

Retour vers le futur : application en droit québécois des Principes d'UNIDROIT au lieu d'une loi nationale

Jeffrey A. TALPIS*

Résumé

Ce texte est consacré à la question de l'application des règles impératives nationales dans le cadre du choix des Principes d'UNIDROIT par les parties à un contrat international. Dans la première partie, l'auteur étudie la solution traditionnelle et distingue l'utilisation de l'arbitrage de celle du tribunal étatique. Dans la deuxième partie, l'auteur aborde le contexte contemporain et plaide pour la reconnaissance par les tribunaux du choix des Principes d'UNIDROIT comme loi régissant le contrat.

Abstract

This paper deals with the application of mandatory national regulations when parties to an international contract opt for UNIDROIT Principles. The first part looks into the traditional situation and makes a distinction between arbitration and between a state tribunal. The second part deals with the modern environment and explains why the courts should recognize that UNIDROIT Principles can be chosen for the interpretation of contracts.

Notaire et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Plan de l'article

| | |
|--|-----|
| Introduction | 613 |
| I. La solution traditionnelle | 614 |
| II. Une autre approche : <i>Back to the Future</i> – retour vers le futur | 618 |
| Conclusion | 621 |

*The contracts scholars who drafted the UNIDROIT Principles have rendered important contributions to international trade and commerce as has the work of those who compile lists of international commercial contract rules. It now behoves private international experts to do their part in creating the legal structures needed in this age of unprecedented « globalization » because « legal scholars have an important role to play in encouraging national courts to think international ».*¹

Je n'ai pas l'intention de traiter de l'ensemble des cas où une partie pourrait demander aux tribunaux ou aux arbitres d'appliquer les *Principes relatifs aux contrats de commerce international*², que ce

¹ F.K. JUENGER, « The *Lex Mercatoria* and Private International Law », 60 *La. L. Rev.* 1133 (2000).

² INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994; ces Principes sont disponibles à : [<http://www.unidroit.org/french/principles>] (ci-après cités « Principes d'UNIDROIT » ou « Principes »). Il existe une bibliographie abondante. Plusieurs articles ont été écrits par le « père » des Principes d'UNIDROIT, le professeur Michael Joachim Bonell; voir, par exemple : M.J. BONELL, « Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts », 40 *Am. J. Comp. L.* 617 (1992); Michael Joachim BONELL, « The UNIDROIT Principles of International Convention, Nature, Purposes and First Experiences in Practice », publié sur Internet à l'adresse [<http://www.unidroit.org/french/principles/contents.html>]; M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2^e éd., p. 54-61 (1997); voir également : M. PERILLO, « UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review », 43 *Ford. L. Rev.* 281 (1994); O. LANDO, « Assessing the Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonization of Arbitration Law », 3 *Tulane J. Int'l L.* 129 (1994); P. LINZER, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Should American Lawyers Pull Their Hair Out Over Them? », 13 *Tex. Transnational L.Q.* 11 (1997); Katharina BOELE-WOELKS, « 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) *Rev. dr. unif.* 652; G. PARRA-ARANGUAN, « Conflict of Law Aspects of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », *Tulane L. Rev.* 1239 (1995); M.J. BONELL, *UNIDROIT Principles: a Significant Recognition by a United States Court*, (1999) 3 *Rev. droit unif.* 651.

soit en tant que *lex mercatoria*, pour compléter ou interpréter un instrument international ou même un droit national. Je me contenterai simplement d'examiner dans quelle mesure, selon le droit international privé québécois, le choix des Principes d'UNIDROIT par les parties à un contrat international a pour effet d'exclure l'application de toutes les règles nationales devant une autorité judiciaire.

Si, par exemple, la clause suivante est inscrite au contrat : « Les parties désignent expressément les Principes d'UNIDROIT pour régir tout conflit découlant du présent contrat », ce choix écarte-t-il toute loi nationale? En bref, la réponse est « NON ».

D'une part, il y a plusieurs questions, même celles relevant de la loi applicable au contrat, qui ne sont pas réglées par les Principes d'UNIDROIT, telles la légalité du contrat ou la prescription. D'autre part, différents statuts sont nécessairement applicables, tels le statut personnel ou celui relatif à la validité formelle d'un acte.

De toute façon, les lois d'application nécessaire ou immédiate devraient ou pourraient s'appliquer, quelle que soit la loi applicable au contrat, tout comme les règles impératives de la loi du for, au moyen de l'exception d'ordre public.

La désignation d'une loi par les parties écarte bien sûr les dispositions supplétives de la loi autrement applicables au contrat. Toutefois, qu'en est-il pour les Principes qui entrent en conflit avec des règles impératives de la loi à défaut de désignation applicable au contrat? En d'autres termes, est-ce que le choix des Principes d'UNIDROIT par les parties à un contrat international a pour effet d'exclure l'application des règles nationales impératives de la loi régissant le contrat qui ne sont pas des règles d'application immédiate?

I. La solution traditionnelle

Selon l'approche traditionnelle, la réponse à cette question dépend de l'autorité appelée à se prononcer sur celle-ci. Devant un tribunal arbitral, le choix des Principes semble permettre aux arbitres de ne pas fonder leurs décisions sur une loi nationale³, ce

³ D'une part, les parties pourraient accorder aux arbitres les pouvoirs d'agir comme amiable compositeur ou *ex æquo bono*. D'autre part, tous les

qui n'est nullement le cas pour un tribunal étatique. En effet, dans ce cas⁴, la référence par les parties aux Principes d'UNIDROIT est simplement une convention incorporée dans un contrat, dont la loi applicable est déterminée séparément selon les règles de conflit du for. Alors, les Principes d'UNIDROIT ne lieront les parties que dans la mesure où ils n'affectent pas les dispositions impératives de la loi applicable auxquelles les parties ne peuvent pas déroger par convention.

Le but de cette courte et modeste contribution est de réagir contre cette dichotomie, du moins en ce qui concerne le droit québécois, et de soumettre la thèse selon laquelle le *Code civil du Québec* permet aux parties de choisir les Principes d'UNIDROIT exclusivement comme loi régissant leur contrat international (sous réserve de l'application des règles d'application nécessaires).

Il est utile de se rappeler que l'idée de l'existence même d'un ordre juridique spécialement conçu pour les transactions internationales précède celle de la soumission d'une transaction internationale à la loi d'un État. En effet, celle-ci remonte au *jus gentium* développé par le *praetor peregrinis* qui a conçu des règles d'application universelle pour régir les conflits entre Romains et non-Romains. Après le Moyen Âge, la renaissance de cette approche a été consacrée dans la *lex mercatoria*. Toutefois, dès que les États-Nations apparaissent et que la notion de souveraineté des États s'implante, l'idée d'un droit transnational supranational pour régir les transactions internationales a perdu son attrait. Partant de l'hypothèse que seuls les États peuvent créer des lois, la common law et le droit civil ont nationalisé la *lex mercatoria* d'une manière nécessairement incomplète⁵.

Cependant, suite à l'émergence des contrats-types propres à la pratique du commerce international et du droit uniforme, incluant

instruments internationaux, tels la Loi type, les nouveaux statuts sur l'arbitrage commercial international et de nombreuses sentences de la ICC démontrent, par exemple, que les litiges sont actuellement résolus par référence aux règles de droit, notamment aux règles transnationales, plutôt que par référence à une loi nationale.

⁴ François RIGAUX, « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, (1988) 24 *C.D.E.* 306.

⁵ F. JUENGER, *loc. cit.*, note 1.

la Convention de Vienne et les Principes d'UNIDROIT, il existe maintenant des règles de droit mieux adaptées pour fournir un cadre juridique pour le règlement des transactions internationales que n'importe quel droit national pourrait l'être.

De plus, vu que le principe d'autonomie de la volonté est fermement établi dans le droit de tous les États développés et ancré dans plusieurs conventions internationales, il faut croire que les parties pourraient, si elles le désirent, choisir de soumettre leur contrat aux Principes d'UNIDROIT et un tel choix lierait les autorités judiciaires et arbitrales.

Toutefois, en dépit de cette solution éminemment pratique de soumettre une transaction internationale aux Principes d'UNIDROIT et aux normes non étatiques en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, aucune règle matérielle n'a été établie à cet effet. En outre, la position traditionnelle des conflictualistes, préoccupés par la doctrine de la souveraineté des États et le « *Legal Positivism* », continue d'être retenue. Par conséquent, les Principes lieront les parties dans la mesure où ils ne dérogent pas aux règles applicables selon le droit international privé d'un for.

C'est cette approche traditionnelle qui a été implicitement reconnue par les rédacteurs des Principes et qui est reflétée par la réserve stipulée à l'article 4 des Principes qui stipule :

Ces Principes ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé.

C'est aussi cette approche traditionnelle qui est défendue par le professeur Goldstein en droit international privé québécois⁶, selon laquelle les parties ne peuvent choisir que la « loi d'un État ». Plusieurs articles du *Code civil du Québec* appuient cette interprétation, notamment les articles 3111 et 3112⁷ qui précisent que c'est la loi d'un État que les parties peuvent désigner.

⁶ Gérald GOLDSTEIN, « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau *Code civil du Québec* », (1993) *R. du B.* 200, 216.

⁷ Art. 3111 C.c.Q. « 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.

Dans cette optique, il faut croire que le choix des Principes ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions impératives (domestiques) soit de la loi applicable en l'absence de désignation par les parties, soit de celle applicable si le choix rend le contrat invalide, soit de celle applicable en l'absence d'élément d'extranéité ou, enfin, soit de la loi du for (par l'exception d'ordre public). On ne peut ignorer non plus que cette interprétation textuelle est renforcée par la source principale de ces articles, la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (Convention de Rome) de 1980. En effet, la même restriction quant au choix des normes non étatiques s'y retrouve, par l'utilisation d'expressions telles « loi d'un État non contractant » (art. 2), ou « loi du pays avec lequel [le contrat] présente les liens les plus étroits » (art 4(1))⁸.

Dans cette perspective, même les règles impératives prévues aux Principes d'UNIDROIT, tels l'article 1.7(2) sur la bonne foi, la plupart des articles du chapitre 3 comme l'article 3.19, l'article 5.7(2) sur la fixation du prix et l'article 7.4.13(2) sur l'indemnité, les règles ne seront pas applicables si elles viennent en conflit avec les règles impératives de la loi applicable au contrat selon le droit international privé québécois.

Par ailleurs, le droit international privé québécois semble accepter la solution généralement admise que, dans le cas d'un arbitrage, les arbitres sont autorisés à appliquer les Principes en tant que « règles de droit », même si elles dérogent ou viennent en conflit avec les dispositions impératives de n'importe quelle loi applicable. Ceci découle du fait que le droit québécois donne aux arbitres le choix « des règles de droit appropriées », directement⁹ ou indirectement

Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à la partie seulement d'un acte juridique. »

Art. 3112 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, présentent les liens les plus étroits avec cet acte. »

⁸ Voir les références dans : M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, *op. cit.*, note 2, p. 1888; F. RIGAUX, *loc. cit.*, note 4, 306. Pour une analyse critique, voir : M. HORLACHER, « The Rome Convention and the German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention of the Law Applicable to Contractual Obligations », *C.I.L.J.* 173 (1994).

⁹ Art. 944.10 C.p.c.

par le choix de la règle de conflit¹⁰ de la *Loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international* dont la référence est autorisée par l'article 940.6 du *Code de procédure civile*.

Parmi les questions non réglées reste celle concernant l'obligation des arbitres de prendre en considération les règles impératives d'un système juridique autre que celui désigné par les parties et qui sont des règles d'application nécessaire¹¹. Il semble que manifestement les arbitres voudront et devront prendre en considération ces règles en vigueur dans toute juridiction susceptible d'être appelée à reconnaître la sentence arbitrale ainsi que dans les autres juridictions ayant un lien étroit avec le litige.

II. Une autre approche : *Back to the Future* – retour vers le futur

À l'aire de la globalisation, un retour vers le futur pour la reconnaissance d'un droit transnational pour régir les transactions commerciales internationales est tout à fait justifié.

Idéalement, les législateurs devraient intervenir expressément sur les plans national et international.

De toute manière, les tribunaux québécois pourraient interpréter le *Code civil du Québec* de façon à permettre le choix des Principes comme loi applicable au contrat, sous réserve toujours des règles d'application nécessaires (art. 3076 C.c.Q.) et d'un droit étranger (art. 3079 C.c.Q.).

J'avais déjà avancé, avec le professeur Castel, une opinion qui représentait une approche mitigée par rapport à celle suggérée ici, selon laquelle la référence à la *lex mercatoria* devrait lier nos tribunaux dans la mesure où la loi normalement applicable au contrat reconnaîtrait cette possibilité¹². Il est intéressant de noter

¹⁰ Art. 940.6 C.c.Q. et 28(1) de la *Loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17, annexe 1, 21 juin 1985 (ci-après citée « Loi type »).

¹¹ Par exemple, voir : Jean-Baptiste RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 271 et suiv.

¹² « La désignation de la *lex mercatoria* pour régir le contrat semble être exclue. En effet, en vertu du premier alinéa de l'article 3111, les tribunaux doivent appliquer une loi. Par contre, cette désignation est valable si le contrat contient une convention d'arbitrage. Ceci découle de l'article 2207. Nous estimons que

à cet effet que l'article 1.103 des versions combinées des parties I et II des Principes européens en matière commerciale adopte cette approche¹³.

Cette solution se rapproche en quelque sorte d'une théorie (théorie de la délégation) que j'ai déjà avancée¹⁴. Selon celle-ci, si la loi applicable au contrat permet un choix non étatique, les tribunaux du Québec devraient en faire autant. Si c'est le droit québécois qui est applicable au contrat, les tribunaux pourraient accepter cette délégation, compte tenu de la politique législative exprimée dans le *Code civil du Québec*, notamment à l'article 2807 qui dispose que les tribunaux doivent prendre connaissance du droit international coutumier dans la mesure où il a été allégué. Il faut croire, d'une part, que les Principes d'UNIDROIT sont de droit international coutumier et que, d'autre part, le législateur ne voulait pas limiter le droit international coutumier au sens de celui exprimé à l'article 38 des *Statuts de la Cour internationale de Justice*, lequel restreint le droit international coutumier aux relations inter-étatiques.

Toutefois, il me semble que les tribunaux québécois devraient aller plus loin et reconnaître le choix des Principes d'UNIDROIT comme loi régissant le contrat.

si les parties désignent la *lex mercatoria* pour régir le contrat, cette désignation est valable dans la mesure où la loi objectivement applicable (art. 3112 et 3113) l'admet par délégation et non par renvoi » : Jeffrey A. TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, « Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 801, n° 276. Le professeur Glenn va même encore plus loin quant à la possibilité que le droit québécois permette un choix non étatique : « Le caractère subjectif des articles 3112 et 3113 semble laisser ouverte la possibilité que les parties peuvent choisir un droit non étatique (la *lex mercatoria*) ou même adopter une clause excluant l'application de tout droit étatique (le contrat dit "sans loi") » : H. Patrick GLENN, « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, *id.*, p. 318, n° 44.

¹³ Principes du droit européen des contrats : « (1) Lorsque le droit applicable le permet, les parties peuvent choisir de soumettre leur contrat aux Principes de telle sorte que les règles impératives nationales ne s'appliquent pas. »

¹⁴ Jeffrey A. TALPIS, « The Law Governing the "statut réel" in Contracts for the Transfer *inter vivos* of Moveables "*ut singuli*" in Quebec Private International Law », (1972) 13 *C. de D.* 305, 367 et suiv. La thèse voulait que si la *lex rei sitae* admettait le principe d'autonomie de la volonté pour des aspects du droit réel, le for devrait accepter la délégation à la loi du contrat.

Plusieurs arguments militent en faveur d'une interprétation libérale de l'article 3111 C.c.Q.

Premièrement, la tendance vers la globalisation favorise l'expansion de normes uniformes et autonomes.

Deuxièmement, le caractère subjectif du principe d'autonomie de la volonté adopté par le *Code civil du Québec* va plus loin que celui adopté par la Convention de Rome de 1980, laissant aux parties la possibilité de choisir les Principes d'UNIDROIT au lieu de la loi d'un État.

Troisièmement, au premier alinéa de l'article 3111 C.c.Q., il est prévu que les parties peuvent désigner non pas la loi d'un État, mais la « loi ». Étant donné que les Principes constituent les « règles de droit » et conformément à la philosophie très libérale du principe de la volonté d'autonomie en droit québécois, les tribunaux devraient donner une interprétation libérale à la désignation d'une loi. Par conséquent, ils pourraient appliquer les Principes d'UNIDROIT comme « loi » applicable au contrat¹⁵. De toute façon, même si on voulait retenir l'interprétation conventionnelle selon laquelle cet article vise la désignation par les parties d'une loi d'un État, il n'y a rien qui suggère que cette désignation soit exclusive à la loi d'un État.

Quatrièmement, selon l'article 3133 C.c.Q., la désignation par les parties d'un règlement d'arbitrage institutionnel devrait exclure le recours aux dispositions de la loi du lieu où se déroule l'arbitrage, à l'exception des dispositions d'ordre public interne de cette loi qui sont d'application nécessaire. Le Code civil reconnaît ainsi l'application des normes non étatiques en ce qui concerne la procédure d'arbitrage. Toutefois, la solution est différente dans le cas où le règlement d'arbitrage choisi stipule qu'il s'applique sous réserve d'une disposition impérative de la loi applicable à l'arbitrage comme celui de la CNUDCI (art. 1(2))¹⁶.

Cinquièmement, puisque le tribunal québécois ne pourrait refuser de reconnaître un jugement étranger fondé sur un droit non

¹⁵ D'autres auteurs supportent cette interprétation. Voir : K. BOELE-WOELKS, *loc. cit.*, note 2, 665 et les auteurs cités à la note 66.

¹⁶ Voir : *Compagnie Nationale Air France c. Mbaye*, [2000] R.J.Q. 717 (C.S.); voir également: Frédéric BACHAND, note sur cette affaire dans (2000) 3, n° 4 *Model Arbitration L.Q. Rep.* 1.

étatique, tels les Principes d'UNIDROIT, vu la suppression de la condition de la compétence législative et de la révision au fond (art. 3157 et 3158 C.c.Q.), est-il logique que le droit québécois soit plus restrictif? Est-il cohérent que l'on reconnaisse un jugement étranger fondé sur les Principes tandis qu'un tribunal québécois ne peut en faire autant?

Sixièmement, le choix des Principes d'UNIDROIT est reconnu dans le cas de l'arbitrage, notamment parce que les arbitres ne sont pas tenus de rendre leurs décisions en se basant sur une loi nationale. Mais pourquoi imposer l'arbitrage aux parties qui veulent soumettre leur conflit éventuel aux Principes? D'une part, l'arbitrage n'est pas le choix de tout le monde. D'autre part, il est incohérent et irrationnel, d'un point de vue théorique, que le principe de la volonté d'autonomie soit régi par des critères différents selon la procédure utilisée (arbitrage, litige ou autre).

Finalement, le recours aux Principes d'UNIDROIT s'inscrit dans le mouvement vers la prévention des conflits et la réduction des coûts et des délais en évitant la négociation sur la loi applicable et, le cas échéant, la recherche du contenu d'un droit étranger.

*

* *

Je ne vois pas, dans un proche avenir, la possibilité d'une nouvelle convention sur la loi applicable aux contrats. Toutefois, le Canada pourrait adopter la *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux* signée en 1994 lors de la 5^e Inter-American Specialized Conference on Private International Law organisée sous les auspices de l'Organisation des États Américains, dont le Canada est membre.

En effet, la deuxième partie de l'article 9 de cette convention a été rédigée en tenant compte des Principes d'UNIDROIT.

*The Court, in addition to the wide range of objective and subjective factors specified in the first paragraph of article 9, shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations.*¹⁷

¹⁷ La Convention permet le choix des Principes d'UNIDROIT comme loi applicable à un contrat : Friedrich K. JUENGER, « Contract Choice of Law in the Americas? »,

Sur le plan national, le législateur québécois pourrait modifier l'article 3111 C.c.Q. afin de permettre aux parties de choisir les Principes d'UNIDROIT. À défaut de réforme législative, les tribunaux devraient interpréter cet article de façon à ce que le choix d'une loi comprenne aussi le choix des règles de droit.

Dans l'attente d'un virement législatif, doctrinal ou jurisprudentiel, puisque les Principes ne représentent pas un « *self sufficient legal system* », les parties qui veulent désigner les Principes d'UNIDROIT devraient aussi désigner une loi applicable :

Le contrat sera régi par les Principes relatifs aux contrats du commerce international, complétés si nécessaire par la loi du pays X.

Pour les contrats de vente régis par la Convention de Vienne, on pourra prévoir :

*Ce contrat sera régi par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, interprété et complété par les Principes relatifs aux contrats du commerce international et, si nécessaire, par la loi du pays X.*¹⁸

dans *The UNIDROIT Principles: A Common Law of Contracts for the Americas?*, Acts – Inter-American Congress/A New Approach to International Commercial Relations: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome, UNIDROIT, 1998, p. 77, aux pages 85-88.

¹⁸ Pour d'autres exemples, voir : Jeffrey A. TALPIS, « Dispute Prevention and Dispute Resolution Post Nafta: Choice of Law and Forum Selection Clauses », (1995) 26 R.G.D. 27.