

LE CONTRAT SANS LOI EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ CANADIEN

Frédérique Sabourin

Volume 19, Number 2, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069105ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069105ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Sabourin, F. (2006). LE CONTRAT SANS LOI EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ CANADIEN. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 19(2), 35–63. <https://doi.org/10.7202/1069105ar>

Article abstract

The text explores the state of the law of contracts under civil and common law in Canada. Specifically, it addresses two distinct situations, one where the intention of contracting parties is to be governed exclusively by their contractual clauses and one where the contract is governed by non-state rules such as usage, general principles of law, *lex mercatoria*, etc. In both cases, are these contracts nevertheless submitted to State law? And if so, which one? Are the answers to these questions different when the contract is subject to arbitration? If this is the case, is there any justification for such a difference? The *Inter American Convention on the Law Applicable to International Contracts* (1994) as well as the current revision of the *Rome Convention on the law applicable to contractual obligations* (1980), neither of which Canada is a Party, to provide some insight to this topic.

LE CONTRAT SANS LOI EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ CANADIEN

*Par Frédérique Sabourin**

Le texte explore l'état du droit civil et de la common law au Canada en matière de droit des obligations, en s'attardant spécifiquement à deux situations distinctes, la première étant celle où l'intention des parties contractantes est d'être régies exclusivement par leurs clauses contractuelles, la seconde se présentant lorsque le contrat est régi par une loi non étatique tel un usage, un principe général du droit ou encore la *lex mercatoria*. Dans les deux cas, la question demeure entière de savoir si ces contrats sont néanmoins soumis à une loi étatique, et si oui, laquelle? Les réponses sont-elles différentes selon que le contrat est soumis à l'arbitrage? Et si tel est le cas, ces différences sont-elles justifiées? La *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux* (1994) ainsi que la révision actuelle de la *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (1980), auxquelles le Canada n'est pas Partie, apportent un certain éclairage à ce sujet.

The text explores the state of the law of contracts under civil and common law in Canada. Specifically, it addresses two distinct situations, one where the intention of contracting parties is to be governed exclusively by their contractual clauses and one where the contract is governed by non-state rules such as usage, general principles of law, *lex mercatoria*, etc. In both cases, are these contracts nevertheless submitted to State law? And if so, which one? Are the answers to these questions different when the contract is subject to arbitration? If this is the case, is there any justification for such a difference? The *Inter American Convention on the Law Applicable to International Contracts* (1994) as well as the current revision of the *Rome Convention on the law applicable to contractual obligations* (1980), neither of which Canada is a Party, to provide some insight to this topic.

* Avocate au ministère de la Justice du Québec. Une version préliminaire de ce texte a été soumise à titre de rapport national canadien dans le cadre du XVII^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé (Utrecht, Pays-Bas, 16 au 22 juillet 2006). L'auteure tient à remercier monsieur Oumar Niang pour sa patiente révision des notes de bas de pages de ce texte, ainsi que l'Université de Sherbrooke et sa Faculté de droit pour leur soutien financier alors que l'auteure y était professeure adjointe. Les opinions exprimées dans le texte n'engagent que l'auteure.

Il est généralement loisible aux parties à un contrat de désigner la loi qui lui sera applicable, parfois à certaines conditions; le droit canadien ne fait pas figure d'exception à cet égard. Cela implique-t-il que les parties à un contrat puissent choisir pour régir leur contrat des règles de droit non étatiques? Peuvent-elles, par exemple, choisir une convention internationale qui ne serait autrement pas applicable, une « loi type » qui n'aurait pas été incorporée dans le corpus législatif d'un État, les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international¹, les Incoterms de la Chambre de commerce internationale, voire les usages? Et si elles le pouvaient, ce choix aurait-il pour effet d'écarter l'application de toute loi étatique? Les réponses à ces questions seront-elles les mêmes, suivant leur décision de recourir à l'arbitrage ou aux tribunaux étatiques pour résoudre leur litige? À défaut de choix exprès des parties, les juges ou les arbitres peuvent-ils recourir au droit non étatique, et si tel est le cas, à quelles fins? Enfin, la pratique commerciale canadienne actuelle est-elle à cet effet, et pourquoi?

La professeure Léna Gannagé, Rapporteuse générale sur le thème du « contrat sans loi » au congrès de 2006 de l'Association internationale de droit comparé, nous conviait à une réflexion d'ensemble sur ces questions². Dans son

¹ Unidroit, Conseil de Direction, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, 83^e sess., 2004, en ligne : Unidroit <<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles/2004/blackletter2004.pdf>> [Principes d'Unidroit]. D'abord adoptés en 1994, les *Principes* ont fait l'objet d'une modernisation en 2004.

² Léna Gannagé, « Le contrat sans loi en droit international privé » dans Katharina Boele-Woelki et Sjev van Erp, dir., *Rapports généraux du XVII^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2007 aux pp. 275 à 308. Madame Gannagé pu s'appuyer, pour rédiger son rapport général, sur les rapports nationaux présentés par les participants, disponibles en ligne pour quelques-uns sur le site Web de l'Université d'Utrecht : Klaus Peter Berger, « Contracts with no Governing Law in Private International Law and Non-State Law: Country Report Germany », en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Germany.pdf>> [*Rapport allemand*]; Mirela Župan, « Croatian National Report: Contracts with no Governing Law in Private International Law and Non-State law », en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Croatia.pdf>> [*Rapport croate*]; Asunción Asin, « Le contrat sans loi en droit international privé et droit non étatique : rapport de l'Espagne », en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Spain.pdf>> [*Rapport espagnol*]; Haris Tagaras, « Contribution hellénique sur “Le contrat sans loi en droit international privé et droit non étatique” », en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Greece.pdf>> [*Rapport grec*]; Gabor Palásti, « Survey for Hungary », en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Hungary.pdf>> [*Rapport hongrois*]; S. Ferreri, Rapport italien, en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Italy.pdf>>; M.T. Kansaki, Rapport japonais, en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Japan.pdf>> [*Rapport japonais*]; Giuditta Cordero Moss, « International Contracts Between Common Law and Civil Law: is Non-State Law to be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards such as Good Faith », en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Norway.pdf>> [*Rapport norvégien*]; Monika Pauknerová, « Contracts with no governing law in private international law and Non-State law: Czech Republic », en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Czech%20Republic.pdf>> [*Rapport tchèque*]; Maja Stanivukovic, « Contracts without a Proper Law in Private International Law and Non-State Law in Serbia and Montenegro law », en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Serbia.pdf>> [*Rapport serbe*]; Symeon C. Symeonides, « *Contracts without a Proper Law in Private International Law and Non-State Law* : United States

rapport, elle soumet comme définition du « contrat sans loi » un contrat qui n'est soumis à aucune loi étatique, mais qui est néanmoins régi par des règles de droit non étatiques telles que les usages, les principes généraux du droit, la *lex mercatoria*. Quant au « contrat sans droit », il s'agirait d'un contrat qui n'est soumis à aucune règle de droit et dont le régime juridique repose exclusivement sur les clauses contractuelle, c'est-à-dire sur la seule volonté des parties. Seule la doctrine québécoise utilise l'expression « contrat sans loi », laquelle semble recouvrir les deux définitions proposées³. Ni la doctrine canadienne de common law ni la jurisprudence ne réfèrent à cette expression; quant au « contrat sans droit », cette expression n'est présente ni dans la doctrine⁴ ni dans la jurisprudence canadienne.

Nous étudierons dans un premier temps l'état du droit relativement à cette matière au Québec (I), nous pencherons en second lieu sur cette question telle qu'abordée dans les provinces canadiennes (II), et concluons enfin cette contribution avec quelques réflexions sur le sujet.

I. Le droit international privé québécois

Suivant l'article 3111 C.c.Q.⁵, 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. Les parties peuvent désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique.

National Report », en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20USA.pdf>> [*Rapport américain*]; Eugenio Hernández-Breton, « The *contrat social* in private international law and Non State Law : the Venezuelan Perspective », en ligne : <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IIB1/IIB1%20-%20Venezuela.pdf>> [*Rapport vénézuélien*]. Madame Gannagé bénéficia également de la contribution canadienne, de la soussignée, ainsi que du rapport suisse, présenté par le professeur Schwander.

³ Voir Gérard Goldstein et Éthel Groffier, *Traité de droit civil : droit international privé*, t.2 (*Règles spécifiques*), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003 à la p. 484 [Goldstein et Groffier, *Règles spécifiques*]; Alain Prujiner, « Comment utiliser les Principes d'UNIDROIT dans la pratique contractuelle » (2002) R.J.T. 561 à la p. 569; H. Patrick Glenn, « Droit international privé » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, vol. 3, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 717.

⁴ Ou à deux exceptions près, à notre connaissance. Fabien Gélinas semble limiter la possibilité pour les parties de désigner un droit non étatique à l'arbitrage; pareillement, en cas de silence par les parties quant au droit applicable, seuls les arbitres pourraient recourir à un droit non étatique (Fabien Gélinas, « Code, silence et harmonie » (2005) 46 C. de D. 941 à la p. 954). Cependant, même les arbitres ne pourraient s'affranchir totalement de toute juridicité, hormis l'hypothèse, très rare en pratique suivant l'auteur, de l'« amiable composition » (*ibid.* à la p. 959). Voir aussi Frédéric Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Paris/Cowansville (Qc), L.G.D.J./Yvon Blais, 2005 à la p. 91, au para. 139, note 404.

⁵ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 [C.c.Q.].

Suivant les articles 3112 et 3113 C.c.Q., 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. Ces liens 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.

Les articles 3117 et 3118 C.c.Q. sont des dispositions particulières qui viennent protéger les consommateurs et les travailleurs⁶. L'article 3119 C.c.Q. établit également une certaine protection pour les assurés, les bénéficiaires et les titulaires d'un contrat d'assurance⁷.

Ces dispositions du *Code civil du Québec* sont toutes inspirées de la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*⁸. Or, ni la *Convention* elle-même ni le rapport de messieurs Giuliano et Lagarde⁹ ne contiennent d'indices sur la possibilité de choisir une loi non étatique. Il est fort probable que la question de savoir *quelle* loi étatique serait applicable ait monopolisé les discussions et qu'incidemment, le problème du choix d'une loi non étatique n'ait pas été abordé au cours de la genèse de la *Convention*¹⁰. Les auteurs

⁶ Suivant l'article 3117 C.c.Q. : « 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 ». Suivant l'article 3118 C.c.Q. : « 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 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 ».

⁷ Suivant l'article 3119 C.c.Q. : « Malgré toute convention contraire, le contrat d'assurance qui porte sur un bien ou un intérêt situé au Québec ou qui est souscrit au Québec par une personne qui y réside, est régi par la loi du Québec dès lors que le preneur en fait la demande au Québec ou que l'assureur y signe ou y délivre la police. De même, le contrat d'assurance collective de personnes est régi par la loi du Québec, lorsque l'adhérent a sa résidence au Québec au moment de son adhésion. Toute somme due en vertu d'un contrat d'assurance régi par la loi du Québec est payable au Québec ».

⁸ *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 19 juin 1980, J.O. L 266 à la p. 1, 19 I.L.M. 1492 [*Convention de Rome*].

⁹ Mario Giuliano et Paul Lagarde, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, [1980] J.O. C 282.

¹⁰ Antoon Victor Marie Struycken, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », (1992) 232 Rec. des Cours 256 aux pp. 365 à 366. À l'occasion de la révision de la *Convention de Rome* pour la transformer en éventuel *Règlement européen*, il a été proposé de la modifier pour clarifier les choses à cet égard : voir CE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*,

européens apportent des réponses variées à la question de savoir si cette dernière permet, ou non, le choix d'une loi non étatique par les parties¹¹.

Bruxelles, CE, 2005 à la p. 14 (COM [2005] 650 final, non publiée au J.O.). La Commission européenne a émis une communication sur le sujet en 2001 (CE, Commission, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats*, [2001] J.O. C 255) et, à la suite des commentaires reçus, un « plan d'action » en 2003 (CE, Commission, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : un droit européen des contrats plus cohérent; plan d'action*, [2003] J.O. C 63 aux pp. 7 à 11). Le compte-rendu de la réunion tenue à Paris en 2002 reflète bien l'absence de consensus au sein du Comité européen chargé de cette révision. Une revue des arguments aussi bien en faveur que contre l'utilisation du droit non étatique peut être consultée sur le Web : CE, *Replies to the Commission's Rome I Green Paper*, 2002, réponse à la question 8, en ligne : Commission européenne <http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm>. Lors de sa 429^e session plénière des 13 et 14 septembre 2006, le Comité économique et social européen a adopté un avis relativement à l'article 3)2 du texte proposé. Celui-ci contient une clause d'ouverture qui permet aux parties de choisir une loi supranationale. Le Comité s'est dit réjoui sans réserve de cette initiative : pour la première fois, les parties pourraient véritablement utiliser dans une large mesure des modèles de contrats européens uniformisés, ce qui constituerait une avancée considérable vers la réalisation du marché intérieur. Voir CE, Comité économique et social européen, *Opinion of the Economic and Social Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations*, [2006] J.O. C 318/10. Voir également Ferreri, « Rapport italien », *supra* note 2; Župan, « Rapport croate », *supra* note 2; Jean-Paul Béraudo, « La modernisation et l'harmonisation du droit des contrats : une perspective européenne » (2003) 8 Rev. D.U. 135 à la p. 137 (Jean-Paul Béraudo fut conférencier invité lors du congrès pour commémorer le 75^e anniversaire d'Unidroit [Rome, 27 et 28 septembre 2002], dont le thème était l'« harmonisation mondiale du droit privé et l'intégration économique régionale »).

¹¹ Hélène Gaudemet-Tallon estime que toute possibilité d'un contrat sans loi est écartée (Hélène Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* » (1989) J.-cl. Eur. fascicule 3200 à la p. 11, au n° 56). Struycken soutient que la *Convention* admet le choix d'une loi uniforme contenue dans une convention internationale (Struycken, *supra* note 10 aux pp. 365 à 366). Il cite Georges Van Hecke, qui limite cette possibilité à l'hypothèse d'une clause arbitrale ou à celle où un État est partie au contrat (Georges Van Hecke avec la collaboration de Koen Lenaerts, *Internationaal Privaatrecht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, au n° 696). Boele-Woelki est favorable à une interprétation large de la *Convention*, tout comme plusieurs juristes néerlandais à qui elle réfère (Katharina Boele-Woelki, « Principles and Private International Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts » [1996-4] Rev. D.U. 653, aux pp. 665, 666). Pour Nadine Watté, « la question de la soumission du contrat aux usages du commerce international est laissée ouverte » par la *Convention* (Nadine Watté, « Le nouveau droit international privé des contrats : la loi du 14 juillet 1987 » (1989) 21 Revue générale de droit civil belge 301 à la p. 308). Pour François Rigaux, les parties peuvent faire un renvoi matériel à des sources de droit non-étatiques, mais cela n'exclut pas l'application de toute loi nationale, la validité de ces clauses devant être appréciée suivant la loi applicable au contrat (François Rigaux et Marc Fallon, *Droit international privé*, t. II : « droit positif belge », 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1993 à la p. 321, au n° 1287). Voir aussi Paul Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la *Convention de Rome du 19 juin 1980* » (1991) 80 Rev. crit. dr. int. privé 287 aux pp. 300, 301, au para. 19; Bernard Dubuisson, *Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré*, thèse de doctorat en droit, Université catholique de Louvain, 1994 [non publiée], au n° 328, en ligne : Les Bibliothèques de l'Université catholique de Louvain <<http://edoc.bib.ucl.ac.be:81/ETD-db/collection/available/BelnUcctd-12112003-115447>>; Ole Lando, « Party autonomy in the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual and Non Contractual Obligations » dans François Rigaux, dir., *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Bruxelles, Larcier pour Institut universitaire international (Luxembourg), 1981, 191 à la p. 194.

La *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*¹² de l'Organisation des États américains (OÉA), conclue à Mexico le 17 mars 1994, est apparemment plus explicite sur l'application du droit non-étatique¹³. Cette convention n'est cependant en vigueur qu'entre le Mexique et le Venezuela¹⁴. Adoptés en 1991, les articles du C.c.Q. n'ont cependant pas pu s'en inspirer, bien qu'entrés en vigueur seulement en 1994.

Contrairement aux autres dispositions du C.c.Q qui réfèrent à « la loi d'un État », le premier alinéa de l'article 3111 du *Code* permet aux parties de choisir une « loi ». Somme toute, cette formulation ne semble pas, de prime abord, envisager la possibilité pour les parties de choisir un droit non étatique ou celle d'exclure tout droit étatique pour régir leur contrat. L'ensemble des auteurs en droit québécois estiment pourtant que les parties sont libres de le faire, la question étant plutôt de savoir quelles conséquences en découlent pour les tribunaux arbitraux (A) et étatiques (B).

A. Le droit non étatique et les tribunaux arbitraux

Seule province canadienne de droit civil, le Québec a mis en œuvre la *Loi type sur l'arbitrage commercial international*¹⁵ de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ainsi que la *Convention de New*

¹² *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*, 17 mars 1994, O.A.S.T.S. n° 78 (entrée en vigueur : 15 décembre 1996), en ligne : OÉA <<http://www.oas.org/juridico/English/treaties/b-56.html>> [*Convention interaméricaine*].

¹³ *Ibid.* Voir l'article 9 de la *Convention interaméricaine* : « Lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable ou lorsque ce choix s'avère inefficace, le contrat est régi par la loi de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits. Le tribunal tient compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs identifiées dans le contrat en vue de déterminer la loi de l'État avec lequel il a les liens les plus étroits. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales [...] ». L'article 10 se lit comme suit : « Outre les dispositions des articles précédents, seront appliqués, le cas échéant, les normes, les coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les coutumes et pratiques commerciales généralement reconnues en vue d'assurer le respect des conditions imposées par la justice et l'équité dans le règlement d'un cas concret ». Suivant le rapport du professeur Hernández-Breton (Rapport vénézuélien, *supra* note 2), il existerait une controverse doctrinale sur la question de savoir si le choix par les parties d'un droit non-étatique est possible, l'article 9 précité ne s'adressant qu'à l'hypothèse où les parties n'ont pas fait de choix. Juenger, Castro, Boele-Woelki et Hernández-Breton répondraient par l'affirmative; Arroyo, Boggiano, Romero et Lando, par la négative.

¹⁴ L'état des acceptations et ratifications de la *Convention interaméricaine* peut être consulté sur le site Web de l'OÉA : <<http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-56.html>>. Voir aussi dans (1995) *Rev. crit. dr. int. privé* 173 et Friedrich K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons » (1994) 42 *Am. J. Comp. L.* 381.

¹⁵ *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial*, Rés. AG, Doc. off. AG NU, 40^e sess., supp. n° 53, Doc. NU A/RES/40/72 (1985), modifiée par Rés. AG, Doc. off. AG NU, 61^e sess., Doc. NU A/RES/61/33 (2006) [*Loi type de la CNUDCI*]. La *Loi type* a été adoptée par la Commission des Nations unies pour le commerce international (CNUDCI) le 21 juin 1985. Voir aussi, pour le Canada, la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985 (2^e supp.), c. 17.

*York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*¹⁶ en modifiant son *Code de procédure civile*¹⁷, en 1986¹⁸. Cette législation s'applique tant aux arbitrages québécois qu'aux arbitrages internationaux et ne se limite pas aux matières commerciales. Les matières familiales, l'état et la capacité des personnes, tout comme les autres questions intéressant l'ordre public sont toutefois exclues en vertu de l'article 2639 C.c.Q.

Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral appliquera au fond du litige (article 3111 C.c.Q.). Celles qui choisissent un droit national spécifique n'écartent pas les usages applicables, puisque les tribunaux arbitraux doivent dans tous les cas en tenir compte (article 944.10 C.p.c.)¹⁹. Elles

¹⁶ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 38 [*Convention de New York*].

¹⁷ L.R.Q. c. C-25 [C.p.c.]. L'article 940.6 C.p.c. prévoit que dans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extra-provincial ou international, l'interprétation du titre du C.p.c. sur la tenue de l'arbitrage (art. 940 à 947.4 C.p.c.) doit se faire en tenant compte de la *Loi type de la CNUDCI*, du *Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa dix-huitième session* (Doc. off. CNUDCI, 18^e sess., Doc. NU A/40/17 [1985]) et du *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international figurant au Rapport du Secrétaire général* (Doc. off. CNUDCI, 18^e sess., Doc. NU A/CN.9/264 [1985]) [*Commentaire analytique du projet d'une loi type*], s'il y a lieu. L'article 948 établit quant à lui que l'interprétation du titre du C.p.c. sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec (art. 948 à 952 C.p.c.) doit se faire en tenant compte de la *Convention de New York*, s'il y a lieu.

¹⁸ La *Loi type de la CNUDCI* n'étant pas une convention, il n'était pas nécessaire que les différents paliers de gouvernement au Canada la mettent en œuvre : ils ont plutôt saisi l'occasion de moderniser leur droit de l'arbitrage alors largement dépassé. Rappelons qu'il est cependant nécessaire en droit canadien de mettre en œuvre par voie législative les conventions internationales auxquelles souscrit l'exécutif fédéral, telle la *Convention de New York*. Cette mise en œuvre doit se faire, suivant la jurisprudence, selon la compétence législative attribuée aux différents gouvernements provinciaux, territoriaux et fédéral. Comme il a maintes fois été souligné, cela peut constituer un frein à l'activité internationale canadienne en matière de droit privé, la mise en œuvre des traités conclus relevant des provinces. La coopération fédérale-provinciale et la pratique récente d'inclure dans les conventions des clauses dites « fédérales », qui offrent notamment la possibilité de limiter la mise en œuvre d'une convention par les provinces et territoires désignés, permet de limiter ces inconvénients. Pour connaître l'état d'avancement des travaux dans ce domaine, consulter le site Web de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) : <<http://www.chlc.ca/fr/home/>> (voir notamment les compte-rendu des réunions annuelles ainsi que les documents de la section civile de la Conférence). Voir aussi *A.G. Canada v. A.G. Ontario*, [1937] A.C. 355 [*Affaire des Conventions du travail*]; Ministère des Relations internationales, *Guide de la pratique des relations internationales du Québec* par François Leduc, Québec, ministère des Relations internationales, 2000 aux pp. 74 à 79; Sylvie Scherrer, « L'effet des traités dans l'ordre juridique interne canadien à la lumière de la jurisprudence récente » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000 aux pp. 57 et s.; Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997 aux pp. 72, 73, 152 à 170; Alegria Borrás, « Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel » (1994) 249 Rec. des Cours 145; Hugh M. Kindred, dir., *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 5^e éd., Toronto, Edmond Montgomery, 1993 aux pp. 77 à 244; Claude Emanuelli, *Droit international public : les fondements, les sources, les États*, t.1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990 aux pp. 33 à 114 [Emanuelli, *Droit international public*].

¹⁹ L'article 24 du *Règlement d'arbitrage international* du Centre canadien d'arbitrage commercial (CCAC) est au même effet. CCAC, Comité des règlements internationaux, *Règlement d'arbitrage*

peuvent cependant déroger à cette disposition (article 940 C.p.c.), et elles peuvent écarter l'application des usages si elles le veulent, mais doivent alors les exclure expressément.

Il ne semble pas faire de doute que le choix par les parties d'un droit non étatique serait respecté par les arbitres. Les sentences arbitrales rendues sous l'égide de centres d'arbitrage internationaux qui sont publiées en font foi²⁰.

En l'absence de choix des parties quant au droit applicable, les arbitres disposent d'une grande liberté dans la détermination de celui-ci. En effet, n'étant pas des organes étatiques, les arbitres sont affranchis de tout système de droit étatique, à l'exception des normes d'ordre public. Ils tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées (article 944.10 C.p.c.)²¹. Pour Goldstein et Groffier, « on peut concevoir que les arbitres se réfèrent à plusieurs droits, voire même à des principes de droit international »²².

Les tribunaux arbitraux sont-ils pour autant affranchis de l'application de tout droit national? Il semble qu'ils devraient tenir compte des règles d'application immédiate des États concernés par le litige. Autrement, leurs sentences risquent d'être considérées comme contraires à l'ordre public, et par conséquent de se voir refuser l'homologation, procédure nécessaire pour l'exécution forcée de la sentence²³.

Par ailleurs, les parties peuvent accorder aux arbitres les pouvoirs d'agir comme « amiable compositeur » afin qu'ils jugent *ex aequo bono*²⁴ (selon ce qui est

international, 2003, en ligne : CCAC <http://www.cacniq.org/PDF_2008/Reglement_d_arbitrage_international.pdf> [*Règlement du CCAC*].

²⁰ Bachand, *supra* note 4 à la p. 82, au para. 126; Gélinas, *supra* note 4 à la p. 954. Relativement aux principes d'Unidroit, voir par ex. Michael Joachim Bonell, « The Unidroit Principles and Transnational Law », (2000-2) *Rev. D.U.* à la p. 199 en ligne : <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm>> et Fabrizio Marrella, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration 1999-2001 » (2001) 12 *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 49. Quant au respect du choix par les parties de la *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (*infra*, note 50) voir Hans van Houtte, « La Convention de Vienne dans la pratique arbitrale de la Chambre de commerce internationale » (2000) 11 *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 22.

²¹ Bachand, *supra* note 4 à la p. 83, au para. 126; Goldstein et Groffier, *Règles spécifiques*, *supra* note 3 à la p. 687.

²² Goldstein et Groffier, *ibid.* à la p. 688.

²³ *Ibid.* à la p. 688; Jeffrey A. Talpis, « Retour vers le futur : application en droit québécois des Principes d'UNIDROIT au lieu d'une loi nationale » (2002) 36 *R.J.T.* 611 aux pp. 617, 618 [Talpis, « Retour vers le futur »].

²⁴ *Sport Maska Inc. c. Zitrer*, [1988] 1 *R.C.S.* 564 [*Sport Maska Inc.*]. Dans cette affaire, la Cour Suprême affirme : « Le statut d'amiable compositeur permet à son détenteur de statuer en équité, sans être lié par les règles du droit, substantives et procédurales, sauf évidemment les règles d'ordre public, notamment les règles de justice naturelle qui prévoient l'impartialité, l'obligation d'accorder aux parties la possibilité d'être entendues, de motiver la sentence arbitrale, etc. » (*ibid.* au para. 139). Pour Élise Charpentier, donner à un arbitre la qualité d'amiable compositeur, c'est lui permettre de s'écarter des règles de droit (à l'exception des normes d'ordre public) et de s'en remettre à l'équité lorsqu'il estime que l'application stricte du droit conduirait à une iniquité. Élise Charpentier, « L'émergence d'un ordre public... privé : une présentation des principes d'UNIDROIT » (2002) 36 *R.J.T.* 355 à la p. 371, note 51.

équitable et bon). Inspiré de la *Loi type de la CNUDCI*, l'article 940.6 C.p.c. le permet²⁵ : pour ce faire, il suffit que les parties indiquent clairement leur volonté de dispenser les arbitres d'obéir aux règles du droit²⁶.

Suivant ce qu'affirme madame Pelletier, qui a consacré son mémoire de maîtrise à la question de l'amicable composition, la liberté dont les arbitres jouissent pour déterminer le droit applicable, en l'absence de choix des parties, tendrait à diminuer la spécificité de l'amicable composition dans la mesure où elle permettrait à l'arbitre en droit de réaliser « une recherche du droit applicable teintée de son expérience et de ses convictions, orientant ainsi, consciemment ou non, l'issue du litige en fonction de son propre système de valeurs afin d'aboutir à la solution la plus juste »²⁷. De plus, si l'amicable composition a constitué un moyen d'appliquer des règles appropriées au commerce international, ces règles se sont progressivement vues reconnaître la qualité de règles de droit applicables par les arbitres statuant en droit. Par conséquent, le passage par l'amicable composition perdrait ici aussi de sa spécificité, dans la mesure où il est également possible à un arbitre statuant en droit de rendre une sentence intégrant des règles spécialement pensées pour les relations internationales. Cependant, l'amicable composition « [donne] encore un accès exclusif à des règles en cours de formation, n'ayant pas encore acquis de caractère normatif suffisant, contribuant ainsi à élargir, si besoin est, les sources disponibles pour solutionner un litige »²⁸. Pour maître Pierre Bienvenu, avocat praticien spécialiste de l'arbitrage,

bien que plusieurs hésiteraient à octroyer ce pouvoir [d'amicable compositeur] dans une clause compromissoire et à l'égard de différends futurs, compte tenu de l'incertitude inhérente au concept, il peut être acceptable de le faire dans un compromis visant un différend né et actuel entre des parties qui entretiennent une relation commerciale continue.²⁹

Il demeure cependant difficile de savoir ce qu'il en est au juste en pratique, les sentences arbitrales n'étant généralement pas publiées. Celles rendues sous l'égide

²⁵ L'article 3 du *Règlement du CCAC* (*supra* note 19) est au même effet.

²⁶ Gélinas, *supra* note 4 à la p. 959. Voir aussi, tels que cités dans *Sport Maska Inc.*, *supra* note 24 au para. 142 : *Concrete Column Clamps Ltd. c. Cie de Construction de Québec Ltée* (1939), 67 B.R. 536, conf. par [1940] R.C.S. 522, à la p. 546; Nabil Antaki, « L'amicable composition » dans Nabil Antaki et Alain Prujiner, *Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986 [*Actes du 1^{er} Colloque*], 151 à la p. 155; Philippe Ferland, *L'arbitrage conventionnel*, Montréal, Thélème, 1983 à la p. 84.

²⁷ Johanne Pelletier, *L'amicable composition en arbitrage commercial international*, Montréal, Thémis, 1998 à la p. 31; originalement présenté comme mémoire de maîtrise : Johanne Pelletier, *Place et portée de l'amicable composition au sein de l'arbitrage commercial international*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1996. Cet ouvrage a été recensé dans un numéro antérieur de la R.Q.D.I. : Olivier Caprasse, Recension de *L'amicable composition en arbitrage commercial international* de Johanne Pelletier (2000) 13.2 R.Q.D.I. 287.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Pierre Bienvenu, « Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux » (1996) 56 R. du B. 39 à la p. 67.

du Centre canadien d'arbitrage commercial (CCAC)³⁰ ne font pas exception. De toute manière, il semble que si le CCAC est raisonnablement actif en matière de différends internes (une soixantaine de nouveaux dossiers par an), il ne l'est pratiquement pas en matière internationale. En effet, tout indique que les opérateurs québécois du commerce recourent généralement peu à des arbitrages institutionnels, préférant les arbitrages *ad hoc*. Le Québec en général, et Montréal en particulier, sont certes parfois choisis comme lieux d'arbitrage, mais lorsque les tribunaux étatiques sont saisis, la jurisprudence est peu révélatrice de la question qui nous préoccupe³¹. Il en

³⁰ Créé en 1986, le CCAC est un organisme institutionnel privé à but non lucratif. Son siège social est situé à Montréal, d'où il offre ses services. La mission du CCAC est de résoudre des litiges d'affaires par les différents modes extrajudiciaires de règlement des litiges, soit l'arbitrage, la conciliation ou la médiation, suivant le cas. Le *Règlement du CCAC* (*supra* note 19) prévoit que le Centre ne tranche pas lui-même les différends soumis à l'arbitrage; le Centre dispense ses services directement ou, si les parties en ont convenu ainsi, par le biais de toute institution d'arbitrage avec laquelle il a conclu un accord de coopération. Le CCAC est membre fondateur du Centre d'arbitrage et de médiation commercial pour les Amériques (CAMCA), lequel a été fondé en 1995 suite à la conclusion d'un accord de coopération entre le CCAC et l'*American Arbitration Association*, la *Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México*, ainsi que le *British Columbia International Commercial Arbitration Centre* (voir CAMCA, *Mediation and Arbitration Rules* (1995), en ligne : OÉA <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/camca/camtoc_e.asp>). Le CCAC a également signé d'autres accords de cette nature qui lui permettent de collaborer avec d'autres institutions internationales et centres d'arbitrage internationaux en Europe, en Amérique latine, en Afrique du Nord, au Moyen-Orient et ailleurs dans le monde. Il parvient ainsi à assurer ses services de concert avec les organismes associés. Le Centre est membre de la Fédération internationale des institutions d'arbitrage commercial. Il offre ses services en français ou en anglais et sa documentation est trilingue (français, anglais et espagnol). Auparavant connu sous le nom de «Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec», ses coordonnées sont les suivantes : Place du Canada 1010, rue de la Gauchetière ouest (bureau 950), Montréal (Qc.), Canada, H3B 2N2, Tél. : (514) 448-5980, Téléc. : (514) 448-5948, Sans frais : 1-877-909-3794 (<http://www.cacniq.org>). Sur le CCAC, voir Francis Plourde, «Centre canadien d'arbitrage commercial : vingt ans et (presque) toutes ses dents» (2006-5) 38 J. Barreau 22.

³¹ Les tribunaux québécois ont plusieurs fois refusé d'intervenir afin de préserver l'autonomie des parties et l'autonomie et l'efficacité du processus arbitral; nous recensons brièvement quelques-unes de ces décisions ici. Dans *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, [2000] R.J.Q. 717 (C.S.), conf. par [2003] R.J.Q. 1040, 125 A.C.W.S. (3^e) 948 (C.A.), un différend opposait la compagnie Air France et la compagnie Libyan Arab Airlines. Le siège de l'arbitrage avait été fixé à Montréal, tandis que le droit français s'appliquait au fond du litige et que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI régissait la procédure. L'affaire posa la question de l'arbitrabilité du litige du fait de l'embargo décrété par les Nations unies à l'égard de la Lybie : la cour y répondit par l'affirmative. Dans l'affaire *Lac d'amiante du Canada ltée c. Lac d'amiante du Québec ltée*, [1999] J.E. 2000-30, [1999] J.Q. n°5438 au para. 9 (QC C.A.) (QL), la Cour d'appel souligna que les gestes posés par l'appelante (Lac d'Amiante du Québec) afin de renvoyer les dossiers à l'arbitrage étaient incompatibles avec l'introduction, la continuation et le maintien d'actions portant sur les mêmes objets et qu'ils constituaient un abus de procédures dont l'acceptation favoriserait une forme de «*forum shopping*» et la multiplication inutile des recours. Ces incidents de procédure constituaient un épisode supplémentaire de l'affrontement judiciaire qui oppose les parties depuis 1992, à la suite d'ententes intervenues au sujet de l'acquisition par Lac d'Amiante du Canada des intérêts de Lac d'Amiante du Québec dans certaines exploitations d'amiante du Québec. Autre exemple, dans *Opron Inc. c. Aero System Engineering Inc.*, [1999] R.J.Q. 757 (C.S.), les lois du Québec s'appliquaient à un contrat d'association en vue d'un projet de construction qui liait une partie québécoise et une partie américaine du Minnesota. La compétence que s'étaient arrogée les tribunaux du Minnesota ne fut pas reconnue au Québec, les tribunaux québécois reconnaissant la convention d'arbitrage existant entre les parties (art. 3165 C.c.Q.). Dans *Holding Tusculum B.V. c. S.A.*

est de même de la jurisprudence rendue en matière d'homologation, qui intervient si l'exécution forcée de la sentence devient nécessaire³². Quant aux litiges qui surviennent à la suite de la conclusion de contrats entre une partie privée et l'État québécois, ceux-ci ne seraient généralement pas soumis à l'arbitrage³³.

B. Le droit non étatique et les tribunaux étatiques

En ce qui concerne les tribunaux étatiques, la majorité des auteurs sont d'avis que les tribunaux québécois respecteraient le choix des parties dans la désignation d'un droit non étatique comme les usages, la *lex mercatoria*³⁴, ou les Principes d'Unidroit. D'ailleurs, Goldstein et Groffier soulignent que l'article 1426 C.c.Q. prévoit le recours aux usages dans l'interprétation du contrat³⁵. Comme en

Louis Dreyfus & Cie [1998] R.J.Q. 1722, 82 A.C.W.S. (3^e) 244 (C.A.), la procédure d'arbitrage se déroulait sous l'égide de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, à Paris, Montréal étant retenu comme lieu de l'arbitrage. Les tribunaux québécois accordèrent la demande de signification de la procédure d'annulation d'une seconde sentence arbitrale rendue. Dans *International Civil Aviation Organization c. Tripal Systems Pty. Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2560 (C.S.), l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), partie des Nations unies, avait conclu un contrat d'entreprise avec l'intimée au sujet d'un aéroport au Vietnam. Ce contrat comportait une clause d'arbitrage. L'OACI invoqua en vain son immunité. Enfin, dans *Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting Ltd.*, [1990] R.J.Q. 1681 (C.S.), la demanderesse, une société italienne, avait concédé à la défenderesse des droits exclusifs sur ses produits au Canada et aux États-Unis. Le contrat conclu entre les parties prévoyait que tout désaccord à son sujet serait réglé par un arbitre à Milan. La Cour renvoya donc les parties à l'arbitrage.

³² Voir par ex. *C.I.C. Corp. c. Thermo-Rite Co.*, J.E. 97-2221, [1997] J.Q. n°4000 (C.S.) (QL), abandon de la procédure d'appel (2008) QCCA 481, où les parties avaient convenu d'un arbitrage en Corée du Sud, mais où la partie défaillante choisit de ne pas se présenter, ni de se faire représenter aux audiences devant les arbitres.

³³ En effet, d'une part, le *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics* (R.R.Q. c. A-6.01, r.0.02, art. 28) prévoit que le ministre de la Justice doit autoriser le recours à l'arbitrage, ce qu'il ne fait généralement pas suivant nos informations; d'autre part, le Canada n'était pas, jusqu'à tout récemment, partie à la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 159 [entrée en vigueur : 14 octobre 1966] [*Convention du CIRDI*]) créant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) – il n'a signé cette convention que le 15 décembre 2006. Un projet de loi fédéral a été déposé le 29 octobre 2007 (P.L. C-9, *Loi de mise en œuvre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention du CIRDI)*, 2^e sess., 39^e lég., 2007 [2^e lecture le 25 octobre 2007]). La Colombie-Britannique, Terre-Neuve-et-Labrador, le Nunavut, l'Ontario et la Saskatchewan ont déjà adopté des lois à l'appui de la *Convention du CIRDI*. Les autres provinces et territoires doivent également adopter des législations avant que la ratification soit possible. Voir sur le sujet Elizabeth Kuruvila, « *Projet de loi C-9 : Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements – résumé législatif* » (2 novembre 2007), en ligne : Parlement du Canada, Service d'information et de recherche parlementaire <http://www.parl.gc.ca/common/bills_ls.asp?lang=F&ls=c9&source=library_prb&Parl=39&Ses=>>.

³⁴ Gérard Goldstein et Éthel Groffier, *Traité de droit civil : droit international privé*, t.1 (*Théorie générale*), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993 à la p. 78, au para. 42 [Goldstein et Groffier, *Théorie générale*]; Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2^e éd., 2006 à la p. 311, à la note 637 [Emanuelli, *Droit international privé*].

³⁵ Goldstein et Groffier, *ibid.* à la p. 486, au para. 355.

matière d'arbitrage, il faudrait donc les exclure expressément pour les écarter³⁶. L'article 1434 C.c.Q. permet également au juge étatique de suppléer d'emblée aux possibles carences du consentement des parties, en présumant que leur volonté était de s'en remettre à l'équité, aux usages et à la loi³⁷.

La professeure Élise Charpentier rappelle que selon l'article 2807 C.c.Q., le droit international privé coutumier doit être allégué. Si ce droit peut être allégué et prouvé, c'est donc qu'il peut être appliqué par les tribunaux québécois. Or, elle indique que la *lex mercatoria* est généralement considérée comme faisant partie du droit international coutumier et que les Principes d'Unidroit sont souvent présentés comme une codification de la *lex mercatoria*³⁸. Les professeurs Talpis et Castel sont également de cet avis³⁹.

Cependant, ce choix par les parties d'un droit non étatique n'écarterait pas l'application de toute loi nationale⁴⁰. Il en serait de même si les parties incorporaient dans leur contrat les dispositions substantives tirées d'un ou de plusieurs droit(s) étatique(s). Le régime juridique de ce contrat ne pourrait reposer exclusivement sur les clauses du contrat, c'est-à-dire sur la volonté des parties. En effet, il paraît toujours nécessaire, d'une part, de s'en remettre à une loi étatique pour les matières qui ne sont pas soumises au droit contractuel, notamment en ce qui a trait à la forme du contrat⁴¹ ainsi qu'à la capacité des parties⁴². D'autre part, une loi étatique est

³⁶ Goldstein et Groffier ne mentionnent cette possibilité qu'au sujet de la *Convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international* (Doc. off. AG NU, 56^e sess., Doc. NU A/RES/56/81 [2001]). Goldstein et Groffier, *ibid.* à la p. 533, au para. 355.

³⁷ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 à la p. 250. Voir également Louis Marquis, qui distingue les usages de la coutume et assimile les usages internes aux usages internationaux (Louis Marquis, « Les usages commerciaux en droit québécois » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992, 131); Didier Lluellas, « Du bon usage de l'usage comme source de stipulations implicites » (2002) 36 R.J.T. 83; Louise Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* » (1999) 44 R.D. McGill 903.

³⁸ Charpentier, *supra* note 24. Les auteurs européens ne partagent pas tous ce point de vue. Voir par ex. Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984.

³⁹ Jean-Gabriel Castel et Jeffrey A. Talpis, « Interprétation des règles de droit international privé » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, vol. 3, Ste-Foy, Presses l'Université Laval, 1993, 801 à la p. 871, au para. 276.

⁴⁰ Goldstein et Groffier, *Règles spécifiques*, *supra* note 3 aux pp. 77 et s.; Prujiner, *supra* note 3 à la p. 568; Goldstein et Groffier, *Théorie générale*, *supra* note 34 aux pp. 484 et s.; Gérard Goldstein, « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau *Code civil du Québec* » (1993) 53 R.du B. 200 aux pp. 216 à 218; Castel et Talpis, *supra* note 39 à la p. 871.

⁴¹ La formation du contrat est soumise en droit québécois à un ensemble varié de rattachements alternatifs destinés à assurer sa validité (art. 3109 et 3110 C.c.Q.).

⁴² La capacité des personnes physiques est régie en droit québécois par la loi de l'État de leur domicile, alors que la capacité des personnes morales n'est pas régie par celle de leur siège social, lieu de leur domicile (art. 307 C.c.Q.), mais bien par la loi de leur incorporation, laquelle correspondra le plus souvent avec celle du siège (art. 3083 C.c.Q.). Des articles inspirés respectivement de la décision

nécessaire pour interpréter le contrat et combler les lacunes des règles matérielles choisies par les parties. Cela a l'avantage d'éviter l'imprévisibilité des solutions et leur imprécision. Enfin, il peut être nécessaire d'écarter certaines des règles choisies par les parties.

Pour Talpis et Castel, si des parties à un contrat désignent par exemple la *lex mercatoria* pour régir leur relation contractuelle, cette désignation serait valable dans la mesure où les dispositions matérielles de la loi objectivement applicable (déterminée par les articles 3112 et 3113 C.c.Q.) l'admettaient⁴³. Advenant le cas où une législation québécoise constituait une loi objectivement applicable, les lois québécoises d'application immédiate (article 3076 C.c.Q.) et étrangères (article 3077 C.c.Q.) ne seraient pas pour autant écartées, suivant l'opinion du professeur Talpis. De plus, les règles impératives de la loi du for devraient également s'appliquer au moyen de l'exception d'ordre public (article 3081 C.c.Q.)⁴⁴. Du même avis, Goldstein ajoute que les dispositions supplétives de la loi objectivement applicable, et non seulement ses dispositions impératives, devraient s'appliquer⁴⁵.

Le professeur Glenn va plus loin en estimant que le caractère subjectif du régime général des articles 3111 et 3112 C.c.Q. quant au choix des parties semble laisser ouverte la possibilité qu'elles puissent aller jusqu'à adopter une clause excluant l'application de tout droit étatique. Il souligne que le caractère subjectif du régime général est accentué par l'article 3112 C.c.Q. lequel, selon lui, va à l'encontre de la *Convention de Rome* en écartant la loi si la loi désignée rend l'acte juridique invalide (en concluant un acte juridique, les parties n'auraient pas voulu sa nullité)⁴⁶. Cette position semble cependant isolée dans la doctrine québécoise.

française *De Lizardi c. Chaize* (Cass. req., 16 janvier 1861, Journal du Palais 1862, 427) et de la *Loi fédérale suisse de 1987 sur le droit international privé* (18 décembre 1987, RO 1988 1776, N° RS 291) visent à protéger le cocontractant d'une personne incapable : les articles 3086 et 3087 C.c.Q.

⁴³ Désignation valable si les dispositions matérielles de la loi objectivement applicable l'admettent, et non les règles de conflits de lois, puisque le renvoi est exclu en droit international privé québécois (art. 3081 C.c.Q.). Le renvoi est d'ailleurs fréquemment exclu en matière contractuelle en droit comparé. Par ailleurs, soulignons que les auteurs européens distinguent entre le choix de la loi référence opérée par les parties et le choix de la loi incorporation de la loi au contrat. Dans le premier cas, les dispositions impératives de la loi objectivement applicable seraient écartées, et non dans le second. Voir Boele-Woelki, *supra* note 11 à la p. 663; Gaudemet-Tallon, *supra* note 11 à la p. 10, au n° 56; Lando, *supra* note 11 à la p. 195. Le professeur Talpis semble référer au second cas, qui est similaire à la situation où l'acte ne comprend aucun élément d'extranéité : auquel cas, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation, suivant l'article 3111 C.c.Q. (Talpis, « Retour vers le futur », *supra* note 23 à la p. 622). La professeure Gannagé estime que si l'on admet le choix par les parties d'un droit non-étatique, celui-ci devrait écarter les dispositions impératives de la loi qui aurait autrement été objectivement applicable (Gannagé, *supra* note 2 à la p. 303, au para. 52).

⁴⁴ Talpis, « Retour vers le futur », *supra* note 23.

⁴⁵ Goldstein, *supra* note 40 à la p. 217.

⁴⁶ Glenn, *supra* note 3 à la p. 717. Goldstein et Groffier estiment au contraire que le subjectivisme des dispositions du *Code civil* est moins grand que celui de la *Convention de Rome* (Goldstein et Groffier, *Règles spécifiques*, *supra* note 3 à la note 355-2).

Le professeur Talpis ne semble pas en désaccord avec cette possibilité, mais il estime néanmoins qu'il faudra attendre un revirement législatif, doctrinal ou jurisprudentiel⁴⁷. Goldstein et Groffier indiquent eux aussi ne pas s'opposer par principe à toute libéralisation, mais objectivement ne croient pas que le droit québécois actuel autorise une telle approche⁴⁸; aussi les parties seraient-elles bien avisées de désigner une loi applicable⁴⁹ dans l'intervalle.

Pour Talpis et Goldstein, il en va de même si les parties désirent se soumettre à la *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*⁵⁰, si celle-ci ne s'applique pas en elle-même : elles devraient alors stipuler une référence à la loi d'un État lié par cette convention, comme la loi québécoise⁵¹. Rappelons que la *Convention* précitée s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États contractants différents, ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant. En choisissant le droit québécois, les parties rendraient ainsi la *Convention* applicable, le Canada étant un État contractant et le Québec l'ayant mise en œuvre sur son territoire⁵². La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le sujet⁵³. D'ailleurs, une seule décision a été rendue en droit québécois relativement à la *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale* dans un contexte où, l'une des parties contractantes ayant son siège social aux États-Unis et l'autre au Québec, elles n'avaient pas désigné le droit applicable⁵⁴.

En matière de transport routier, il est fréquent que les parties contractantes recourent à des contrats-types comportant des termes juridiques consacrés définissant leurs droits et obligations respectifs. S'agissant généralement de transport routier du

⁴⁷ Talpis, « Retour vers le futur », *supra* note 23 à la p. 622.

⁴⁸ Goldstein et Groffier, *Règles spécifiques*, *supra* note 3 à la note 355-2.

⁴⁹ Talpis, « Retour vers le futur », *supra* note 23 à la p. 622.

⁵⁰ *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (11 avril 1980), 1489 R.T.N.U. 3, 19 I.L.M. 671 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1988) (*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale*).

⁵¹ Jeffrey A. Talpis et Gérard Goldstein, « Le droit international privé québécois et la pratique notariale », Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1996 aux pp. 57, 58 au para. 163; Jeffrey A. Talpis, « Dispute Prevention and Dispute Resolution Post NAFTA: Choice of Law and Forum Selection Clauses » (1995) 26 R.G.D. 27 aux pp. 43,44 [Talpis, « Dispute Prevention »].

⁵² La *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale* a été introduite en 1991 en droit québécois par la *Loi concernant la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.R.Q. c. C-67.01.

⁵³ Boele-Woelki mentionne une décision néerlandaise où la Cour reconnut le choix des parties à un contrat de transport routier international d'une convention internationale, la *Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route* ([19 mai 1956] 399 R.T.N.U. 189 [entrée en vigueur : 2 juillet 1961]), qui ne leur était pas applicable : *Hoge Raad*, 26 mai 1989 (*Zerstegen c. Norfolk Line, Schip en Schade*, 1989, 94, NJ, 1992, 105, note J.C. Schultsz). S'appuyant sur cette décision, elle estime qu'il devrait être donné effet au choix des Principes d'Unidroit, et que ce choix pourrait écarter tout autre droit matériel autrement applicable, à l'exception des lois d'application immédiate. Boele-Woelki, *supra* note 11 aux pp. 665 et 666.

⁵⁴ 9023-6449 *Québec Inc. c. Équipements Quadco Inc.*, AZ-00021710, J.E. 2000-1438, autorisation de pourvoi à la C.A. rejetée (29 mai 2003), Québec, 200-09-009502-006, [2003] J.Q. n° 7416 (Qc. C.A.).

Québec vers une autre province canadienne⁵⁵ (ou vice-versa) ou du Québec vers les États-Unis⁵⁶, la jurisprudence conclut habituellement à l'application de la *Loi concernant les connaissements*⁵⁷. Il n'est pas contesté que le transport interprovincial et le transport international relèvent tous deux de la compétence du gouvernement fédéral canadien, et non de celle des provinces. Par contre, la forme du connaissement de la marchandise transportée est celle qui est prévue par la province où le transport a débuté⁵⁸.

Généralement, l'application d'une autre loi n'est pas nécessaire à la résolution du litige, ce qui a pour effet d'occulter jusqu'à la question même. Le cas *FedEx Trade Networks Transport & Brokerage (Canada) Inc. c. Transcontinental Sales Inc.*⁵⁹ mérite cependant d'être souligné à cet égard. Dans cette affaire, un contrat de transport international par mer et par voie ferroviaire de marchandises était intervenu entre un expéditeur indonésien et le transporteur maritime FedEx. La marchandise visée était constituée de chandails (type *T-shirt*) pour dames fabriqués en Indonésie et vendus par le détaillant Zellers, client de la défenderesse. FedEx réclama ses frais de transport. Or, le contrat comportait la mention « *free on board* » (FOB) sans autrement spécifier la loi applicable au contrat.

Dans sa résolution du litige, la juge Vadeboncoeur n'eut pas besoin de déterminer le droit applicable au contrat, les règles prévues par les Incoterms pour le commerce international étant suffisantes à cette fin⁶⁰. Elle laissa cependant entendre qu'une loi étrangère aurait pu être applicable dans ce contexte :

On ne saurait en effet exiger que des connaissements émis en Indonésie par l'agent indonésien de la demanderesse respectent les règles du *Code civil*. Ce n'est certainement pas ce que visent les dispositions de ce *Code* en matière de droit international privé relativement aux conditions de fond des actes juridiques.

⁵⁵ *SGT 2000 Inc. c. Molson Breweries of Canada Ltd.*, J.E. 2005-523 (C.S.), [2005] J.Q. n°4328 (C.S.) (QL), inf. par 2007 QCCA 1364 [*Molson Breweries*], [Ontario-Québec]; *Paul-Henri Truchon et Fils Inc. c. Corp. Ashland Canada*, J.E. 2002-2085 (C.S.), [Ontario-Québec].

⁵⁶ *Swiss Bank Corp. (Canada) c. 2318-1654 Québec Inc.*, 98 A.C.W.S. (3^e) 1324, J.E. 2000-1475 (C.A.), [2000] J.Q. n° 2059 (C.A.) (QL), confirmant [1996] J.Q. n° 3606 (C.S.) (QL), [Québec-États-Unis]. Les expéditions des produits de St-Raymond à ses clients américains étaient faites « *F.O.B. destination* ». *Contra Industries Jadna Inc. c. Rooms To Go Furniture Corp.*, AZ-99026380, B.E. 99BE-747 (C.S.), [Québec- États-Unis], où il fut décidé que la *Loi sur les connaissements* (*infra* note 57) ne pouvait avoir de portée extra-territoriale et ne pouvait donc lier un citoyen corporatif américain, lorsque la réception des marchandises se produisait sur le sol américain. Voir Guy Lefebvre, « L'expression "fret payé" d'avance rend-elle le destinataire responsable du paiement du fret? » (1997) 57 R. du B. 169.

⁵⁷ L.R.C. c. B-5. Voir John S. McNeil, *Motor Carrier Cargo Claims*, Toronto, Carswell, 1986.

⁵⁸ *Molson Breweries*, *supra* note 55, jugement de la Cour d'appel.

⁵⁹ *FedEx Trade Networks Transport & Brokerage (Canada) Inc. c. Transcontinental Sales Inc.*, [2004] R.J.Q. 2601 (C.Q. civ.).

⁶⁰ En effet, la défenderesse arguait entre autres choses que les connaissements étaient nuls et de nul effet en ce qui la concernait comme consignataire, parce que le montant du fret n'y était pas indiqué et que cette omission contrevenait aux conditions de formation des contrats telles que stipulées au C.c.Q.

Il semble donc que pour la juge, la stipulation d'Incoterms ne fait pas obstacle à ce qu'un droit national s'applique, peut-être de façon supplétive, et que la détermination de ce droit peut avoir lieu par le biais des articles 3111 à 3113 C.c.Q.

En l'absence d'une jurisprudence plus spécifique, la question plus générale de savoir si les tribunaux appliqueraient les Principes d'Unidroit⁶¹ ou une autre loi non étatique désignée par les parties demeure donc entière. Cependant, l'absence de décisions en la matière ne doit pas nécessairement conduire à conclure que les parties ne font pas souvent le choix d'un droit non étatique pour régir leur contrat. En effet, comme le souligne Philippe Khan, « tout contentieux juridictionnel, qu'il soit judiciaire ou arbitral, fait apparaître le pathologique d'une relation et masque les cas (les plus nombreux) où tout se passe bien et surtout occulte un espace relationnel jamais objet de litige »⁶². Suivant Goldstein et Groffier, l'examen des contrats internationaux employés dans la réalité du commerce montre que la *lex mercatoria* est bien vivante dans le droit québécois⁶³.

Les auteurs voient des avantages au choix par les parties de règles dites « anationales ». En effet, ces dernières seraient mieux adaptées aux transactions internationales; elles réduiraient les coûts et les délais en évitant la négociation sur la loi applicable et la recherche du contenu d'un droit étranger⁶⁴; elles permettraient de résoudre l'impasse lorsqu'aucune des parties ne veut se soumettre au droit de l'autre. Nul n'aurait l'impression d'être désavantagé par de telles règles. Si les juristes déconseillent habituellement à leurs clients d'introduire des clauses dans leurs contrats désignant comme droit applicable les principes généraux du droit, la *lex mercatoria*, ou autre droit « anational » parce qu'il semble difficile d'en cerner le contenu⁶⁵, les Principes d'Unidroit ou la *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale*, par exemple, jouissent au contraire d'une certaine réputation et sont aisément accessibles⁶⁶.

Cependant, les auteurs s'accordent généralement pour douter de l'opportunité d'exclure tout droit national en raison de la diminution de la prévisibilité juridique, alors que la prévisibilité serait le meilleur facteur pour parvenir à un règlement amiable. Écarter l'application de tout droit national pourrait donc être une source de différends qui autrement auraient pu être évités⁶⁷. Il serait donc recommandé aux parties de désigner un droit national applicable, au moins à titre subsidiaire⁶⁸. En effet, plusieurs questions, même celles qui relèvent de la loi applicable au contrat, ne peuvent être régies par le droit non étatique. En tant que

⁶¹ Charpentier, *supra* note 24 à la p. 368, note 41.

⁶² Philippe Kahn, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses » (1992) 37 R.D. McGill 413 à la p. 423.

⁶³ Goldstein et Groffier, *Règles spécifiques*, *supra* note 3 aux pp. 488, 489.

⁶⁴ Talpis, « Retour vers le futur », *supra* note 23 aux pp. 616, 621.

⁶⁵ Bienvenu, *supra* note 29 à la p. 52.

⁶⁶ Prujiner, *supra* note 3 aux pp. 569, 570.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Pour des exemples de clauses, voir par ex. Talpis, « Retour vers le futur », *supra* note 23 à la p. 622; Prujiner, *ibid.*; Talpis, « Dispute Prevention », *supra* note 51 à la p. 33.

système normatif, il n'est pas ce que l'on pourrait qualifier de « *self-sufficient legal system* »⁶⁹, car il ne couvre pas toutes les questions susceptibles d'être soulevées. Dans le même ordre d'idée, différents statuts sont nécessairement applicables à une situation donnée, tels que le statut personnel ou celui relatif à la validité formelle d'un acte, pour lesquels l'autonomie de la volonté intervient peu ou pas du tout.

En concluant cette première partie de notre analyse, une particularité du droit international privé québécois doit être soulignée : le juge ne peut invoquer d'office les règles de droit international privé du *Code civil*. Suivant l'article 2807 C.c.Q., « le tribunal doit prendre connaissance d'office du droit en vigueur au Québec », ce qui devrait comprendre les règles de droit international. Or, puisque l'article 2809 C.c.Q. prévoit que « le tribunal peut prendre connaissance d'office du droit des autres provinces ou territoires du Canada et du droit d'un État étranger, pourvu qu'il ait été allégué » et que « lorsque ce droit n'a pas été allégué ou que sa teneur n'a pas été établie, il applique le droit en vigueur au Québec », les auteurs en concluent que le juge n'a pas l'obligation d'appliquer les règles de droit international privé du C.c.Q.⁷⁰. Cette affirmation gagnerait sans doute à être nuancée pour les matières familiales ou celles qui intéressent l'ordre public, ou encore lorsque les règles de droit international privé désignent, à titre de loi applicable, la loi québécoise⁷¹. Néanmoins, en ce qui concerne la question centrale de ce texte, cette situation a pour conséquence que le tribunal québécois ne recherchera pas d'office la loi objectivement applicable au contrat, à moins que l'une des parties n'établisse la teneur de ce droit ou n'en allègue à tout le moins l'application. Dans le cas où la loi étrangère n'était pas appliquée par le tribunal, il se tournera vers la loi québécoise, si bien que la loi non étatique choisie par les parties ne pourra jamais être la seule qui soit appliquée, à moins qu'elle ne suffise à disposer du litige.

En ce sens, la différence est peut-être moins grande qu'il n'y paraît à première vue entre les tribunaux étatiques et les tribunaux arbitraux. Si les seconds ne sont pas complètement affranchis de tout système étatique, les tribunaux étatiques québécois ne sont quant à eux liés que par le droit matériel substantiel québécois. Ce droit laissant une large place à l'autonomie des parties ainsi qu'aux usages, la désignation expresse d'un droit non étatique devrait rencontrer peu d'obstacles à son application. Cependant, à défaut de désignation et contrairement à la *Convention*

⁶⁹ Talpis, « Retour vers le futur », *ibid.*

⁷⁰ Emanuelli, *Droit international privé*, *supra* note 34 à la p. 199, au para. 412; Goldstein et Groffier, *Théorie générale*, *supra* note 34 aux pp. 225 à 228 au para. 94. *Contra* : Castel et Talpis, *supra* note 39 à la p. 832, aux para. 108, 109. Seule la Cour Suprême du Canada peut prendre connaissance d'office des lois et autres règles de droit des provinces canadiennes : *John Morrow Screw and Nut Co. c. Hankin*, [1918] 58 R.C.S. 74, 45 D.L.R. 685; *Logan c. Lee*, [1907] 39 R.C.S. 311 à la p. 313; *Cooper c. Cooper*, [1888] 13 App. Cas. 88 (H.L.).

⁷¹ Ainsi, en matière de régimes matrimoniaux, dans l'affaire *R.B. c. L.D.*, [2002] R.D.F. 244 (C.A.), le juge appliqua d'office la loi québécoise applicable en vertu des règles de conflits de lois québécoises. La justification de la non-application d'office des règles de conflits de lois ne peut se rapporter qu'à la loi étrangère.

*interaméricaine*⁷², l'application du droit non étatique est beaucoup plus aléatoire, ce que l'on peut regretter.

II. Le droit international privé des provinces canadiennes de common law

Contrairement au droit québécois, le droit international privé des provinces canadiennes de common law ne contient pas de règles législatives sur le sujet de la présente réflexion. La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) ne s'est pas encore attardée à la loi applicable aux contrats⁷³, bien que sa section civile, qui se donne pour mission d'harmoniser les lois provinciales et territoriales en adoptant des « lois uniformes » dont elle recommande l'édition par toutes les autorités compétentes du Canada, soit pourtant à l'origine de bien des initiatives dans le domaine international. Plusieurs principes et règles du droit international privé des provinces canadiennes de common law privé se trouvent donc dans les décisions jurisprudentielles.

Tout comme en droit québécois, il convient de distinguer les conséquences qui découlent du choix ou de l'absence de choix par les parties d'un droit non étatique pour régir leur relation contractuelle, suivant que les tribunaux arbitraux (A) ou étatiques (B) sont appelés à résoudre le litige.

A. Le droit non étatique et les tribunaux arbitraux⁷⁴

En 1986, le gouvernement fédéral canadien, avec le consentement des provinces, a adopté la *Loi type de la CNUDCI* et est devenu partie à la *Convention de New York*. En posant ce geste historique, le Canada a résolument modernisé son droit de l'arbitrage. Tant la *Loi type* que la *Convention* ont été mises en œuvre par tous les législateurs provinciaux. Les méthodes de mise en œuvre varient beaucoup : certaines provinces ont choisi d'annexer le texte de la *Loi type* ou de la *Convention*, tandis que

⁷² Voir *supra* notes 12 (référence de la *Convention interaméricaine*) et 13 (dispositions pertinentes de la *Convention*).

⁷³ CHLC, en ligne : CHLC <<http://www.chlc.ca/fr/home/>>. Sur le mandat de la section civile, consulter en ligne : CHLC <<http://www.chlc.ca/fr/civil/>>; pour les lois adoptées : CHLC <<http://www.chlc.ca/fr/us/>>; pour le tableau des lois adoptées par les membres, selon le gouvernement : CHLC <<http://www.chlc.ca/fr/us/index.cfm?sec=4>>; pour le tableau des lois adoptées par les membres, selon la loi : <<http://www.chlc.ca/fr/us/index.cfm?sec=3>>. Pour une description des différentes lois et leur équivalence en droit civil québécois, voir Frédérique Sabourin, « Les lois de la CHLC et le *Code civil du Québec* » (2005), en ligne : CHLC <http://www.ulcc.ca/fr/poam2/ULCC_Acts_Quebec_Civil_Code_Fr.pdf>.

⁷⁴ Voir Claude R. Thomson et Annie M. K. Finn, « International Commercial Arbitration: A Canadian Perspective » dans *International Commercial Arbitration in the New Millennium*, Association du barreau canadien, 2001, 205. Le texte de Thomson et Finn est disponible en ligne : Alternative Dispute Resolution Institute of Canada (ADR Institute of Canada) <<http://www.adrchambersinternational.com/publications.htm>>.

d'autres y ont apporté de nombreux changements; certains législateurs ont adopté plusieurs lois différentes, alors que d'autres ont simplement incorporé les textes au droit existant.

La loi fédérale s'applique aux arbitrages canadiens et aux arbitrages internationaux dans les litiges en matière maritime ou dans ceux qui impliquent le gouvernement, un ministère fédéral ou encore une société d'État fédérale⁷⁵. Certaines lois provinciales ne visent que les arbitrages qui se déroulent dans la province⁷⁶, alors que d'autres ont étendu leur champ d'application aux arbitrages internationaux, lorsque la loi fédérale ne s'applique pas⁷⁷. Certaines, comme la loi ontarienne, s'appliquent même aux arbitrages en matière familiale⁷⁸.

⁷⁵ *Loi concernant l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985 (2^e Supp.), c. 17 [*Loi sur l'arbitrage commercial*]. Cette loi a été adoptée le 17 juin 1986 et est entrée en vigueur le 10 août 1986. Le *Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa dix-huitième session* (*supra* note 17) ainsi que le *Commentaire analytique sur le projet d'une loi type* (*supra* note 17) qui, tout comme pour la loi québécoise, servent à l'interprétation de la loi (art. 4)2 de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, ont été publiés en supplément à la *Gazette du Canada*, partie 1, le 4 octobre 1986.

⁷⁶ *Loi sur l'arbitrage*, L.R.Y. 2002 c. 8; *Arbitration Act*, L.R.A. 2000, c. A-43; *Commercial Arbitration Act*, L.N.S.1999, c. 5; *Commercial Arbitration Act*, L.R.B.C. 1996, c. 55; *The Arbitration Act*, L.S. 1992, c. A-24.1; *Loi sur l'arbitrage*, L.N.-B. 1992, c. A-10.1; *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c. 17; *Arbitration Act*, L.R.N.L. 1990, c. A-14; *Arbitration Act*, L.R.P.E.I. 1988, c. A-16; *Loi sur l'arbitrage*, L.R.T.N.-O. 1988, c. A-5, également adopté par le Nunavut; *Loi sur l'arbitrage*, C.P.L.M. c. A120.

⁷⁷ *Loi sur l'arbitrage commercial international*, R.S.Y. 2002, c. 23 et *Loi sur les sentences arbitrales étrangères*, R.S.Y. 2002, c. 93; *International Commercial Arbitration Act*, L.R.A. 2000, c. I-5; *International Commercial Arbitration Act*, L.R.B.C. 1996, c. 233 et *Foreign Arbitral Awards Act*, L.R.B.C. 1996, c. 154; *International Commercial Arbitration Act*, L.R.N.L. 1990, c. I-15; *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. I.9; *International Commercial Arbitration Act*, L.R.N.S. 1989, c. 234; *International Commercial Arbitration Act*, S.S. 1988-89, c. I-10.2 et *Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act*, S.S. 1996, c. E-9.12; *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.T.N.-O. 1988, c. I-6; *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.T.N.-O. 1988, c. I-6, également adopté par le Nunavut; *International Commercial Arbitration Act*, L.R.P.E.I. 1988, c. I-5; *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.M. 1986-87, c. 32, C.P.L.M. c. C151; *Arbitrage commercial international*, L.N.-B. 1986, c. I-12.2.

⁷⁸ Voir John D. Gregory, Anne Marie Predko et Juliette Nicolet, « L'arbitrage religieux en matière familiale » (août 2005), en ligne : CHLC <http://www.ulcc.ca/fr/poam2/Faith-based_Family_Arbitration_Fr.pdf>. En Ontario, au cours de la période 2004-2005, l'application de la *Loi sur l'arbitrage* (*supra* note 76) à des contentieux familiaux a fait l'objet d'une controverse qui a pris naissance avec le projet de l'*Islamic Institute on Civil Justice*, aux termes duquel il était proposé que certains arbitrages, y compris l'arbitrage de contentieux familiaux, puisse s'effectuer conformément au droit islamique de la personne, communément appelé (plus ou moins correctement) la « *Sharia* ». En juin 2004, le gouvernement de l'Ontario mandata Marion Boyd, ancienne Procureure générale et ministre déléguée à la Condition féminine de l'Ontario, pour examiner ces questions. Mme Boyd rencontra de nombreux groupes, en plus de recevoir les observations d'un grand nombre de particuliers, directement et par correspondance. Elle déposa en décembre 2004 un rapport de cent cinquante pages accompagné d'annexes sur le sujet (Marion Boyd, « Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion » (20 décembre 2004), en ligne : Ministère du Procureur général de l'Ontario <<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/boyd>>). Le 8 septembre 2005, le procureur général ontarien déclarait : « Nous veillerons à ce que la loi du pays en Ontario ne soit pas compromise, à ce qu'il n'y ait dans notre province aucun arbitrage exécutoire en matière familiale qui s'appuie sur un ensemble de règles ou de lois discriminatoires à l'égard des femmes » (Ministère du

Les tribunaux étatiques interviennent en amont, pour appuyer le processus de l'arbitrage, ou en aval, pour donner force exécutoire aux sentences arbitrales. Dans un cas comme dans l'autre, la jurisprudence canadienne relative à l'arbitrage ne révèle rien de particulier sur la question qui nous intéresse⁷⁹.

Les arbitrages internationaux qui impliquent le gouvernement fédéral ou celui d'une province canadienne de common law sont très rares. À cet égard, il importe de souligner une particularité de l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*⁸⁰, qui lie le Canada, les États-Unis et le Mexique. Cet accord prévoit plusieurs mécanismes de règlement des différends, dont l'arbitrage, pour lesquels il précise le droit applicable. Il s'agit généralement soit du texte de l'*Accord* lui-même, soit de d'autres règles de droit international public (voir, par exemple, les articles 1131 et 1212, paragraphe 3, de l'*ALÉNA*)⁸¹. Fait à noter, les solutions sont similaires, que la partie plaignante soit un État partie ou un investisseur privé, en son nom propre ou au nom d'une entreprise, ce qui est une possibilité prévue par le chapitre 11 de l'*Accord*. Il s'agirait donc d'un cas où les arbitres pourraient appliquer un droit non étatique alors qu'un ou plusieurs contrats lieraient une partie privée et un État, voire les deux parties privées. Les sentences rendues n'explicitent cependant pas la relation

Procureur général de l'Ontario, Communiqué, « Déclaration du procureur général concernant la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* » [8 septembre 2005], en ligne : Ministère du Procureur général de l'Ontario <<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/news/2005/20050908-arb1991.asp>>. La Loi fut modifiée en 2006 afin de prévoir notamment un droit d'appel aux sentences arbitrales rendues en matière familiale et un large pouvoir réglementaire à l'endroit du processus arbitral. Des modifications ont également été apportées à la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, pour préciser notamment les conditions de validité des conventions et des sentences d'arbitrage en matière familiale. Dernière modification : L.R.O. 2006, chap. 19, annexe C, par. 1 (1), (2) et (4). Ces dispositions sont entrées en vigueur le 30 avril 2007.

⁷⁹ Voir notamment CNUDCI, « Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI : Thésaurus de la CNUDCI pour la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* », Doc. off. CNUDCI, 2003, Doc. NU A/CN.9/SER.C/INDEX/5/Add.4 (index par juridiction et par date) aux pp. 3 à 7 (s.v. « Canada »); CNUDCI « Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI : Thésaurus de la CNUDCI pour la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* », Doc. off. CNUDCI, 2003, Doc. NU A/CN.9/SER.C/INDEX/5 (index par numéro de la décision et par numéro d'article de la *Loi type*) (s.v. « LTA 28 »); CNUDCI « Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI : Thésaurus de la CNUDCI pour la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* », Doc. off. CNUDCI, 2003, Doc. NU A/CN.9/SER.C/INDEX/5/Add.3 (index par mot-clé du *Thésaurus* pour la *Loi type*) à la p. 18 (s.v. « substantive law »). Ces documents sont tous trois accessibles sur le Web : voir CNUDCI, *Thésaurus*, en ligne : CNUDCI <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/thesauri.html>. Voir aussi « ADR Alternative Dispute Resolution », dans *Law Source*, en ligne : <http://ecarswell.westlaw.com/digest/default.wl?tempinfo=%7ctidls_c&rs= WLCA6.05&fn=_top&sv=Split&ftm=Canadian_Abridgment&vr=2.0&rp=%2fdigest%2fddefault.wl&mt=LawPro>.

⁸⁰ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2, (entrée en vigueur : 1 janvier 1994) [ALÉNA].

⁸¹ Cependant, en vertu du chapitre 19 de l'*ALÉNA*, les groupes spéciaux binationaux qui sont constitués pour réviser les décisions des organismes compétents, se substituant ainsi à l'organe national qui effectue habituellement ce type de révision, utilisent pour ce faire les critères prévus à l'annexe 1911 de cet accord, ainsi que les « principes juridiques généraux qu'un tribunal de la partie importatrice appliquerait à l'examen d'une détermination de l'organisme d'enquête compétent » (art. 1904 (3) *ALÉNA*). Les critères utilisés sont donc ceux prévus par le droit interne de la partie importatrice.

entre le ou les contrat(s) et l'application de l'*ALÉNA* ou des règles de droit international public. Par ailleurs, bien que les tribunaux canadiens soient parfois appelés à intervenir dans ce contexte, leurs décisions ne révèlent rien de particulier sur notre sujet⁸².

Malgré tout, il ne semble pas faire de doute que, tout comme en droit québécois, les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal appliquera au fond du litige. Il arrive rarement que les arbitres écartent la loi désignée par les parties pour lui substituer la *lex mercatoria*; généralement, cela se produit lorsque la loi choisie viole l'ordre public⁸³. Les auteurs insistent sur l'importance de rédiger soigneusement les clauses de choix de la loi applicable⁸⁴.

En l'absence d'une désignation expresse par les parties, les arbitres appliquent les règles de droit qu'ils estiment appropriées. Suivant Castel et Walker, ils devraient alors appliquer les règles de conflits du lieu de l'arbitrage⁸⁵. De plus, les parties peuvent donner aux arbitres la possibilité de décider *ex aequo et bono*⁸⁶.

Le *British Columbia International Commercial Arbitration Centre* (BCICAC)⁸⁷ est le seul autre centre d'arbitrage canadien, avec le CCAC. Il traite en moyenne cinq arbitrages internationaux par année, dont les parties sont le plus souvent américaines et canadiennes. Le Centre, dont les sentences ne sont pas publiées, travaille néanmoins à rendre ses services plus accessibles et mieux connus. Il a récemment adopté un *Règlement d'arbitrage international*⁸⁸.

Le *Alternative Dispute Resolution Institute of Canada* (ADR Institute of Canada)⁸⁹ regroupe pour sa part des professionnels du règlement alternatif des différends (avocats, arbitres, médiateurs, conciliateurs) et des représentants des

⁸² *Canada (Procureur général) c. S.D. Myers Inc.*, 2004 CF 38, [2004] 3 R.C.F. 368, 128 A.C.W.S. (3^e) 635 (C.A.F.); *Mexique c. M. Marvin Roy Feldman Karpa*, [2003] A.C.W.S. (3^e) 394, [2003] O.J. n^o 570 (Ont. C.S.) (QL), conf. par [2005] 74 O.R. (3^e) 180, 248 D.L.R. (4^e) 443; *Mexique c. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, [2001] 89 B.C.L.R. (3^e) 359, 104 A.C.W.S. (3^e) 940. Pour un accès en ligne aux décisions, voir également le site Internet du ministère des Affaires étrangères et commerce international du Canada (MAECI) : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta.aspx?lang=fr>>.

⁸³ David A. Chemla, Recension de *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair* de W. Michael Reisman, (1993) 38 R.D. McGill 1095.

⁸⁴ Stephen R. Bond, « How to Draft an Arbitration Clause », (1989) 6:2 J. Int'l Arb. 65 à la p. 74.

⁸⁵ Jean-Gabriel Castel et Janet Walker, *Canadian Conflicts of Laws*, 5^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005 à la p. 1-15. Des auteurs européens estiment que cette approche juridictionnelle à l'arbitrage est aujourd'hui dépassée : voir par ex. Van Houtte, *supra* note 20 au para. 6; Berthold Goldman, « L'arbitre, les conflits de lois et la *lex mercatoria* » dans Antaki et Prujiner, *Actes du 1^{er} Colloque*, *supra* note 26, 103 à la p. 110.

⁸⁶ Anthony Cioni, « The First Pancake Always Has Lumps: Alberta Petroleum Companies, Arbitration and Arbitral Award Enforcement in the Russian Federation » (1996) 35 Alta. L. Rev. 72.

⁸⁷ Le BCICAC a été institué en 1986. Ses coordonnées sont les suivantes : # 500-1311 Howe Street, Vancouver (C.B), Canada V6Z 2P3, Tél. : 604-684-2821, Fax: 604-736-9233, Sans frais : 1-877-684-2821, Adresse électronique: info@bcicac.com.

⁸⁸ Voir BCICAC, *International Commercial Arbitration Rules and Fee Schedule* (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2000), en ligne: http://www.bcicac.com/bcicac_ica_rules.php.

⁸⁹ ADR Institute of Canada, en ligne: <<http://www.adrcanada.ca>>.

entreprises. Créé en 1974, il sert de référence au public et dispense de la formation et de l'information dans le domaine de la résolution des différends. Cet institut est basé dans un bureau national à Toronto, lequel travaille en collaboration avec sept bureaux régionaux à développer et à promouvoir des standards de conduite, des codes d'éthique et des règles de discipline.

Le professeur Brierley relevait, il y a vingt ans déjà, qu'il n'y a pas de pression sociale au Canada ou chez ses partenaires commerciaux pour que l'arbitrage commercial international s'y développe. Il disait douter que l'adoption de lois modernes en matière d'arbitrage au Canada change cette situation⁹⁰. Son impression était que les parties choisissaient davantage les centres d'arbitrage établis à l'extérieur du Canada et ce, pour une panoplie de raisons qui n'avaient que peu à voir avec le fait que la législation canadienne était alors désuète. La priorité lui apparaissait alors d'assurer la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères au Canada⁹¹.

Force est de constater qu'il avait raison. Bien qu'il soit assez difficile de se faire une idée précise de l'importance de l'arbitrage international au Canada, il semble qu'il soit encore relativement peu souvent choisi comme siège d'arbitrage international. Bien que les opérateurs commerciaux canadiens qui incluent des clauses d'arbitrage dans leurs contrats soient nombreux, les litiges d'affaires qui impliquent des sommes d'argent importantes sont cependant réglés dans des centres d'arbitrage étrangers, telle la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. Par ailleurs, les institutions canadiennes ne sont pas des joueurs importants en matière d'arbitrage international, les praticiens et leurs clients semblant préférer l'arbitrage *ad hoc*.

B. Le choix d'une loi non étatique et les tribunaux étatiques

En common law canadienne, si le choix exprès d'une loi a été effectué par les parties, il sera suivi s'il a été fait de bonne foi (*bona fide*), légalement⁹², et qu'il n'est pas contraire à l'ordre public⁹³. Ces règles, tirées de l'arrêt anglais *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*⁹⁴, ont été reprises par la Cour suprême du Canada dans *Dominion Glass Co. Ltd. v. The Anglo Indian*⁹⁵. D'autres tribunaux

⁹⁰ John E.C. Brierley, « Overview of International Commercial Arbitration in Quebec and in the Canadian Common Law Provinces » dans Antaki et Prujiner, *Actes du 1^{er} Colloque*, *supra* note 26, 273.

⁹¹ Brierly, *ibid.* à la p. 276.

⁹² La légalité doit être appréciée à la lumière de la loi du for, suivant Wilfred M. Estey, *Legal Opinions in Commercial Transactions*, Toronto, LexisNexis Butterworths, 2^e éd., 1997 à la p. 372, note 10.

⁹³ Le concept d'« ordre public » correspond à des valeurs fondamentales, le plus souvent exprimées par des normes internationales; il est interprété si restrictivement qu'il est très rarement invoqué avec succès, particulièrement en matière contractuelle. Castel et Walker, *supra* note 85, aux pp. 8-1 à 8-7.

⁹⁴ [1939] A.C. 277 à la p. 290, 1 All E.R. 513 à la p. 521.

⁹⁵ [1944] R.S.C. 409, 4 D.L.R. 721. Voir aussi *Drew Brown Ltd. c. « The Orient Trader »* (1972), [1974] R.C.S. 1286 [1972] 34 D.L.R. (3^e) 339 à la p. 362.

canadiens, notamment en Alberta⁹⁶, en Colombie-Britannique⁹⁷, en Ontario⁹⁸ et au fédéral⁹⁹ ont notamment ajouté à ces règles que la loi expressément choisie devait respecter les dispositions impératives du lieu de conclusion du contrat. Enfin, la « bonne foi » a dans ce cadre été interprétée comme signifiant que la loi désignée ne devait pas avoir été choisie dans le but de s'évader du système juridique qui avait les liens les plus étroits avec le litige¹⁰⁰. L'invocation de ces motifs pour écarter le choix d'une loi par les parties a rarement été couronnée de succès, mais la possibilité a néanmoins été aménagée de les soulever¹⁰¹.

Suivant la doctrine majoritaire et un certain courant jurisprudentiel, les parties peuvent choisir une loi n'ayant pas de lien avec leur contrat¹⁰², en autant que cela ne soit pas fait en fraude de la loi ayant les liens les plus étroits avec celui-ci : les parties peuvent ainsi choisir une loi neutre, celle d'un État tiers, ou encore une loi commercialement sophistiquée¹⁰³. Le choix d'une loi peut donc ne pas correspondre à la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat¹⁰⁴.

Le choix par les parties d'une loi applicable peut ne pas être exprimé expressément dans leur contrat, mais s'inférer des circonstances. Par exemple, si les parties ont désignés les tribunaux d'un certain État, la loi de cet État sera le plus

⁹⁶ *Skeggs v. Whissell*, [1985] 63 A.R. 348, 33 A.C.W.S. (2^e) 438 (B.R.); *Bank of Montreal v. Snoxell*, [1982] 44 A.R. 224, 143 D.L.R. (3^e) 349 (B.R.); *Greenshields Inc. v. Johnston*, [1981] 28 A.R. 1, 3 W.W.R. 313, 119 D.L.R. (3^e) 714 (B.R.), confirmé par [1982] 17 Alta. L.R. (2^e) 318, 35 A.R. 487, 131 D.L.R. (3^e) 234, 2 W.W.R. 97 (C.A.).

⁹⁷ *Ardekany v. Dominion of Can. General Ins. Co.*, [1986] 32 D.L.R. (4^e) 23, 1 W.W.R. 57, [1987] 7 B.C.L.R. (2^e) 1, (C.A.); *Avenue Properties v. First City Development Corp.*, [1985] 65 B.C.L.R. 301, 34 A.C.W.S. (2^e) 116 (S.C. B.-C.), inf. par [1986] 7 B.C.L.R. (2^e) 45, 32 D.L.R. (4^e) 40, [1987] 1 W.W.R. 249 (C.A.) [*Avenue Properties*]; *Nike Informatic Systems Ltd. v. Avac Systems Ltd.*, [1979] 16 B.C.L.R. 139, 8 B.L.R. 196, 105 D.L.R. (3^e) 455 (S.C. B.-C.).

⁹⁸ *Shakur c. Pilot Insurance Co.*, [1988] 11 A.C.W.S. (3^e) 320, 33 C.C.L.I. 272 (C.S. Ont.), inf. par [1990] 74 O.R. (2^e) 673, 73 D.L.R. (4^e) 337, 22 A.C.W.S. (3^e) 852, 47 C.C.L.I. 235 (C.A.); *Fauman c. Cooke*, [1986] 36 A.C.W.S. (2^e) 434, 41 M.V.R. 60 à la p. 68 (Ont. Dist. Ct.); *George C. Anspach Co. Ltd c. Canadian National Railway Company*, [1950] O.R. 317, 3 D.L.R. 26, O.W.N. 274 (C.S. Ont.).

⁹⁹ *United Nations c. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 C.F. 541 à la p. 555, 99 D.L.R. (3^e) 609 à la p. 621, 28 N.R. 207 à la p. 221 (C.A.F.), infirmant [1978] 2 C.F. 510.

¹⁰⁰ Estey cite *Cardel Leasing Ltd. c. Maxmenko*, [1991] 30 A.C.W.S. (3^e) 502, 2 P.P.S.A.C. (2^e) 302 (Div. gén. Ont.), où le choix de la loi ontarienne fut écarté au profit de la loi de la Colombie-Britannique (Estey, *supra* note 92 à la p. 372, note 10).

¹⁰¹ Estey, *ibid.* à la p. 373.

¹⁰² Pour Tetley, il s'agit là d'une « demie-vérité », puisque dans certains systèmes juridiques, les parties ne peuvent choisir une loi totalement indépendante de leur contrat. La loi choisie doit avoir un certain lien avec le contrat, ou donner certains avantages aux parties. William Tetley, « Vita Food Products Revisited (Which Parts of the Decision Are Good Law Today?) » (1992) 37 R.D. McGill 292, aux para. 81, 82, 110.

¹⁰³ *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1984] 27 B.L.R. 59, 27 A.C.W.S. (2^e) 374 (S.C.B.-C.), modifiée par [1985] 68 B.C.L.R. 367 à la p. 375 (et par [1989] 1 R.C.S. 426, 57 D.L.R. (4^e) 321). Les parties, l'une en Californie, l'autre en Alberta, avaient choisi la loi ontarienne pour régir leur contrat de vente de marchandises. Voir aussi Estey, *supra* note 92 à la p. 374, note 18.

¹⁰⁴ Voir par ex. *General Refractories Co. of Canada c. Venturedyne Ltd.*, [2002] O.T.C. 10, 110 A.C.W.S. (3^e) 1157 (C.S. Ont.) [*General Refractories*], où la loi choisie (loi ontarienne) ne correspondait pas à la loi objectivement applicable (la loi de l'Illinois).

souvent celle qui sera retenue comme applicable au contrat¹⁰⁵. En effet, la question de la compétence des tribunaux occulte souvent la question de la loi applicable en common law. Le tribunal compétent appliquera sa propre loi, la *lex fori*¹⁰⁶ (loi du for : loi applicable au lieu où se trouve le tribunal devant lequel l'affaire a été portée). Les parties peuvent en outre se soumettre à la compétence de tribunaux, qui autrement en auraient été dépourvus, dans davantage de situations qu'en droit québécois.

Dans le cas où les parties n'ont pas choisi de loi applicable, expressément ou implicitement, le contrat est régi par la loi qui a avec lui les liens les plus étroits¹⁰⁷. Pour le déterminer, les tribunaux prennent en compte le lieu de conclusion du contrat; son lieu d'exécution; le lieu de résidence ou d'affaires des parties; la nature et la matière du contrat, ainsi que la monnaie de paiement¹⁰⁸. Lorsque le lieu de conclusion du contrat et le lieu de son exécution coïncident, les tribunaux s'en écartent rarement. Les dispositions supplétives de la loi applicable au contrat s'appliquent afin de combler les lacunes du contrat.

L'affirmation suivant laquelle les tribunaux canadiens de common law peuvent appliquer une loi étrangère à un contrat doit cependant être nuancée. En effet, les parties peuvent orienter le débat judiciaire dans la direction qu'elles le souhaitent, puisqu'elles en sont maîtresses; elles peuvent ainsi renoncer à l'application des règles de conflits de lois qui ne sont pas impératives en ne les mentionnant pas, ou à celle de la loi étrangère, en ne la prouvant pas¹⁰⁹. En effet, les tribunaux n'appliquent d'office que les règles de conflits de lois qui sont impératives, et soulignons qu'elles sont peu nombreuses. En outre, tout comme en droit québécois, la loi étrangère se prouve comme un fait qui doit être allégué, à défaut de quoi les tribunaux appliquent le droit du for : ils ne prennent pas connaissance d'office des lois étrangères¹¹⁰.

Il n'existe pas de règles particulières de protection pour les contrats de consommation, hormis celles proposées par la CHLC, lesquelles non cependant pas encore adoptées par les gouvernements provinciaux¹¹¹.

¹⁰⁵ Castel et Walker, *supra* note 85 à la p. 31-5, au para. 31.2.c, note 34.

¹⁰⁶ *Ibid.* au para. 1.7, aux pp. 1-4, 1-5.

¹⁰⁷ Voir par ex., tels que cités dans *General Refractories*, *supra* note 104: *Re O'Brien and Canadian Pacific Railway*, [1972] 25 D.L.R. (3^e) 230 aux pp. 233 à 235 (C.A. Sask.); *Imperial Life Assurance Co. of Canada c. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443, 62 D.L.R. (2^e) 138 aux pp. 142, 143; Richard H. McLaren et Earl Edward Palmer, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Toronto, Carswell, 1982 à la p. 132. Voir aussi Castel et Walker, *supra* note 85 aux para. 31.4 à 31.6.

¹⁰⁸ Voir par ex. *Coast Lines Ltd. v. Hudig & Veder*, [1972] 1 All E.R. 451 aux pp. 458, 461 (C.A.); *R. v. International Trustee for Protection of Bondholders*, [1937] 2 All E.R. 164 à la p. 177 (H.L. (Eng.)), tel que cité dans *General Refractories*, *supra* note 104.

¹⁰⁹ Voir : *Merritt v. Cooper Crown Co.* (1902), 36 N.S.R. 383 (N.S.C.A.) et *Kelly's America Ltd. v. Smith*, [1956] 19 W.W.R. 580 (C.A. Sask.), tel que cité par Castel et Walker, *supra* note 85, aux pp. 7-1 à 7-9.

¹¹⁰ Castel et Walker, *ibid.* Seule la Cour suprême prend connaissance d'office des lois des provinces (voir *supra* note 70).

¹¹¹ Hormis par le Manitoba, mais les amendements apportés ne sont pas encore entrés en vigueur. *Loi sur la protection du consommateur*, C.P.L.M c. C200. Ch. 26, SM, 2005. Voir CHLC, « Règles uniformes concernant la compétence juridictionnelle et le choix de la loi applicable en matière de contrats de consommation », en ligne : CHLC <http://www.ulcc.ca/fr/us/Unif_Jur_Choice_Law_Consumer_Contracts_Fr.pdf>.

Or, un contrat ne peut rester sans loi. Castel et Walker citent à l'appui de cette affirmation¹¹² une décision anglaise, *Amin Rasheed Corporation v. Kuwait Insurance Co.*¹¹³, où la question était de savoir si un tribunal anglais aurait dû autoriser la signification des procédures à l'extérieur de l'Angleterre, dans une action intentée par le propriétaire libérien d'un bateau à l'encontre d'une compagnie d'assurance du Koweït. Une autre question soulevée fut celle de la détermination de la loi applicable au contrat : était-ce la loi du Koweït ou la loi anglaise? Quant à elles, les parties s'étaient simplement référées à une police des Lloyd's. La Chambre des Lords maintint la décision de la Cour d'appel à l'effet que la loi du Koweït s'appliquait, alors que la Cour de première instance avait retenu la loi anglaise en raison de sa « supériorité inhérente ». La Cour d'appel fut très critique de cette approche, bien que toutes les instances estimèrent qu'une loi étatique devait régir le contrat. L'opinion de Lord Diplock est particulièrement éloquente :

*The purpose of entering into a contract being to create legal rights and obligations between the parties to it [...]. This is not possible except by reference to the system of law by which the legal consequences that follow from the use of those words are to be ascertained.*¹¹⁴

Il ajouta plus loin : « *Contracts are incapable of existing in a legal vacuum* »¹¹⁵.

Cette décision fut souvent citée par la jurisprudence canadienne. En effet, puisque les règles de droit international privé canadiennes sont en partie fondées sur la common law anglaise, les tribunaux canadiens peuvent s'appuyer sur les décisions anglaises lorsqu'elles sont pertinentes¹¹⁶. Cependant, les décisions canadiennes qui réfèrent à la décision *Amin Rasheed*¹¹⁷ ne le font jamais sur la question précise qui nous intéresse¹¹⁸, aussi aucune réponse définitive à notre questionnement ne semble pouvoir être apportée considérant l'état actuel du droit positif.

¹¹² Castel et Walker, *supra* note 85 aux para. 31.4 à 31.6.

¹¹³ [1983] 2 All E.R. 884, [1984] 1 A.C. 50 [*Amin Rasheed*].

¹¹⁴ *Ibid.* à la p. 60.

¹¹⁵ *Ibid.* à la p. 65. La Cour de cassation française avait exprimé une opinion similaire plus de trente ans plus tôt, dans l'arrêt *Messageries maritimes* (Cass. Civ., 21 juin 1950, D. 1951, à la p. 749 [note Hamel]; Rev. Crit. dr. int. privé 1950, à la p. 609 [note Batiffol]; Bertrand Ansel et Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2006 à la p. 194 [arrêt n° 22]).

¹¹⁶ Castel et Walker, *supra* note 85 à la p. 1-6, au para. 1-8e.

¹¹⁷ *Amin Rasheed*, *supra* note 113.

¹¹⁸ *AG Armeno Mines & Minerals Inc. v. PT Pukaafu Indah*, [1999] 65 B.C.L.R. (3^e) 256, 174 D.L.R. (4^e) 748, 89 A.C.W.S. (3^e) 251, conf. par (2000) BCCA 405, [2000] 77 B.C.L.R. (3^e) 1, 190 D.L.R. (4^e) 173; *472900 B.C. Ltd. v. Thrifty Canada Ltd.*, [1998] 116 B.C.A.C. 233, 168 D.L.R. (4^e) 602, 57 B.C.L.R. (3^e) 332, 84 A.C.W.S. (3^e) 863 (C.A.); *Corsaire Snowboard Inc. v. Nazerali-Walji*, [1998] 55 B.C.L.R. (3^e) 243, 82 A.C.W.S. (3^e) 670, 24 C.P.C. (4^e) 291; *J. Michael Jensen Boat Sales Ltd. v. McAfee*, [1997] 74 A.C.W.S. (3^e) 583, 12 C.P.C. (4^e) 210 (S.C.B.-C.); *Frymer c. Brettschneider*, [1994] 19 O.R. (3^e) 60, 72 O.A.C. 360, 115 D.L.R. (4^e) 744, 28 C.P.C. (3^e) 84; *Cook v. Parcel, Mauro, Hultin & Spaanstra*, [1996] 136 D.L.R. (4^e) 414, 64 A.C.W.S. (3^e) 567, 5 C.P.C. (4^e) 301 (S.C.B.-C), conf. par [1997] 87 B.C.A.C. 97, 31 B.C.L.R. (3^e) 24, 143 D.L.R. (4^e) 213 (C.A.); *Bushell v.T & N*

Quant à la *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale*, bien qu'introduite dans le droit interne de toutes les provinces¹¹⁹ ainsi qu'au fédéral¹²⁰, elle demeure peu appliquée au Canada¹²¹. La question de savoir dans quelle mesure les parties pourraient expressément choisir de s'y soumettre, alors même qu'elle ne serait pas applicable, demeure donc également entière.

* * *

Suivant une doctrine quasi unanime sur le sujet¹²², en droit canadien – tant en droit québécois qu'en common law –, les parties peuvent soumettre leur contrat à un droit non étatique, mais cela n'aura généralement pas pour effet d'écarter l'application de toute loi nationale. Il semble en effet qu'on ne puisse jamais faire complètement abstraction du droit étatique dans la résolution des situations contractuelles comportant un élément d'extranéité¹²³ en droit canadien, que les tribunaux étatiques ou les tribunaux arbitraux soient appelés à trancher le différend.

D'une part, il paraît toujours nécessaire de s'en remettre à une loi étatique pour les matières qui ne sont pas soumises au droit contractuel, en ce qui a trait à la

plc., [1992] 92 D.L.R. (4^e) 228, 14 B.C.A.C. 36, 33 A.C.W.S. (3^e) 554; *Exta-Sea Charters Ltd. v. Formalog Ltd.*, [1991] 55 B.C.L.R. (2^e) 197, 26 A.C.W.S. (3^e) 660, 48 C.P.C. (2^e) 36 (S.C.B.-C); *Ecco Heating Products Ltd. v. J.K. Campbell & Associates Ltd.*, [1989] 36 C.L.R. 161, 17 A.C.W.S. (3^e) 629 (S.C.B.-C), conf. par [1990] 48 B.C.L.R. (2^e) 36, 21 A.C.W.S. (3^e) 1140, [1990] 5 W.W.R. 687 (C.A.); *Mason v. Mason*, [1987] 20 B.C.L.R. (2^e) 75, 46 D.L.R. (4^e) 333, 7 A.C.W.S. (3^e) 336 (S.C.B.-C); *Avenue Properties (1986)*, décision de la Cour d'appel, *supra* note 97.

¹¹⁹ *Loi sur la vente internationale de marchandises*, L.R.Y. 2002, c. 124; *International Conventions Implementation Act*, L.R.A. 2000, c. I-6; *International Sale of Goods Act*, L.R.B.C. 1996, c. 236; *International Sale of Goods Act*, S.S. 1990-91, c. I-10.3; *International Sale of Goods Act*, R.S.N.L. 1990, c. I-16; *Loi sur la vente internationale de marchandises*, R.S.O. 1990, c. I-10; *Vente internationale de marchandises*, L.N.-B. 1989, c. I-12.21; *International Sale of Goods Act*, L.R.P.E.I. 1988, c. I-6; *International Sale of Goods Act*, L.N.S. 1988, c. 13; *Loi sur la vente internationale de marchandises*, L.R.T.N.-O. 1988, c. I-7; *Loi sur la vente internationale de marchandises*, C.P.L.M. c. S11.

¹²⁰ *Loi sur la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises*, L.C. 1991, c. 13.

¹²¹ *La San Giuseppe c. Forti Moulding Ltd.*, [1999] 90 A.C.W.S. (3^e) 871, O.J. n° 3352 (C.S. Ont.) (QL) est la première décision canadienne relative à cette convention. Les deux parties étaient domiciliées dans des États contractants, soit l'Italie et le Canada (Ontario). Dans *Diversitel Communications Inc. c. Glacier Bay Inc.*, [2003] 42 C.P.C. (5^e) 196, 126 A.C.W.S. (3^e) 348, O.J. n° 4025 (C.S. Ont.) (QL), conf. par [2004] 130 A.C.W.S. (3^e) 421, O.J. n° 1702 (C.A. Ont.), les deux parties avaient également leurs établissements dans des États contractants, soit les États-Unis (Californie) et le Canada (Ontario). Dans *General Refractories*, *supra* note 104, la *Convention* ne pu être appliquée, son entrée en vigueur étant postérieure au contrat.

¹²² Glenn, *supra* note 3 à la p. 717; voir *supra* note 45.

¹²³ Dans le cas où la situation ne présentait aucun élément d'extranéité, hormis les règles non étatiques choisies, le contrat demeurerait soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

forme du contrat ou à la capacité des parties¹²⁴, notamment¹²⁵. D'autre part, une loi étatique est nécessaire pour interpréter le contrat et combler les lacunes des règles matérielles choisies par les parties¹²⁶. Cela a l'avantage d'éviter l'imprévisibilité des solutions et leur imprécision. De plus, le droit du for reprend toujours ses prérogatives pour écarter, parmi les règles que les parties ont choisies, celles qui sont contraires aux dispositions d'ordre public international ou à ses règles d'application immédiate. Enfin, il faut toujours rechercher la loi applicable au contrat comme si aucun choix n'avait été fait, afin d'éventuellement écarter parmi les règles que les parties ont choisies celles qui seraient contraires aux dispositions impératives de l'État désigné par la règle de conflit du for, à défaut de choix. En droit québécois, les règles d'application immédiate d'un État tiers peuvent également être prises en considération (article 3079 C.c.Q.).

Même les tribunaux arbitraux ne sont pas affranchis de l'application de tout droit national, puisqu'ils doivent tenir compte des règles d'application immédiate des États concernés par le litige, à défaut de quoi leurs sentences risqueraient d'être considérées comme contraires à l'ordre public, et par conséquent de se voir refuser l'homologation. À plus forte raison, un contrat ne peut donc pas écarter l'application de tout droit étatique et reposer exclusivement sur les clauses du contrat, pas plus qu'il ne pourrait être uniquement régi par des règles de droit non étatiques tels que les usages, les principes généraux du droit, ou la *lex mercatoria*.

Les auteurs canadiens n'estiment cependant pas prohibés les « contrats sans loi », tandis que la jurisprudence n'a pas vraiment eu l'occasion de se prononcer sur le sujet. Si plusieurs auteurs sont même allés jusqu'à exprimer l'avis qu'il serait aujourd'hui souhaitable que le choix par les parties du droit applicable à leur contrat puisse porter sur du droit non étatique à l'exclusion de tout droit étatique, ces auteurs sont québécois. Il ne semble pas y avoir d'auteur d'une province canadienne de common law qui se soit prononcé dans le même sens.

Les contrats commerciaux internationaux comportent en effet des spécificités qui peuvent appeler un traitement juridiquement adapté. Si cette voie était explorée, il ne nous paraît pas souhaitable qu'un traitement différent soit réservé suivant que le litige qui survienne soit soumis à l'arbitrage ou qu'il soit porté devant un juge étatique. Ces différences pourraient accentuer des avantages stratégiques au détriment

¹²⁴ En common law canadienne, la question de la loi applicable à la capacité de contracter n'est pas définitivement réglée et il n'est pas exclu que la loi contractuelle puisse s'appliquer. Castel et Walker, *supra* note 85 au para. 31-4d.

¹²⁵ Castel et Walker, *ibid.* au para. 31-4b) mentionnent également comme dépendant d'une autre loi que celle applicable au contrat la formation du contrat soumise à la loi putative du contrat, celle qui eut été applicable si le contrat avait été valablement créé et qui peut être une loi autre que celle expressément choisie.

¹²⁶ Ceux qui sont en faveur de la *lex mercatoria* ont souvent de la difficulté à décrire ce en quoi elle consiste. Comme le souligne avec humour le professeur Tetley, Lord Mustill, l'un des opposants reconnus du concept, a fourni une liste de règles proposées, participant ainsi à clarifier ce qu'il jugeait obscur. William Tetley, *International Conflict of Laws: Common, Civil & Maritime*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1994 à la p. 128.

de l'équilibre contractuel entre les parties et miner l'accès à la justice. Cependant, il ne devrait être donné effet qu'au choix exprès de parties relativement « commercialement sophistiquées ». Ainsi, le contrat de consommation devrait par exemple jouir de règles particulières, que ce soit celles proposées par la CHLC, ou celles actuellement retenues en droit québécois. Les matières familiales, l'état et la capacité des personnes ainsi que les autres questions qui intéressent l'ordre public devraient être totalement exclues. Les limites actuelles, somme toute minimales, de l'ordre public et des lois d'application immédiate devraient sans doute être maintenues pour faire obstacle à l'application des règles de droit non étatiques choisies par les parties.

Beaucoup plus problématique apparaît être l'hypothèse où les parties n'auraient pas choisi de droit du tout, et où le juge déciderait de soumettre le contrat à des règles non étatiques. Là encore, les spécificités des contrats commerciaux internationaux pourraient justifier que soit accordé un tel pouvoir aux tribunaux, tant étatiques qu'arbitraux, mais les contrats de consommation ou de travail devraient par exemple jouir de règles particulières, tandis que les matières familiales, l'état et la capacité des personnes et les autres questions qui intéressent l'ordre public devraient, comme nous l'avons déjà souligné, être exclues. Les limites actuelles à l'application du droit non étatique (l'ordre public international du for, ses lois d'application immédiate et éventuellement, celles d'un État étranger) paraissent dans cette hypothèse d'autant plus justifiées que les parties n'auraient pas choisi de voir ce droit régir leur contrat.

Le Canada n'étant pas lié par la *Convention de Rome* (bien que le C.c.Q. s'en soit inspiré), nous réserverons notre opinion sur les modifications qui devraient être apportées à la législation canadienne. Cependant qu'il nous soit permis d'observer qu'une consécration législative des Principes d'Unidroit et de la *Convention interaméricaine* pourraient représenter un intérêt certain au Canada.

Tel qu'on le sait, les Principes réalisent une unification de la common law et du droit civil pour le contexte spécifique des contrats commerciaux internationaux. Ils divergent peu du droit québécois et de la common law canadienne, et lorsqu'ils le font, cela se justifie par la pratique commerciale qui est, ou qui devrait être suivie. Sans leur donner force de loi, ce que leur nature n'exige pas, y référer législativement pourrait favoriser leur utilisation et contribuer à leur notoriété, d'autant plus que le Canada a tout lieu de s'enorgueillir du travail admirable de l'un de ses penseurs de renom dans leur élaboration, monsieur Paul-André Crépeau.

Quant à l'OÉA, le Canada en est membre, mais n'est partie qu'à peu de conventions élaborées par cette organisation, notamment dans le domaine du droit privé. Plusieurs raisons justifient la position canadienne¹²⁷, mais dans le contexte d'une intégration de plus en plus grande des Amériques en un « marché économique

¹²⁷ Notamment, bien que le texte des conventions de l'OÉA soit accessible en quatre langues officielles (l'anglais, le français, l'espagnol et le portugais), ces versions sont souvent peu rigoureusement établies, ce qui constitue un obstacle à leur inclusion en droit canadien.

global», il semblerait justifié de retenir des approches juridiques communes concernant les contrats commerciaux internationaux. Le Québec tout particulièrement trouve des alliés stratégiques de droit civil dans les Amériques : il pourrait bien sûr agir de façon unilatérale en légiférant sans attendre que le Canada devienne partie à la *Convention interaméricaine*, tel qu'il l'a déjà fait dans le passé, mais l'impact ne serait évidemment pas le même¹²⁸.

¹²⁸ Dans ses dispositions consacrées au droit international privé, le *Code civil du Québec* s'est ainsi inspiré de nombreuses conventions internationales, par lesquelles le Québec n'est cependant pas lié.