur un bien sis au Québec. Elle invoque l'art. 3152 C.c.Q. :

3152. Les autorités québécoises sont compétentes pour connaître d'une action réelle si le bien en litige est situé au Québec.

[21] Comme l'indique bien l'analyse de la juge de première instance, il faut retenir la nature personnelle et non réelle des conclusions en annulation ou résiliation des contrats et en détermination des montants. L'art. 3152 C.c.Q. n'est pas pertinent au débat devant nous puisqu'il ne peut s'appliquer à la limite qu'à la première déclaration recherchée, laquelle n'est contestée par personne (en fait, les appelantes reconnaissent à Fortalis le droit de propriété sur le film).

[22] Les appelantes contestent la compétence de la Cour supérieure à l'égard des conclusions, de la nature d'une action personnelle, recherchées contre elles.

[23] À cet égard, la seule disposition pertinente est l'art. 3148 C.c.Q. :

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

1 ° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;

2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec, mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;

4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;

5° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

(je souligne)

[24] En l'instance, aucune des appelantes n'a de résidence au Québec, ni établissement ou activité. Aucune n'a élu domicile au Québec. Aucune n'a accepté à l'avance la compétence de la Cour supérieure.

[25] Quant à Fortalis, elle ne peut prétendre que Horizon a fait défaut d'exécuter une obligation au Québec, puisque tout paiement est dû en Colombie-Britannique faute d'une disposition dans le contrat à l'effet contraire (art. 1566 C.c.Q.). Bien entendu les paiements par PS Here à Horizon ne peuvent être exigibles au Québec, puisque le créancier et le débiteur n'y ont aucune attache.

[26] Peut-on soutenir cependant qu'une faute a été commise à l'égard de Fortalis au Québec, elle qui n'y a pas de place d'affaire ou résidence? Peut-on prétendre que Canada a subi au Québec un préjudice que Fortalis en sa qualité d'ayant droit de la première peut invoquer à l'encontre de Horizon ou de PS Here?

[27] À mon avis, il n'est pas nécessaire de répondre à ces questions quant à Horizon puisque le deuxième alinéa de l'art. 3148 C.c.Q. s'applique et, par conséquent, que les conclusions recherchées contre elle doivent être soumises à l'arbitrage.

[28] En effet, l'assise des prétentions de Fortalis découle du fait que cette dernière se considère, à la suite de la réalisation de son hypothèque, soit cessionnaire du contrat entre Horizon et Canada, soit cessionnaire des créances de Canada contre Horizon.

[29] Dans le premier cas, elle s'installe alors dans les souliers de Canada et à ce titre la remplace comme cocontractante de Horizon. Or, le contrat où elle se substitue à Canada contient une clause compromissoire, un contrat séparé mais accessoire au contrat de distribution, qu'elle est tenue de respecter. Il revient alors aux arbitres de déterminer la validité du contrat avec Horizon de même que le droit à sa résiliation.

[30] Dans le deuxième cas, Fortalis en sa qualité cessionnaire des créances dues à Canada réclame de Horizon les montants impayés à sa cédante. Or, il est désormais

bien établi qu'en pareille situation si le contrat principal duquel résulte la créance contient une clause compromissoire, tout litige relatif à la créance devra être soumis à l'arbitrage.

[31] Ce principe a été énoncé par la Cour pour une première fois en 1988 dans l'arrêt *Cegeco Design & Construction Ltée c. 137857 Canada inc.*, [1988] R.J.Q. 332. Dans cette affaire, un sous-entrepreneur avait cédé sa créance contre un entrepreneur à une tierce partie, 137857 Canada inc. Le contrat entre l'entrepreneur général, Cegeco et le sous-entrepreneur, Abec inc., comportait une clause compromissoire. De fait, un différend est intervenu entre l'entrepreneur et le sous-entrepreneur et le cessionnaire a institué une action en Cour supérieure pour le paiement de la créance cédée. La Cour supérieure a d'abord accueilli une exception déclinatoire, puis a désigné un arbitre à défaut pour les parties de s'entendre.

[32] En Cour d'appel, la majorité reconnaît que le cessionnaire est lié par la clause compromissoire. Pour le juge Dubé, il s'agit d'un accessoire de la créance cédée, au sens de l'art. 1574 *C.c.B.-C.* (aujourd'hui l'art. 1638 *C.c.Q.*). Comme la cessionnaire avait acheté la créance du sous-entrepreneur accompagnée du contrat de vente, elle connaissait l'existence la clause compromissoire et elle était liée par cette dernière.

[33] Pour sa part, le deuxième juge de la majorité, mon collègue le juge Gendreau, écrit à la p. 338 :

Aussi, l'effet de la cession de créance est de transmettre avec elle ce que Carbonnier appelle « tous ses attributs positifs (qui) sont les sûretés qui garantissent la créance (art. 1692), les actions en justice qui appartenaient au cédant » et ses « attributs négatifs (qui) sont les vices affectant la créance ».

C'est une vente d'un droit personnel qui place le cessionnaire à l'égard de l'obligé dans la position qu'avait autrefois le cédant. Le débiteur pour faire valoir tous les droits et les exceptions qu'il avait contre le cédant, et le cessionnaire prend la créance dans l'état où elle se trouve avec tous ses accessoires ou « attributs positifs et négatifs ».

(...)

En l'instance, la créance résulte d'un contrat et la formalité de publicité à l'égard du débiteur au moment de la cession est remplie. Ce n'est d'ailleurs pas contesté. La cessionnaire 137857 Canada est donc investie, à l'égard de Cegeco, des droits et aussi des obligations qu'Abec avaient contractées. Elle a acquis tous les « attributs négatifs et positifs » de la créance et, partant, l'obligée, ici l'appelante, peut lui opposer tous les moyens qu'elle avait contre le cédant Abec. Or, pour faire valoir ses moyens et liquider la créance, les parties au contrat avaient décidé de s'en remettre à un arbitre, de préférence aux tribunaux, dans une clause compromissoire valide. Dans ces circonstances, cet accessoire

ou « attribut » qui avait son plein effet entre le cédant et le débiteur l'aura maintenant entre le cessionnaire et ce même débiteur.

[34] Ce principe sera repris, cette fois-ci unanimement, par la Cour dans *Banque Nationale du Canada c. Premdev Inc.*, [1997] J.Q. 689. Dans cette affaire la BNC, cessionnaire des droits d'un entrepreneur, demandait la nomination d'un arbitre en exécution de la clause compromissoire prévue dans le contrat de construction intervenue entre Premdev et le sous-entrepreneur, son client désormais failli. Agissant en vertu d'un transport de créance, la BNC voulait obtenir le paiement des sommes dues à son client failli. Le juge de première instance rejette la demande relative à la clause compromissoire, semblant mettre en doute le droit de la cessionnaire, la BNC, de se prévaloir de la convention d'arbitrage. Il invoque aussi d'autres motifs, qui ne sont pas pertinents en l'instance. Parlant pour la Cour, le juge Forget écrit :

[17] Avec égards, je ne partage pas l'opinion du premier juge :

1) il n'est plus contesté que le pacte compromissoire est l'accessoire d'une créance et que la cession de cette créance permet à la cessionnaire de s'en prévaloir;

(...)

[35] La situation au Québec n'est en ce sens pas différente de celle en France où la transmission de la clause compromissoire est désormais bien établie, qu'il s'agisse d'une cession de créance ou d'une cession de contrat. Dans le *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1020 : « Arbitrage. – Compromis et clause compromissoire », on peut lire :

144.- Transmission de la convention d'arbitrage en tant qu'accessoire du droit d'action – Nous savons que la clause compromissoire a pour objet le droit d'action, ce qui explique sa qualification de contrat de procédure et son autonomie au regard du contrat qui la contient. La clause compromissoire est transmise en tant qu'accessoire du droit d'action, car lui-même est dans un rapport d'accessoire et de principal avec le droit substantiel qu'il sert. Il en résulte qu'il suit nécessairement le droit substantiel transmis. Ainsi, la transmission de la clause compromissoire est la conséquence d'un double rapport d'accessoire à principal.

La clause compromissoire suit le droit d'action qui suit lui-même le droit substantiel (*sur l'analyse en doctrine, V.E. Loquin note sous CA Paris, 28 janv. 1988 : JDI 1989, p.1021. – C. Legros, L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes, thèse Rouen, 1999, dactyl. – E. Loquin, Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises, op. cit. spéc. P. 52s.*) Pour cette raison, le caractère autonome de la clause compromissoire n'est pas un

obstacle à sa transmission. Si la clause compromissoire est autonome par rapport aux droits subjectifs substantiels créés par le contrat principal, elle est en situation d'accessoire à l'égard du droit d'agir en justice servant les droits substantiels.

[36] En l'instance, la résiliation du contrat ou la détermination des montants dus en vertu de celui-ci sont des « disputes between the parties concerning this Agreement, interpretation thereof or otherwise related hereto ».

[37] La Cour supérieure aurait dû accueillir la requête de Horizon.

2. La Cour supérieure n'est pas le forum approprié à l'égard de PS Here :

[38] À l'égard de PS Here, puisque Canada n'avait aucun lien contractuel avec PS Here, le recours de son ayant droit, Fortalis, tient soit de l'action oblique (PS Here doit des montants à Horizon et cette dernière fait défaut de les réclamer ce qui cause un préjudice à Fortalis en sa qualité d'ayant droit de Canada) soit de la responsabilité extracontractuelle (PS Here doit de l'argent à l'un des débiteurs de Fortalis et refuse de le payer, ce qui par ricochet lui cause un préjudice).

[39] Dans le premier cas, le recours de Fortalis contre PS Here dont l'objet est de mettre en mouvement l'action que son débiteur, Horizon, aurait dû introduire, est de la nature de celui de l'article 1627 C.c.Q.¹. Or, l'action oblique prend la nature du recours qui devrait être exercé par le véritable créancier. Puisque Horizon ne peut pas assigner PS Here en justice à Montréal, je ne vois pas comment Fortalis, qui exerce le recours que la première avait contre la seconde, pourrait le faire.

[40] Dans le second cas, un recours extracontractuel, l'article 3148 (3) C.c.Q. peut trouver application dans la mesure où Fortalis subit un préjudice à Montréal, ce dont je suis loin d'être convaincu, à moins de se livrer à une lecture très libérale de l'arrêt prononcé par la Cour suprême dans *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205. En effet, si tel est le cas, toute banque québécoise, impayée par une entreprise québécoise devenue insolvable, pourrait poursuivre au Québec les débiteurs de cette dernière où qu'ils soient situés dans le monde!

[41] En tout état de cause, si la Cour supérieure a compétence, je suis d'avis que l'art. 3135 C.c.Q. doit alors recevoir application.

[42] Dans l'arrêt *Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, J.E. 98-1592 (C.A.), la Cour a précisé les critères à considérer, lesquels ont été avertisés par la Cour suprême dans l'arrêt *Spar Aerospace* :

- 1) le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts;

¹ À supposer que l'on puisse conclure que la créance de Fortalis est liquide, certaine et exigible.

- 2) la situation des éléments de preuve;
- 3) le lieu de formation et d'exécution du contrat;
- 4) l'existence d'une autre action intentée à l'étranger;
- 5) la situation des biens appartenant au défendeur;
- 6) la loi applicable au litige;
- 7) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi;
- 8) l'intérêt de la justice;
- 9) l'intérêt des deux parties;
- 10) la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger.

[43] Aucun n'est en soi déterminant, mais tous font partie de l'analyse et de l'exercice de pondération du juge saisi d'une telle demande.

[44] En l'instance, les résidences des parties sont au Liechtenstein, en Colombie-Britannique et en Californie, mais pas au Québec. La majorité des témoins est en Californie et il faudra vraisemblablement nommer un expert-comptable américain. La négociation des ententes entre PS Here et Horizon a dû se faire en Californie ou en Colombie-Britannique et une grande partie des documents pertinents est aux États-Unis. Il est aussi établi que PS Here n'a aucun bien au Québec. De même, la loi du Québec ne s'applique pas au contrat intervenu entre PS Here et Horizon et encore moins aux contrats entre PS Here et des tiers américains. Bien entendu, tout jugement qui sera rendu au Québec devra faire l'objet d'une reconnaissance ou d'une procédure en exequatur pour être exécutoire en Californie.

[45] De même, l'intérêt de la justice ne commande pas que le recours de Fortalis contre PS Here ait lieu à Montréal, alors qu'il présente uniquement des éléments d'extranéités. Quant à l'intérêt de PS Here, il est évident qu'il serait préférable qu'elle soit poursuivie en Californie plutôt qu'à Montréal. Quant à Fortalis, une société du Liechtenstein, elle ne fait valoir aucun préjudice qui lui résulterait d'une poursuite en Californie plutôt qu'au Québec.

[46] Pour tous ces motifs, je suis d'avis que l'analyse des facteurs pertinents mène inéluctablement à la conclusion que les tribunaux québécois ne sont pas le forum approprié pour un recours contre PS Here.

[47] Quoique cela ne soit pas nécessaire pour déterminer le sort du pourvoi, j'ajoute que le moyen relatif à l'*ultra petita* est bien fondé.

CONCLUSION

[48] Pour ces motifs, je propose d'accueillir l'appel avec dépens, d'infirmier le jugement de la Cour supérieure, et procédant à rendre jugement qui aurait dû être rendu, d'accueillir les requêtes en exceptions déclinatoires de Horizon et de PS Here et de rejeter le recours de l'intimée, le tout avec dépens.

PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.